Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NICHOLASA EMILIOU
przedstawiona w dniu 21 marca 2024 r.[1]

Sprawy połączone C-611/22 P i C-625/22 P

Illumina, Inc.
przeciwko
Komisji Europejskiej (C-611/22 P)
oraz
Grail LLC
przeciwko
Illumina, Inc.,

Komisji Europejskiej (C-625/22 P)

Odwołanie – Konkurencja – Koncentracje przedsiębiorstw – Artykuł 22 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 – Koncentracje niemające wymiaru wspólnotowego – Wniosek o odesłanie sprawy złożony przez organ ochrony konkurencji, który zgodnie z ustawodawstwem krajowym nie jest właściwy – Decyzja Komisji o zbadaniu koncentracji – Kompetencja Komisji – Termin na przedstawienie wniosku o odesłanie sprawy – Obowiązek działania w rozsądnym terminie – Zasada dobrej administracji – Prawo do obrony – Uzasadnione oczekiwania

I. Wprowadzenie

1. Zrębem większości współczesnych uregulowań w dziedzinie przeciwdziałania praktykom monopolistycznym, zarówno tych obowiązujących w Unii Europejskiej, jak i poza nią, są przepisy trojakiego rodzaju, a mianowicie normy dotyczące porozumień i uzgodnionych praktyk, normy mające za przedmiot praktyki jednostronne (lub nadużywanie pozycji dominującej) oraz normy dotyczące kontroli połączeń przedsiębiorstw.

2. Specyfika norm dotyczących kontroli połączeń polega na tym, że – w przeciwieństwie do dwóch pozostałych zespołów norm – zasadniczo zobowiązują one właściwe organy (administracyjne lub sądowe) do przeprowadzenia nie kontroli ex post, lecz kontroli ex ante: mają one mianowicie ustalić, czy planowana koncentracja mogłaby w razie jej dokonania wyrządzić znaczącą szkodę skutecznej konkurencji. Wymaga to przeprowadzenia szczególnie złożonej i pracochłonnej analizy technicznej, która „nie opiera się na zastosowaniu ścisłych reguł naukowych, lecz na zastosowaniu kryteriów i zasad, które […] są dyskusyjne”; jej celem jest

[1] Język oryginału: angielski.

opracowanie „prognozy skutków, jakie koncentracja wywoła w zakresie struktury i dynamiki konkurencji zainteresowanych rynków, uwzględniając przy tym liczne, podlegające ciągłym zmianom czynniki mogące wpłynąć na przyszły rozwój podaży i popytu na tych rynkach” [2].

3. Pomimo to owa ocena musi zostać przeprowadzona w możliwie jak najkrótszym terminie. Na gruncie większości porządków prawnych, w tym również porządku Unii, od zainteresowanych przedsiębiorstw wymaga się bowiem, w celu zapewnienia efektywnego funkcjonowania tego systemu, zgłoszenia transakcji właściwym organom oraz zawieszenia jej dokonania do chwili wydania na nią zezwolenia przez te organy. Zgłoszenie i zawieszenie pociągają za sobą znaczące koszty i generują pewne ryzyko po stronie przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji.

4. W tym kontekście dokonany przez prawodawcę wybór rodzajów progów i powiązanych z nimi kwot, których osiągnięcie skutkuje nałożeniem na łączące się strony obowiązków zgłoszenia i zawieszenia, ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego działania systemu. Owe progi pełnią podwójną funkcję, mianowicie zapewniają „łącznik geograficzny”, który uzasadnia ingerencję odpowiednich organów, oraz pozwalają wychwycić transakcje stanowiące potencjalnie przedmiot zainteresowania. Najlepiej gdyby progi te były łatwe do obliczenia (w celu uniknięcia wątpliwości, czy dana transakcja podlega zgłoszeniu) oraz ustalone na poziomie pozwalającym ograniczyć do minimum zarówno przypadki objęcia tym systemem takich transakcji, które najpewniej nie będą wzbudzać obaw z punktu widzenia konkurencji, jak i przypadki transakcji mogących wzbudzać takie obawy, które znalazłyby się poza tym systemem [3].

5. Fundamentem obowiązującego w Unii systemu kontroli połączeń, regulowanego rozporządzeniem Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzeniem WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (zwanym dalej „rozporządzeniem nr 139/2004”) [4], jest zasadniczo obrót łączących się przedsiębiorstw. W tym rozporządzeniu znajdują się jednak przepisy, które w drodze wyjątku upoważniają Komisję Europejską do badania połączeń nieosiągających tych progów obrotu, jeżeli sprawy są odsyłane do tej instytucji przez organy państw członkowskich oraz, w zależności od przypadku, jeżeli organy te odsyłają sprawy na wezwanie Komisji. Niniejsza sprawa wymaga przede wszystkim zdefiniowania znaczenia i zakresu stosowania jednego z takich przepisów, mianowicie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004. Pokrótce rzecz ujmując, w niniejszym postępowaniu należy przede wszystkim rozstrzygnąć, czy ów przepis umożliwia Komisji zbadanie połączenia, które zostało do niej odesłane przez organy państw członkowskich, jeżeli owe organy nie są w ogóle właściwe do jego zbadania, ponieważ dane połączenie nie osiąga progów określonych w ich ustawodawstwie krajowym dotyczącym kontroli połączeń przedsiębiorstw.

6. Pomimo pozornej prostoty tego pytania udzielenie na nie odpowiedzi nie jest w żadnym wypadku prostym zadaniem. Wymaga to od podmiotu dokonującego wykładni przeprowadzenia skrupulatnej analizy hermeneutycznej, która pozwoli ustalić, jaka jest prawidłowa wykładnia art. 22 rozporządzenia nr 139/2004. Aby to uczynić, należy nie tylko przeanalizować brzmienie, historię, kontekst i cel tego przepisu, lecz również wziąć pod uwagę logikę unijnego systemu kontroli połączeń, a także niektóre podstawowe zasady prawa Unii (takie jak zasady równowagi

[2] Opinia rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2004:318, pkt 73.

[3] Aby zapoznać się z ogólnym omówieniem tych zagadnień, zob. International Competition Network (Międzynarodowa Sieć Konkurencji), Network Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, *Setting Notification Thresholds For Merger Review*, kwiecień 2008 r. (dokument dostępny na stronie internetowej tej sieci).

[4] Dz.U. 2004, L 24, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 3, s. 40.

instytucjonalnej, pomocniczości, pewności prawa, terytorialności itp.). Wreszcie, trudno jest przecenić znaczenie, jakie odpowiedź na to pytanie może mieć dla prawidłowego i skutecznego funkcjonowania unijnego systemu kontroli połączeń.

II. Prawo Unii Europejskiej

7. Artykuł 22 rozporządzenia nr 139/2004, zatytułowany „Odesłania do Komisji", stanowi:

„1. Jedno lub więcej państw członkowskich może złożyć do Komisji wniosek 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.

Wniosek taki składany jest najpóźniej w ciągu 15 dni roboczych od daty zgłoszenia koncentracji lub, jeżeli zgłoszenie nie jest wymagane, powiadomienia danego państwa członkowskiego w inny sposób.

2. Komisja niezwłocznie informuje właściwe władze państw członkowskich i zainteresowane przedsiębiorstwa o wszelkich wnioskach otrzymanych zgodnie z ust. 1.

Każde inne państwo członkowskie ma prawo przyłączenia się do pierwotnego wniosku w ciągu 15 dni roboczych od daty poinformowania go przez Komisję o pierwotnym wniosku.

[…]

3. Komisja, najpóźniej 10 dni roboczych od upływu okresu, o którym mowa w ust. 2, może podjąć decyzję o zbadaniu koncentracji, jeśli stwierdzi, iż zakłóca ona handel pomiędzy państwami członkowskimi i zagraża znaczącym zakłóceniem konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw składających wniosek. W przypadku gdy Komisja nie podejmie decyzji w tym terminie, uznaje się tym samym, iż przyjęła decyzję o zbadaniu koncentracji zgodnie ze złożonym wnioskiem.

Komisja informuje wszystkie państwa członkowskie i zainteresowane przedsiębiorstwa o swojej decyzji. Może wnioskować o dokonanie zgłoszenia zgodnie z art. 4.

Państwo członkowskie lub państwa po złożeniu wniosku nie stosują do koncentracji krajowych przepisów prawnych dotycząc[ych] konkurencji.

4. Artykuł 2, art. 4 ust. 2–3, art. 5, 6 i 8–21 stosuje się w przypadku, gdy Komisja przeprowadza badanie koncentracji zgodnie z ust. 3. Artykuł 7 stosuje się w stopniu, w jakim koncentracja nie została dokonana w dniu, w którym Komisja informuje zainteresowane przedsiębiorstwa, że został złożony wniosek.

W przypadku gdy zgodnie z art. 4 zgłoszenie nie jest wymagane, okres ustanowiony w art. 10 ust. 1, w którym można wszcząć postępowanie, rozpoczyna się w dniu roboczym następującym po dniu, w którym Komisja poinformowała zainteresowane przedsiębiorstwa o decyzji zbadania koncentracji zgodnie z ust. 3.

5. Komisja może poinformować jedno lub więcej państw członkowskich, iż stwierdziła, że jej zdaniem koncentracja spełnia kryterium z ust. 1. W takim przypadku Komisja może wezwać to państwo członkowskie lub te państwa członkowskie do złożenia wniosku zgodnie z ust. 1".

8. Mechanizm odsyłania spraw przewidziany obecnie w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 został pierwotnie ustanowiony w art. 22 (zatytułowanym „Stosowanie niniejszego rozporządzenia") ust. 3–6 rozporządzenia (WE) w sprawie koncentracji z 1989 r.[5] (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 4064/89"), które zostało następnie zmienione rozporządzeniem Rady (WE) nr 1310/97[6]. Z kolei rozporządzenie nr 4064/1989 zostało uchylone rozporządzeniem nr 139/2004 ze skutkiem od dnia 1 maja 2004 r.

III. Okoliczności faktyczne

9. Najistotniejsze okoliczności faktyczne, które przedstawiono w wyroku w sprawie T-227/21, Illumina/Komisja (zwanego dalej „zaskarżonym wyrokiem")[7], można streścić w podany poniżej sposób.

10. W dniu 20 września 2020 r. Illumina, Inc., spółka z siedzibą w Stanach Zjednoczonych, wprowadzająca na rynek rozwiązania w zakresie analizy genetycznej i genomowej w drodze sekwencjonowania i przy użyciu mikromacierzy DNA, zawarła porozumienie i plan połączenia w celu przejęcia wyłącznej kontroli nad spółką Grail LLC (dawniej Grail, Inc.), pracującą nad badaniami krwi służącymi do wczesnego wykrywania nowotworów, w której posiadała już 14,5 % kapitału (zwanego dalej „sporną koncentracją"). W dniu 21 września 2020 r. spółki Illumina i Grail (zwane dalej „wnoszącymi odwołanie") opublikowały komunikat prasowy zapowiadający tę koncentrację.

11. Wobec tego, że obrót wnoszących odwołanie nie przekraczał odpowiednich progów, a w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że spółka Grail nie generowała przychodów w żadnym z państw członkowskich Unii ani nigdzie indziej na świecie, sporna koncentracja nie miała wymiaru europejskiego w rozumieniu art. 1 rozporządzenia nr 139/2004, a zatem nie została zgłoszona Komisji. Sporna koncentracja nie została również zgłoszona w państwach

[5] Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 1989, L 395, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 1, s. 31). Jego art. 22 ust. 3–6 miały następujące brzmienie:
„3. Jeżeli Komisja stwierdza na wniosek państwa członkowskiego, że koncentracja […] 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, ust. 3 i 4.
4. Stosuje się art. 2 ust. 1 lit. a) i b) oraz art. 5, 6, 8, i 10–20. […] Wniosek musi być złożony najpóźniej w ciągu miesiąca od dnia, w którym państwo członkowskie dowiedziało się o koncentracji, lub w którym została ona dokonana. […]
5. Zgodnie z ust. 3, Komisja podejmuje jedynie środki niezbędne dla zachowania lub przywrócenia skutecznej konkurencji na terytorium państwa członkowskiego, na wniosek którego interweniuje.
6. Ustępy 3–5 stosuje się do momentu, gdy progi określone w art. 1 ust. 2 zostaną zweryfikowane".

[6] Rozporządzenie Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. zmieniające rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 1997, L 180, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 1, s. 164) (zwane dalej „rozporządzeniem z 1997 r."). Tym rozporządzeniem zmieniono art. 22 rozporządzenia nr 4064/89 w szczególności w ten sposób, że: po pierwsze, wprowadzono, w ust. 3, odniesienie do wspólnego wniosku co najmniej dwóch państw członkowskich; po drugie, dodano, w ust. 4, sformułowania „[art.] 7 stosuje się w zakresie koncentracji, która nie została wprowadzona w życie w dniu, w którym Komisja informuje strony o złożeniu wniosku" i „[w]niosek musi być złożony w ciągu najpóźniej miesiąca od dnia, kiedy fakt koncentracji stał się znany składającemu wniosek państwu członkowskiemu lub wszystkim składającym wspólny wniosek państwom członkowskim albo kiedy nastąpiła koncentracja"; oraz, po trzecie, skreślono ust. 6.

[7] EU:T:2022:447.

członkowskich Unii lub w państwach będących stronami Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym [8], ponieważ nie była objęta zakresem stosowania ich krajowych przepisów w dziedzinie kontroli połączeń.

12. Po otrzymaniu w grudniu 2020 r. skargi dotyczącej spornej koncentracji Komisja prowadziła korespondencję ze składającym skargę, z szeregiem krajowych organów ochrony konkurencji państw członkowskich (zwanych dalej „OOK") oraz z Competition and Markets Authority (organem ds. konkurencji i rynków, Zjednoczone Królestwo).

13. W dniu 19 lutego 2021 r. Komisja poinformowała państwa członkowskie o spornej koncentracji, gdy wysłała im pismo zgodnie z art. 22 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 (zwane dalej „wezwaniem"). W piśmie tym Komisja wyjaśniła powody, dla których uznała prima facie, że koncentracja wydaje się spełniać warunki określone w art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, i wezwała państwa członkowskie do złożenia wniosku o odesłanie.

14. W ramach rozmowy telefonicznej w dniu 4 marca 2021 r. poinformowała ona przedstawiciela prawnego każdej z wnoszących odwołanie o wezwaniu i możliwości wystąpienia z wnioskiem o odesłanie na podstawie art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

15. W dniu 9 marca 2021 r. Autorité de la concurrence française (francuski organ ochrony konkurencji, zwany dalej „ACF") zwrócił się do Komisji, na podstawie art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, o zbadanie spornej koncentracji (wniosek w tym przedmiocie jest zwany dalej „wnioskiem o odesłanie"). W dniu 10 marca 2021 r. Komisja, zgodnie z art. 22 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, poinformowała OOK oraz Urząd Nadzoru EFTA (zwany dalej „ESA") o wniosku o odesłanie. W dniu 11 marca 2021 r. Komisja poinformowała również wnoszące odwołanie o wniosku o odesłanie i wskazała, że sporna koncentracja nie może zostać zrealizowana, o ile ma – i w zakresie, w jakim ma – zastosowanie obowiązek zawieszenia przewidziany w art. 7 rozporządzenia nr 139/2004 w związku z art. 22 ust. 4 akapit pierwszy zdanie drugie tego rozporządzenia (dokument w tym przedmiocie jest zwany dalej „pismem informacyjnym").

16. W dniach 16 i 29 marca 2021 r. wnoszące odwołanie przedstawiły Komisji uwagi, w których sprzeciwiły się wnioskowi o odesłanie. W dniach 2, 7 i 12 kwietnia 2021 r. spółka Illumina odpowiedziała na żądania udzielenia informacji skierowane do niej przez Komisję w dniach 26 marca i 8 kwietnia 2021 r.

17. Pismami z dni 24, 26 i 31 marca 2021 r. belgijski, grecki, islandzki, niderlandzki i norweski OOK złożyły wnioski o przyłączenie się do wniosku o odesłanie zgodnie z art. 22 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 (zwane dalej „wnioskami o przyłączenie się").

18. W dniu 31 marca 2021 r. Komisja opublikowała komunikat zatytułowany „Wytyczne dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 [rozporządzenia nr 139/2004] w odniesieniu do określonych kategorii spraw" [9].

19. Decyzjami z dnia 19 kwietnia 2021 r. Komisja uwzględniła wniosek o odesłanie oraz wnioski o przyłączenie się do sprawy. W tych decyzjach Komisja: po pierwsze, stwierdziła, że wniosek o odesłanie został złożony w terminie 15 dni roboczych przewidzianym w art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004; po drugie, uznała, że wnioski o przyłączenie się wpłynęły

8 Zwane dalej „porozumieniem EOG" (Dz.U. 1994, L 1, s. 3 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 11, t. 52, s. 3).

9 Dz.U. 2021, C 113, s. 1.

w terminie zakreślonym w art. 22 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004; po trzecie, ustaliła, że sporna koncentracja spełnia kryteria odesłania na podstawie art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004; oraz, po czwarte, oddaliła jako bezzasadne argumenty wnoszących odwołanie, zgodnie z którymi naruszono ich prawo do obrony oraz inne ogólne zasady prawa Unii.

IV. Postępowanie przed Sądem, zaskarżony wyrok i postępowanie przed Trybunałem

20. Pismem złożonym w dniu 28 kwietnia 2021 r. spółka Illumina wniosła do Sądu, na podstawie art. 263 TFUE, o stwierdzenie nieważności pisma informacyjnego, decyzji uwzględniającej wniosek o odesłanie przedłożony przez ACF oraz decyzji uwzględniających wnioski o przyłączenie się (zwanych dalej „spornymi decyzjami").

21. Postanowieniami i decyzjami prezesa trzeciej izby w składzie powiększonym Sądu: po pierwsze, uwzględniono złożony przez spółkę Grail wniosek o dopuszczenie jej do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania spółki Illumina; po drugie, uwzględniono złożone przez Republikę Grecką, Republikę Francuską, Królestwo Niderlandów i ESA wnioski o dopuszczenie ich do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji; oraz, po trzecie, oddalono wniosek złożony przez organizację Computer & Communications Industry Association o dopuszczenie jej do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania spółki Illumina.

22. Spółka Illumina, popierana przez spółkę Grail, zwróciła się do Sądu o stwierdzenie nieważności spornych decyzji oraz pisma informacyjnego, a także o obciążenie Komisji kosztami postępowania. Ze swej strony Komisja, popierana przez Republikę Grecką, Republikę Francuską, Królestwo Niderlandów i ESA, wniosła do Sądu o odrzucenie skargi jako niedopuszczalnej lub, tytułem żądania ewentualnego, o odrzucenie skargi jako w części niedopuszczalnej, a w części oddalenie jej jako bezzasadnej, jak również o obciążenie spółki Illumina kosztami postępowania.

23. W dniu 13 lipca 2022 r. Sąd w zaskarżonym wyroku oddalił skargę, obciążył spółkę Illumina jej własnymi kosztami oraz kosztami poniesionymi przez Komisję, a także zobowiązał Republikę Grecką, Republikę Francuską i Królestwo Niderlandów do pokrycia ich własnych kosztów.

24. W odwołaniach wniesionych do Trybunału odpowiednio w dniach 22 i 30 września 2022 r. spółki Illumina (sprawa C-611/22 P) i Grail (sprawa C-625/22 P) zwróciły się do Trybunału o uchylenie zaskarżonego wyroku, stwierdzenie nieważności spornych decyzji i obciążenie Komisji kosztami postępowania. Spółka Grail wniosła także do Trybunału o stwierdzenie nieważności wniosku ACF i pisma informacyjnego Komisji.

25. W dniu 21 grudnia 2022 r. prezes Trybunału postanowił, po zapoznaniu się ze stanowiskiem sędziego sprawozdawcy, rzecznika generalnego oraz stron, o połączeniu tych dwóch spraw do łącznego rozpoznania w ramach ustnego etapu postępowania i do wydania wyroku, zgodnie z art. 54 § 2 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości (zwanego dalej „regulaminem postępowania"). Decyzją z dnia 10 stycznia 2023 r. prezes Trybunału postanowił również, po zapoznaniu się ze stanowiskiem sędziego sprawozdawcy i rzecznika generalnego, nie uwzględnić złożonego przez Komisję wniosku o rozpoznanie sprawy C-625/22 P w trybie przyspieszonym, o którym mowa w art. 133–136 regulaminu postępowania, oraz o rozpoznanie tej sprawy w pierwszej kolejności na podstawie art. 53 § 3 regulaminu postępowania.

26. Dwoma postanowieniami prezesa Trybunału z dnia 10 marca 2023 r. uwzględniono wniosek stowarzyszenia Biocom California o dopuszczenie do sprawy C-611/22 P w charakterze interwenienta popierającego żądania spółki Illumina oraz oddalono wnioski stowarzyszeń Association Française des Juristes d'Entreprise (AFJE) i European Company Lawyers Association (ECLA) o dopuszczenie do sprawy C-625/22 P w charakterze interwenientów popierających żądania spółki Grail.

27. W swoich odpowiedziach na odwołanie Komisja, Republika Francuska, Królestwo Niderlandów i ESA wniosły do Trybunału o oddalenie odwołań i obciążenie wnoszących odwołanie kosztami postępowania. Ze swej strony spółka Grail złożyła odpowiedź na odwołanie w sprawie C-611/22 P, a spółka Illumina złożyła odpowiedź na odwołanie w sprawie C-625/22 P; w każdej z tych odpowiedzi do Trybunału wniesiono o uchylenie zaskarżonego wyroku, stwierdzenie nieważności spornych decyzji i obciążenie Komisji kosztami postępowania.

28. Wnoszące odwołanie złożyły replikę, a pozwane złożyły duplikę. Wnoszące odwołanie, pozwane i interwenienci przedstawili swoje stanowiska na rozprawie przed Trybunałem, która odbyła się w dniu 12 grudnia 2023 r.

V. Ocena

29. Na poparcie swoich odwołań każda z wnoszących je stron podnosi trzy zarzuty, które w znacznym stopniu się ze sobą pokrywają. Dlatego też przeanalizuję te zarzuty łącznie.

30. W związku z tym, po pierwsze, ocenię, czy Sąd dokonał błędnej wykładni znaczenia i zakresu stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 (część A). Po drugie, przeanalizuję podniesione przez skarżące w pierwszej instancji zarzuty dotyczące spóźnionego charakteru wniosku o odesłanie oraz naruszenia przez Komisję spoczywającego na niej obowiązku działania w rozsądnym terminie (część B). Wreszcie, po trzecie, odniosę się do zarzucanych naruszeń zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa (część C).

A. W przedmiocie zarzutu pierwszego: znaczenie i zakres stosowania art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004

31. Zarzut pierwszy spółek Illumina i Grail jest skierowany przeciwko pkt 85–185 zaskarżonego wyroku. W tych punktach Sąd oddalił podniesiony przez spółkę Illumina w postępowaniu w pierwszej instancji zarzut pierwszy, który dotyczył braku właściwości Komisji do zbadania spornej koncentracji. W szczególności Sąd, przeanalizowawszy argumenty stron, sformułował następujący wniosek:

„183. […] z uwagi na wykładnię językową, historyczną, kontekstualną i celowościową art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, należy stwierdzić, że państwa członkowskie mogą, na warunkach w nim określonych, złożyć wniosek o odesłanie na podstawie tego przepisu niezależnie od zakresu ich krajowych regulacji w dziedzinie kontroli koncentracji.

184. W konsekwencji Komisja słusznie uwzględniła w zaskarżonych decyzjach wniosek o odesłanie i wnioski o przyłączenie się na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 […]".

1. Argumenty stron

32. Spółka Illumina argumentuje, że Sąd, ze względu na to, iż zaaprobował sposób, w jaki Komisja zastosowała art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, dokonał błędnej wykładni tego przepisu. W szczególności podnosi ona, że Sąd: po pierwsze, nie zastosował szeregu podstawowych zasad prawa Unii (takich jak zasady pewności prawa, proporcjonalności i pomocniczości); po drugie, nie zidentyfikował i nie przeanalizował w sposób prawidłowy celu realizowanego w drodze rozporządzenia nr 139/2004; po trzecie, nie dokonał wykładni ścisłej przepisu stanowiącego odstępstwo od zasady ogólnej; oraz, po czwarte, nie uznał znaczenia kontekstu i przedmiotu owego przepisu. Podobnie zdaniem spółki Grail analiza językowa, historyczna, kontekstowa i celowościowa art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie stanowi poparcia dla dokonanej przez Sąd wykładni tego przepisu.

33. Biocom w istocie popiera argumenty przytoczone przez wnoszące odwołanie i zwraca uwagę, że zaskarżony wyrok prowadzi do powstania sytuacji niepewności prawnej oraz do nałożenia na łączące się strony nieproporcjonalnego obciążenia.

34. Komisja argumentuje, że zarzuty pierwsze wnoszących odwołanie są bezskuteczne i niedopuszczalne w zakresie, w jakim opierają się na pewnych dokumentach przygotowawczych, oraz, pomocniczo, że są one bezzasadne. Zdaniem Komisji Sąd dokonał prawidłowej wykładni art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. W szczególności Komisja twierdzi, że wnoszące odwołanie: po pierwsze, nie uwzględniają w należyty sposób jednoznacznego brzmienia tego przepisu; oraz, po drugie, błędnie uznają, że wykładnia dokonana przez Sąd doprowadziłaby do sytuacji, w której system ustanowiony na mocy rozporządzenia nr 139/2004 nie zapewniałby łączącym się stronom odpowiedniego poziomu pewności prawa.

35. Rządy francuski i niderlandzki oraz ESA podzielają stanowisko Komisji. W szczególności rząd francuski argumentuje, że Sąd prawidłowo zastosował zasady pewności prawa, proporcjonalności i pomocniczości. Rząd niderlandzki utrzymuje, że zgodnie z art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 miał prawo zwrócić się do Komisji o zbadanie koncentracji takiej jak ta, której dotyczy niniejsza sprawa, lub przyłączyć się do wniosku złożonego przez inny OOK. Ze swej strony ESA podnosi, że wnoszące odwołanie błędnie powołują się na ustanowiony rozporządzeniem nr 139/2004 system „pojedynczej instytucji" („one-stop-shop"), gdyż mechanizm ten znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do połączeń, które mają wymiar wspólnotowy, natomiast nie stosuje się go w przypadku połączeń niemających takiego wymiaru.

2. Analiza

36. W dalszej części niniejszej opinii odniosę się najpierw do pewnych kwestii formalnych o charakterze proceduralnym, które zostały podniesione przez Komisję, a następnie przejdę do meritum zarzutów pierwszych wnoszących odwołanie.

a) Zagadnienia wstępne

37. Na samym początku należy przeanalizować przytoczone przez Komisję argumenty, zgodnie z którymi: po pierwsze, zarzuty pierwsze wnoszących odwołanie są bezskuteczne; oraz, po drugie, spółka Grail opiera się na pewnych dokumentach, które są niedopuszczalne.

38. Nie przekonują mnie te argumenty.

39. Po pierwsze, zarzut jest bezskuteczny, jeżeli, nawet w razie uznania go za zasadny, nie mógłby prowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku [10]. W sposób oczywisty nie jest tak w przypadku zarzutów rozpatrywanych w niniejszej sprawie. Nie ulega wątpliwości, że jeżeli okazałoby się, iż Sąd – jak twierdzą wnoszące odwołanie – przyjął błędny pogląd w przedmiocie charakteru i zakresu stosowania art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, co oznaczałoby, iż Komisja nie mogła badać rozpatrywanej koncentracji, zaskarżony wyrok byłby obarczony naruszeniem prawa prowadzącym do jego uchylenia i stwierdzenia nieważności spornych decyzji.

40. Twierdzeniu Komisji, że wnoszące odwołanie nie zakwestionowały ustaleń poczynionych przez Sąd w niektórych fragmentach zaskarżonego wyroku (w jego pkt 90–94 w odniesieniu do spółki Illumina oraz w jego pkt 183 i 184 w odniesieniu do spółki Grail), przeczy treść odwołań. W rzeczywistości krytyka Komisji wydaje się dotyczyć raczej siły argumentów przytoczonych przez wnoszące odwołanie w celu podważenia wniosków sformułowanych przez Sąd w tych fragmentach. Jest to jednak kwestia, która odnosi się do zasadności zarzutu, a nie do tego, że jest on jakoby bezskuteczny.

41. Po drugie, równie bezpodstawne jest twierdzenie Komisji odnoszące się do niedopuszczalności pewnych dokumentów, na które spółka Grail powołała się w kontekście analizy historycznej art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 (zwanych dalej „zakwestionowanymi dokumentami"). Zasadniczo Komisja utrzymuje, że dopuszczalność takich dokumentów w postępowaniu odwoławczym przed Trybunałem zależy od tego, czy zostały one najpierw przedstawione w postępowaniu przed Sądem. W tym względzie Komisja powołuje się na postanowienie prezesa Trybunału z dnia 10 października 2023 r., Deutsche Lufthansa/Ryanair i in. [11].

42. Niemniej jednak wymóg ogólny, zgodnie z którym dopuszczalność dokumentów w postępowaniu odwoławczym przed Trybunałem zależy od tego, czy zostały one najpierw przedstawione w postępowaniu przed Sądem, nie został sformułowany w regulaminie postępowania, ani też nie wynika z orzecznictwa sądów Unii. Nie mogłoby być inaczej – taka reguła byłaby całkowicie nieuzasadniona i przyniosła efekt przeciwny do zamierzonego. W tym względzie nie muszę chyba przypominać, że postępowanie wszczynane skargą o stwierdzenie nieważności oraz postępowanie odwoławcze mają odmienny przedmiot (w przypadku pierwszego z nich jest to decyzja, zaś w przypadku drugiego – wyrok), w związku z czym kwestie prawne, które mają rozstrzygać oba sądy, nie muszą być całkowicie zbieżne.

43. Na bardziej fundamentalnym poziomie taka reguła stałaby w sprzeczności z zasadami przeprowadzania dowodów przed sądami Unii. Trybunał konsekwentnie wskazuje, że „zasada równości broni, która jest konsekwencją samego pojęcia rzetelnego procesu, zagwarantowanego w szczególności w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [zwanej dalej »Kartą«], wiąże się z obowiązkiem przyznania każdej ze stron rozsądnej możliwości przedstawienia swojej sprawy, *w tym również swoich dowodów*, w warunkach niestawiających jej w wyraźnie mniej korzystnej sytuacji w stosunku do strony przeciwnej" [12]. Jeśli chodzi o przeprowadzanie dowodów, podstawowa zasada jest tego rodzaju, że w postępowaniach przed sądami Unii można przedstawiać *wszelkie* dowody. Sądy Unii mogą jednak brać pod uwagę istnienie wszelkich interesów (zarówno o charakterze związanym z wymiarem sprawiedliwości, jak i o charakterze niezwiązanym z wymiarem sprawiedliwości), które mogą, w drodze wyjątku, uzasadniać odmowę

10 Zobacz na przykład wyrok z dnia 22 czerwca 2023 r., DI/EBC, C-513/21 P, EU:C:2023:500, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo.

11 C-457/23 P, EU:C:2023:760.

12 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 12 lipca 2022 r., Nord Stream 2/Parlament i Rada, C-348/20 P, EU:C:2022:548, pkt 128 i przytoczone tam orzecznictwo (podkreślenie moje).

dopuszczenia dowodu, oraz wyważyć te interesy z interesami przemawiającymi za jego dopuszczeniem [13]. Może tak być na przykład wówczas, gdy dokument został uzyskany niezgodnie z prawem lub gdy zawiera informacje poufne, które nie powinny być podawane do wiadomości publicznej w celu ochrony pewnych interesów publicznych lub prywatnych.

44. W niniejszej sprawie zakwestionowane dokumenty zostały zgodnie z prawem uzyskane przez spółkę Grail w następstwie złożenia wniosków o dostęp do dokumentów na podstawie rozporządzenia (WE) nr 1049/2001 [14] i przez nią powołane z myślą o podważeniu pewnych konkretnych fragmentów zaskarżonego wyroku. Z uwagi na fakt, że te fragmenty dotyczą jednej z kwestii, które mają kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy (mianowicie ustalenia, czy sposób, w jaki Sąd zinterpretował art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, znajduje poparcie w wykładni historycznej tego przepisu), nie dostrzegam żadnego przekonującego powodu, dla którego wnoszącym odwołanie należałoby uniemożliwić powołanie się na zakwestionowane dokumenty. W rzeczywistości gdyby owe dokumenty należało uznać za niedopuszczalne, wnoszące odwołanie zostałyby de facto pozbawione możliwości podważenia ustaleń Sądu zawartych w pkt 69–117 zaskarżonego wyroku. Stałoby to w sprzeczności z prawem do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, które ustanowiono w art. 47 Karty.

45. Z tego samego powodu sugestia Komisji, że Trybunał nie może badać dokumentów, które zostały zgodnie z prawem przedłożone przez jedną ze stron, jest w sposób oczywisty nie do przyjęcia. Jak w tym względzie stwierdził Trybunał, „zasadą obowiązującą w prawie Unii jest zasada swobodnej oceny dowodów” [15], zaś „jedynym kryterium oceny wartości przedstawionych dowodów jest ich wiarygodność” [16].

46. Postanowienie prezesa, na które powołuje się Komisja, jest w tym kontekście pozbawione znaczenia. W sprawie, w której zostało ono wydane, badano złożony do Trybunału wniosek spółki o zachowanie, wobec pozostałych stron postępowania, poufności pewnych informacji zawartych w głównej części jej odwołania oraz w załączniku do tego odwołania. Należy podkreślić, że informacje, których dotyczył wniosek o zachowanie poufności, zostały przedstawione w postępowaniu w pierwszej instancji, ale następnie wyłączono je z akt sprawy z powodu uznania ich przez Sąd za nieistotne. W związku z tym owe informacje nie były traktowane jako poufne w postępowaniu w pierwszej instancji, ponieważ Sąd wyłączył je z akt bez wyważenia ich poufnego charakteru i wymogów związanych z prawem do skutecznej ochrony sądowej, o którym to wyważaniu jest mowa w art. 103 § 2 regulaminu postępowania przed Sądem. Z tej przyczyny prezes oddalił złożony przez spółkę wniosek o zachowanie poufności i podkreślił, że z racji faktu, iż przedmiotowe informacje nie znajdowały się w aktach sprawy stanowiących podstawę rozstrzygnięcia Sądu, nie mogły one co do zasady być istotne do celów kontroli przez Trybunał zgodności z prawem tego rozstrzygnięcia na etapie odwołania. Nie było zatem powodu, aby zastrzec w postępowaniu odwoławczym poufność informacji, które wnosząca odwołanie dobrowolnie ujawniła w swoich pismach.

47. W tym postanowieniu zastosowano bezpośrednio pewne podstawowe zasady, zgodnie z którymi odwołanie do Trybunału należy ograniczyć do kwestii prawnych, a przedmiot tego postępowania jest tożsamy z przedmiotem postępowania w pierwszej instancji, w związku z czym

13 Zobacz podobnie ibidem, pkt 130, 131; zob. podobnie, z dalszymi odesłaniami, opinia rzecznika generalnego M. Bobeka w sprawie Nord Stream 2/Parlament i Rada, C-348/20 P, EU:C:2021:831, pkt 120.

14 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (Dz.U. 2001, L 145, s. 43 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 1, t. 3, s. 331).

15 Wyrok z dnia 12 lipca 2022 r., Nord Stream 2/Parlament i Rada, C-348/20 P, EU:C:2022:548, pkt 129 i przytoczone tam orzecznictwo.

16 Zobacz na przykład postanowienie z dnia 12 czerwca 2019 r., OY/Komisja, C-816/18 P, EU:C:2019:486, pkt 6 opinii rzecznika generalnego zacytowany w pkt 4 tego postanowienia i przytoczone tam orzecznictwo.

nie może on zostać zmieniony przez odwołanie [17]. Niemniej jednak w przeciwieństwie do tamtej sprawy niniejsze postępowanie dotyczy: po pierwsze, kwestii prawnej (wykładni art. 22 rozporządzenia nr 139/2004), a nie ustalenia spornych okoliczności faktycznych; oraz, po drugie, kwestii, która została podniesiona i omówiona w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w odniesieniu do której Sąd wydał orzeczenie.

48. Z tego postanowienia z pewnością nie wynika, że aby móc zakwestionować kluczowy fragment zaskarżonego wyroku, wnoszący odwołanie powinien był przedstawić odpowiednie dowody już w postępowaniu w pierwszej instancji. Nie można też odczytywać go tak, iż sugeruje ono, że prawidłowa wykładnia prawa stanowi kwestię, której dowiedzenie w wymagany sposób należy do wnoszącego odwołanie, a tym bardziej, że wnoszący odwołanie ma obowiązek uczynić to w postępowaniu w pierwszej instancji. Stałoby to w oczywistej sprzeczności z ugruntowaną zasadą iura novit curia [18] oraz z licznymi orzeczeniami Trybunału [19].

49. Niemniej jednak Komisja słusznie wskazuje, że co do zasady podstawowe argumenty prawne wnoszących odwołanie powinny się znaleźć w piśmie je zawierającym, zaś załączone do niego dokumenty mają jedynie charakter posiłkowy. Dlatego też o ile Trybunał nie jest związany wykładnią prawa zaproponowaną przez strony i w związku z tym może czerpać inspirację z każdego dokumentu, który został mu przedłożony zgodnie z prawem, o tyle nie można wymagać od niego wyszukiwania i identyfikowania w załącznikach do odwołań zarzutów i argumentów, które mogą stanowić podstawę tych odwołań [20]. Pominę zatem wszystkie argumenty, które nie zostały w sposób wyraźny przytoczone w odwołaniach i których nie można należycie zrozumieć bez badania załączników.

b) Co do istoty

50. Zbadam teraz co do istoty pierwsze z podniesionych przez wnoszących odwołanie zarzuty. W istocie podniesiono w nich kwestię, czy Sąd naruszył prawo przy wykładni art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Jak wspomniano powyżej, Sąd doszedł do wniosku, że „wykładnia językowa, historyczna, kontekstualna i celowościowa" tego przepisu przemawia za tym, iż państwa członkowskie mogą zwrócić się do Komisji o zbadanie koncentracji, która nie ma wymiaru wspólnotowego, nawet jeżeli nie są one właściwe do zbadania takiej koncentracji w świetle ustawodawstwa krajowego. Sąd uznał bowiem, że art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 realizuje inne cele, a jednym z nich jest „cel polegający na umożliwieniu, jako »mechanizm korygujący«, skutecznej kontroli wszystkich koncentracji, które mogą znacząco utrudnić skuteczną konkurencję na rynku wewnętrznym, a które ze względu na brak przekroczenia progów obrotu nie podlegają regulacjom dotyczącym kontroli koncentracji Unii i państw członkowskich" [21].

51. W dalszej części niniejszej opinii wyjaśnię, dlaczego uważam, że Sąd dokonał błędnej wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. Choć argumenty oparte na brzmieniu tego przepisu, które zostały przytoczone przez Komisję i przyjęte przez Sąd, są

17 Zobacz w istocie pkt 9, 10 ww. postanowienia.

18 Zobacz ponownie opinia rzecznika generalnego M. Bobeka w sprawie Nord Stream 2/Parlament i Rada, C-348/20 P, EU:C:2021:831, pkt 177 i przytoczone tam orzecznictwo.

19 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 86; z dnia 25 marca 2021 r., Xellia Pharmaceuticals i Alpharma/Komisja, C-611/16 P, EU:C:2021:245, pkt 153.

20 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 30 września 2021 r., Trybunał Obrachunkowy/Pinxten, C-130/19, EU:C:2021:782, pkt 310, 311 i przytoczone tam orzecznictwo.

21 Punkt 177 zaskarżonego wyroku (podkreślenie moje).

w pewnym stopniu przekonujące, to szereg innych elementów wykładni, które dotyczą historii, kontekstu oraz celu owego przepisu, a także ogólniejszego znaczenia systemowego, wyraźnie świadczy o tym, że znaczenie i zakres stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 nie są takie, jak wskazano w zaskarżonym wyroku.

1) Wykładnia językowa art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004

52. Analizę należy rozpocząć od brzmienia art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, które warto przypomnieć w tym miejscu: „Jedno lub więcej państw członkowskich może złożyć do Komisji wniosek o zbadanie wszelkiej koncentracji […], która nie ma wymiaru wspólnotowego […], ale ma wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi i zagraża w sposób znaczący konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw składających wniosek".

53. Jak stwierdził Sąd, przepis ten: po pierwsze, określa pewne przesłanki, które muszą być spełnione, aby mógł on znaleźć zastosowanie, zaś wśród tych przesłanek nie znajduje się wymóg, aby połączenie wchodziło w zakres uregulowania krajowego w dziedzinie kontroli połączeń [22]; po drugie, posługuje się szerokim wyrażeniem „*wszelka* koncentracja" [23]; oraz, po trzecie, nie wprowadza rozróżnienia pomiędzy państwami członkowskimi w zależności od tego, czy ustanowiły one krajowy system kontroli połączeń, czy też nie [24]. W świetle powyższego Sąd ustalił, że co do zasady wykładnia językowa art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 stanowi poparcie dla interpretacji, za przyjęciem której opowiada się Komisja. Niemniej jednak ponieważ brzmienie tego przepisu nie pozwalało na wyciągnięcie w tym przedmiocie ostatecznego wniosku, Sąd uznał za stosowne uzupełnienie analizy w drodze skorzystania z innych metod wykładni [25].

54. Zgadzam się zarówno w jednej, jak i w drugiej kwestii.

55. Na pierwszy rzut oka dokonana przez Sąd wykładnia rozszerzająca art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 jest do zaakceptowania. Wymienione powyżej elementy można bowiem rozumieć w ten sposób, że świadczą o tym, iż wszystkie państwa członkowskie mogą odesłać do Komisji każde połączenie, niezależnie od tego, czy dysponują krajowym systemem kontroli połączeń oraz – jeżeli tak jest – czy takie połączenie wchodzi w zakres stosowania tego systemu.

56. Jednocześnie prawdą jest też, jak ustalił Sąd, że zwięzłość i ogólnikowość tego przepisu nie pozwala na jednoznaczne rozstrzygnięcie rozpatrywanej kwestii interpretacyjnej.

57. Komisja nie zgadza się z tym stanowiskiem. Zwraca ona uwagę w szczególności na szeroki zakres stosowania tego przepisu, który jej zdaniem jasno *sugeruje* (lub który nie wyklucza w sposób jednoznaczny), że państwa członkowskie dysponujące krajowym systemem kontroli połączeń mogą odsyłać również sprawy, które nie podlegają ich systemom. Niemniej jednak w kontekście wykładni językowej nie można stawiać znaku równości między zasugerowaniem (lub też niewykluczeniem) czegoś a stwierdzeniem tego w sposób wyraźny. Kwestii, czy

22 Punkty 89, 90, 92 zaskarżonego wyroku.

23 Punkt 91 zaskarżonego wyroku (podkreślenie moje). Jest tak w przypadku większości wersji językowych rozporządzenia, bowiem tylko w nielicznych wersjach językowych (np. w wersji niderlandzkiej i szwedzkiej) nie użyto sformułowania „*wszelka* koncentracja", lecz innych określeń, które można przetłumaczyć jako „*dana koncentracja*".

24 Punkt 93 zaskarżonego wyroku.

25 Punkty 94, 95 zaskarżonego wyroku.

przesłanka mniejsza w rozumowaniu Komisji (zakresem stosowania przepisu objęte są również odesłania takie jak to rozpatrywane w niniejszej sprawie) logicznie wypływa z przesłanki większej w jej rozumowaniu (przepis został sformułowany szeroko), nie da się rozstrzygnąć – jak oczekiwałaby tego Komisja od Trybunału – w drodze analizy pojedynczego akapitu rozporządzenia nr 139/2004, dokonywanej w „klinicznej izolacji" od pozostałej części przepisu oraz, w ujęciu bardziej ogólnym, od całej reszty rozporządzenia.

58. Co do zasady zdumiewające jest twierdzenie Komisji, że gdy brzmienie przepisu wydaje się wystarczająco jasne, Trybunał *nie powinien* stosować żadnych innych środków wykładni prawnej. Trybunał ma oczywiście swobodę w korzystaniu ze wszystkich metod wykładni, jakie uznaje za stosowne w każdej konkretnej sytuacji. Uważam, że warto podkreślić tę kwestię, która ma znaczenie konstytucyjne – gdy sporne zagadnienia dotyczą *wykładni prawa*, zasady takie jak zasada dyspozycyjności, ciężaru dowodu lub standardu dowodowego nie znajdują zastosowania. Ponownie kluczową w tym kontekście jest zasada iura novit curia.

59. W swojej argumentacji Komisja pomija też spójne orzecznictwo Trybunału. Jak bardzo wyraźnie stwierdził on w wyroku Cilfit, „*każdy przepis* prawa [Unii] powinien być ujmowany w swoim kontekście i interpretowany w świetle wszystkich przepisów tego prawa"[26]. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem „przy dokonywaniu wykładni przepisu prawa Unii należy wziąć pod uwagę *nie tylko* jego brzmienie, *ale także* jego kontekst oraz cele regulacji, której część przepis ten stanowi"[27]. Trybunał nigdy nie wahał się więc przystąpić do wykładni kontekstowej lub celowościowej przepisu, nawet jeżeli jego brzmienie było jakoby jasne, w celu potwierdzenia wykładni językowej[28] lub, w stosownych przypadkach, odejścia od tej wykładni[29].

60. Nie można się w końcu dziwić znaczeniu, jakie Trybunał konsekwentnie przypisuje w szczególności wykładni kontekstowej i celowościowej. W rzeczywistości nawet Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, znana z tego, że wprowadzone w niej zostało rozróżnienie między „ogólną regułą interpretacji" a „uzupełniającymi środkami interpretacji"[30], zalicza wszystkie te elementy do owej pierwszej grupy i łączy je w nierozerwalną całość. Jej art. 31 ust. 1 stanowi: „Traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim *wyrazom* w ich kontekście, oraz w świetle jego *przedmiotu i celu*"[31].

61. Dlatego właśnie Komisja błędnie skupia się na wyrażeniu „wszelka koncentracja", którym posłużono się w art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. Aby ustalić, do czego dokładnie odnosi się wyraz „wszelka", należy się zastanowić, jakiego rodzaju koncentracji dotyczy art. 22 rozporządzenia nr 139/2004. Choć to stwierdzenie może zostać uznane za oczywiste, wyrażenie „wszelka koncentracja" musi się odnosić do wszelkiej koncentracji, która nie tylko podlega art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, lecz także, a fortiori, jest objęta zakresem stosowania rozporządzenia nr 139/2004. Analiza kontekstowa tego przepisu jest zatem nieunikniona.

26 Wyrok z dnia 6 października 1982 r., Cilfit i in., 283/81, EU:C:1982:335, pkt 20 (podkreślenie moje).

27 Zobacz między innymi wyrok z dnia 6 października 2020 r., Jobcenter Krefeld, C-181/19, EU:C:2020:794, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo (podkreślenie moje).

28 Ibidem, pkt 62–66.

29 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 19 listopada 2009 r., Sturgeon i in., C-402/07 i C-432/07, EU:C:2009:716, pkt 40–69; z dnia 27 października 2016 r., Komisja/Niemcy, C-220/15, EU:C:2016:815, pkt 38–47.

30 *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1155, s. 331. Zobacz odpowiednio art. 31, 32.

31 Podkreślenie moje.

62. Tak samo absurdalne byłoby sugerowanie, że Trybunał *powinien* poprzestać na badaniu tekstu przepisu, *jeżeli* zwrócono mu uwagę na pewne konkretne elementy, które wzbudzają wątpliwości co do tego, czy brzmienie tego przepisu jest rzeczywiście tak jasne, jak się utrzymuje [32]. Dokładnie tak wygląda sytuacja w niniejszym postępowaniu – jak zostanie wykazane w dalszej części niniejszej opinii, szereg elementów przemawia za odmienną interpretacją rozpatrywanego przepisu.

63. Podobnie za pozbawiony znaczenia uważam argument ESA, który zwraca uwagę, że w art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 brak jest określeń świadczących o tym, iż mechanizm odsyłania spraw miałby mieć zastosowanie wyłącznie do koncentracji, które mogą być poddane zbadaniu w świetle krajowego prawa państw członkowskich dotyczącego konkurencji. W tym względzie ESA wskazuje na różnicę między tekstem art. 4 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 (który również dotyczy mechanizmu odsyłania spraw i zawiera te określenia) oraz tekstem art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Niemniej jednak, podnosząc ten argument, pomija się okoliczność, że drugi z tych przepisów, w przeciwieństwie do pierwszego z nich, został pierwotnie uchwalony po to, aby umożliwić wychwycenie koncentracji potencjalnie problematycznych na szczeblu krajowym, gdy dane państwo członkowskie (państwa członkowskie) nie dysponuje (nie dysponują) krajowym systemem kontroli połączeń. W związku z tym art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie może zawierać takich określeń jak te, którymi posłużono się w art. 4 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004, gdyż skutkowałoby to wyłączeniem z zakresu jego stosowania właśnie tych państw członkowskich, pod kątem których przepis ów został pomyślany. W rzeczywistości sam Sąd, w pkt 126 zaskarżonego wyroku, odmówił przeprowadzenia jakiejkolwiek paraleli między tymi dwoma przepisami.

64. W każdym wypadku zastrzeżenia Komisji o charakterze zasadniczym są nie tylko nieuzasadnione, lecz również bezprzedmiotowe w niniejszej sprawie, ponieważ istnieją co najmniej dwa elementy tekstowe, które wystarczają do tego, by wzbudzić pewne wątpliwości odnośnie do wykładni językowej, która zdaniem Komisji jest tak oczywista, że należy bezwarunkowo odrzucić każdą inną metodę wykładni art. 22 rozporządzenia nr 139/2004.

65. Po pierwsze, jednym z takich elementów jest tytuł tego przepisu. Artykuł 22 rozporządzenia nr 139/2004 jest zatytułowany „Odesłania do Komisji”. W przeważającej większości wersji językowych [33] termin odpowiadający „odesłaniu” ma określoną konotację. Sugeruje on bowiem, że ów przepis dotyczy co do zasady spraw, które faktycznie toczą się lub mogą się toczyć przed organami krajowymi, a następnie są *odsyłane* do (to znaczy kierowane do, przekazywane, powierzane, przydzielane itp.) Komisji. Taka wykładnia byłaby zgodna z paremią prawną „nemo dat quod non habet” („nikt nie może dać tego, czego sam nie ma”).

66. Po drugie, zgodnie z art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 jedną z przesłanek, która musi być spełniona, aby Komisja mogła badać połączenia nieosiągające progów określonych w jego art. 1, jest ta, w myśl której dane połączenie „zagraża w sposób znaczący konkurencji *na terytorium państwa członkowskiego lub państw* składających wniosek” [34]. To brzmienie jest całkowicie sensowne, jeżeli uzna się, że analizowany przepis ma, począwszy od jego wprowadzenia w pierwotnym rozporządzenia nr 4064/89, umożliwiać badanie koncentracji

[32] Jak stwierdził rzecznik generalny M. Wathelet, Trybunał *może*, ale *nie musi* poprzestać na wykładni językowej przepisu, gdy jego tekst jest całkowicie jasny i jednoznaczny. Zobacz podobnie opinia w sprawie Francja/Parlament, C-73/17, EU:C:2018:386, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo.

[33] Zobacz między innymi określenia „postoupení” (wersja czeska), „Verweisung” (wersja niemiecka), „παραπομπή” (wersja grecka), „remisión” (wersja hiszpańska), „renvoi” (wersja francuska), „áttétel” (wersja węgierska), „rinvio” (wersja włoska), „remessa” (wersja portugalska) i „napotitev” (wersja słoweńska).

[34] Podkreślenie moje.

mogących zakłócić konkurencję w państwie członkowskim, które nie dysponuje krajowym systemem kontroli połączeń. Jest ono ponadto spójne z celem tego przepisu, który po zmianach wprowadzonych w 1997 i 2004 r. ma także – jak zostanie to przedstawione w dalszej części niniejszej opinii – służyć wzmacnianiu cechującego unijny system kontroli połączeń aspektu „pojedynczej instytucji" („one-stop-shop") poprzez unikanie, w największym możliwym stopniu, wielokrotnych zgłoszeń na szczeblu krajowym.

67. Brzmienie tego przepisu staje się z kolei mniej oczywiste, gdy jest on interpretowany, jak stwierdził Sąd, jako ustanawiający „»*mechanizm korygujący*« […] umożliwi[ający] kontrol[ę] koncentracji mogących znacząco utrudnić skuteczną konkurencję *na rynku wewnętrznym*"[35]. Skoro tak, to dlaczego prawodawca Unii wspomniał jedynie o ograniczeniach konkurencji występujących na szczeblu państwa członkowskiego? Czy przepis ten nie powinien się odnosić, bardziej ogólnie lub też uzupełniająco, do ograniczeń konkurencji na *rynku wewnętrznym*? Co jednak istotniejsze – dlaczego Komisja miałaby w ogóle potrzebować odesłania od organu państwa członkowskiego, gdy problem dotyczący konkurencji występuje na szczeblu Unii?

68. Wydaje się, że wymienione powyżej elementy tekstowe mogą rzucać pewien cień na jakoby nienastręczającą żadnych wątpliwości wykładnię tego przepisu, która została zaproponowana przez Komisję.

69. Dlatego też, jak to zwykle bywa w przypadku przepisów, które są w pewnym stopniu niejasne albo które przynajmniej nie mają charakteru autonomicznego (co, jak sądzę, odnosi się również do rozpatrywanego przepisu, będącego przecież pojedynczym akapitem artykułu zawartego w rozporządzeniu), całkiem trafne wydaje się stare angielskie porzekadło „bare reading is bare feeding" („samymi tylko słowami brzucha się nie nakarmi"). W związku z tym aby ustalić, jakie jest dokładne znaczenie i dokładny zakres stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, rzeczywiście należy, jak słusznie orzekł Sąd, skorzystać także z innych metod wykładni stosowanych przez Trybunał.

2) Wykładnia historyczna art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004

70. W pkt 96–117 zaskarżonego wyroku Sąd, przeanalizowawszy szereg dokumentów dotyczących genezy rozporządzenia nr 139/2004, doszedł do wniosku, iż „wykładnia historyczna zdaje się potwierdzać, że art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 umożliwia państwu członkowskiemu, niezależnie od zakresu jego przepisów krajowych w dziedzinie kontroli koncentracji, odesłanie do Komisji koncentracji, które nie osiągają progów obrotu określonych w art. 1 tego rozporządzenia, lecz które mogą mieć znaczące skutki transgraniczne".

71. Nie zgadzam się z tą oceną. W szczególności mam w tym względzie cztery główne zastrzeżenia: po pierwsze, dokumenty, o których mowa w zaskarżonym wyroku, mają pewne immanentne ograniczenia, jeśli chodzi o możliwość wyjaśnienia zamiaru przyświecającego prawodawcy Unii; po drugie, przytoczone fragmenty tych dokumentów nie potwierdzają wniosków sformułowanych przez Sąd; po trzecie, z całościowej lektury tych dokumentów wynika, że w rzeczywistości przeczą one tym wnioskom; oraz, po czwarte, Sąd nie uwzględnił wielu innych dokumentów, w tym sporządzonych w toku odpowiednich prac przygotowawczych, które potwierdzają wykładnię bronioną przez wnoszące odwołanie.

[35] Punkt 142 zaskarżonego wyroku (podkreślenie moje). Zobacz także pkt 141, 165, 177, 182 zaskarżonego wyroku.

i) Mankamenty analizy historycznej Sądu (część I)

72. Po pierwsze, jak słusznie podnosi spółka Grail, dokumenty, które zostały przywołane w zaskarżonym wyroku na poparcie sformułowanego na ich podstawie wniosku, mają dwa *immanentne* ograniczenia. Wszystkie te dokumenty (mianowicie „zielona księga z 1996 r.”[36], „zielona księga z 2001 r.”[37], „wniosek Komisji z 2003 r.”[38] oraz „dokument roboczy służb z 2009 r.”[39]) były *autorstwa* Komisji i zostały sporządzone *po* przyjęciu rozporządzenia nr 4068/89. Uważam, że podejście przyjęte przez Sąd w niniejszej sprawie jest wyjątkowo zdumiewające.

73. Na rozprawie Komisja została zapytana, czy jakoby szeroki zakres stosowania (obecnego) art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004: cechował już regulację zawartą w pierwotnym rozporządzeniu nr 4064/89, które zostało przyjęte w 1989 r.; stanowił pokłosie zmiany tego przepisu w 1997 r.; czy też został przewidziany dopiero z chwilą przyjęcia nowego rozporządzenia nr 139/2004 w 2004 r. Komisja bez wahania odpowiedziała, że taki szeroki zakres stosowania istniał od samego początku, to znaczy, że cechował on art. 22 ust. 4 rozporządzenia nr 4064/89, w postaci, w jakiej przepis ten został uchwalony w 1989 r. ESA wyraził ten sam pogląd[40].

74. Jeżeli tak jest, to wydaje mi się, że na potrzeby analizy historycznej znaczenia i zakresu stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 dokumenty sporządzone po przyjęciu rozporządzenia nr 4064/89 w 1989 r. mają mniejsze znaczenie aniżeli dokumenty sporządzone przed przyjęciem tego rozporządzenia. Nie sądzę, abym musiał wyjaśniać, dlaczego dokumenty *przygotowawcze* (rozumiane jako dokumenty wykorzystywane przy opracowywaniu danego przepisu) mają zazwyczaj większe znaczenie dla dowiedzenia zamiaru prawodawcy aniżeli dokumenty opracowane ex post facto.

75. W tym względzie stwierdzam również, że zaskarżony wyrok jest wewnętrznie sprzeczny. W jego pkt 115 Sąd zasadniczo odmówił zbadania pięciu dokumentów autorstwa Komisji, które zostały przywołane w pismach wnoszących odwołanie i z których miało wynikać, że do niedawna sama Komisja nie interpretowała art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 w sposób zaproponowany w niniejszym postępowaniu.

76. Jeżeli szeroki zakres stosowania tego przepisu cechował już regulację zawartą w uchwalonym w 1989 r. rozporządzeniu nr 4064/89, to dlaczego Sąd wziął pod uwagę szereg dokumentów sporządzonych po 1989 r., ale nie uwzględnił tych, które zostały wskazane przez wnoszące odwołanie? Jeżeli natomiast zakres stosowania tego przepisu został rozszerzony wraz z przyjęciem rozporządzenia nr 139/2004 w 2004 r., to dlaczego Sąd nie przywołał żadnych dokumentów dotyczących procesu legislacyjnego prowadzącego do przyjęcia tego rozporządzenia, zwłaszcza zaś pochodzących od instytucji, która odgrywała rolę jedynego prawodawcy, a mianowicie Rady? Prowadzi mnie to do kolejnej kwestii.

36 Zielona księga Komisji z dnia 31 stycznia 1996 r. dotycząca przeglądu rozporządzenia w sprawie koncentracji [COM(96) 19 wersja ostateczna], o której mowa w pkt 97, 98 zaskarżonego wyroku.

37 Zielona księga Komisji z dnia 11 grudnia 2001 r. dotycząca przeglądu rozporządzenia Rady nr 4064/89 [COM(2001) 745 wersja ostateczna], o której mowa w pkt 97, 99, 101, 103 zaskarżonego wyroku.

38 Wniosek Komisji dotyczący rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw („rozporządzenia WE w sprawie koncentracji”) (Dz.U. 2003, C 20, s. 4), o którym mowa w pkt 97, 106–113 zaskarżonego wyroku.

39 Dokument roboczy służb Komisji towarzyszący komunikatowi Komisji do Rady – Sprawozdanie z funkcjonowania rozporządzenia nr 139/2004 z dnia 30 czerwca 2009 r. [SEC(2009) 808 wersja ostateczna/2], o którym mowa w pkt 97, 115 zaskarżonego wyroku.

40 Niestety Sąd nie zajął wyraźnego stanowiska w tej kwestii. Nie można go także zrekonstruować w drodze analizy uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Sąd bez rozróżnienia odniósł się do elementów obecnych w pierwotnym rozporządzeniu nr 4064/89 oraz do elementów dodanych w późniejszym terminie, czy to rozporządzeniem z 1997 r., czy też rozporządzeniem nr 139/2004.

77. Dość zaskakujące jest bowiem, że Sąd, aby potwierdzić wykładnię art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, za którą opowiedziała się Komisja, powołał się jedynie na dokumenty autorstwa samej Komisji, natomiast nie przywołał żadnych dokumentów pochodzących od Rady.

78. Z pewnością mogę się zgodzić, że dokument urzędowy przedstawiający stanowisko Komisji w przedmiocie znaczenia i zakresu stosowania danego przepisu rozporządzenia lub dyrektywy ma pewną wagę, zwłaszcza gdy ów przepis znajdował się w pierwotnym wniosku i nie był szeroko dyskutowany ani istotnie zmieniany w toku procesu legislacyjnego. Stanowiska Komisji nie można jednak uznać za czynnik decydujący na potrzeby wykładni przepisu dokonywanej przez Trybunał. Jest tak tym bardziej wówczas, gdy przepis został dodany przez Radę na stosunkowo późnym etapie procesu legislacyjnego, w następstwie długich dyskusji, jak miało to miejsce w przypadku (obecnego) art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004.

79. W tym kontekście uważam za problematyczny fakt, że żaden z dokumentów, o których mowa w pkt 96–117 zaskarżonego wyroku, nie był autorstwa Rady lub nie został opracowany przed przyjęciem rozporządzenia nr 4064/89 w 1989 r.

ii) Mankamenty analizy historycznej Sądu (część II)

80. Po drugie, dokumenty historyczne, na które powołał się Sąd, w rzeczywistości nie potwierdzają sformułowanego na ich podstawie wniosku, a to z dwóch powodów: pierwszym z nich jest fakt, że fragmenty przywołane w zaskarżonym wyroku są pozbawione znaczenia dla spornej kwestii, natomiast drugim – okoliczność, że inne, bardziej istotne fragmenty znajdujące się w tych samych dokumentach zostały albo pominięte, albo też ich znaczenie zostało niesłusznie zbagatelizowane.

81. Sąd rozpoczął analizę historyczną tego przepisu od stwierdzenia, iż „mechanizm odesłania był następstwem życzenia Królestwa Niderlandów, które nie dysponowało ówcześnie […] systemem [kontroli połączeń], aby Komisja badała koncentracje wywołujące negatywne skutki na jego terytorium, pod warunkiem że koncentracje te wpływają również na handel między państwami członkowskimi, w związku z czym wspomniany mechanizm nazwano »klauzulą niderlandzką«”[41]. Następnie odniósł się on do szeregu odpowiednich dokumentów, z których wynikało: po pierwsze, że mechanizm odsyłania spraw uznaje się co do zasady za użyteczny instrument, w szczególności z punktu widzenia tych państw członkowskich, które obecnie nie dysponują systemem kontroli połączeń, przy czym korzystanie z niego nie jest w żadnym wypadku zastrzeżone dla tych państw[42]; po drugie, że mechanizm ten ma na celu umożliwienie państwom członkowskim zwrócenia się do Komisji o zbadanie koncentracji mającej skutki transgraniczne w sytuacji, gdy nie osiągnięto progów przewidzianych w art. 1 rozporządzenia[43]; po trzecie, że cele realizowane przez ten mechanizm były z biegiem czasu rozszerzane, tak aby umożliwić składanie wspólnych wniosków o odesłanie, co pozwoliłoby unikać wielokrotnych zgłoszeń na szczeblu krajowym, bez podważania jego pierwotnego celu[44]; oraz, po czwarte, że zmiany tego przepisu świadczą o tym, iż Komisja opowiedziała się za silniejszym odwołaniem się do mechanizmów odesłania[45].

41 Punkt 97 zaskarżonego wyroku.

42 Punkt 98 zaskarżonego wyroku.

43 Punkt 102 zaskarżonego wyroku.

44 W szczególności w 1997 r., gdy ów przepis został zmieniony. Zobacz pkt 103 zaskarżonego wyroku.

45 Punkt 109 zaskarżonego wyroku.

82. Moim zdaniem wszystkie te stwierdzenia Sądu są zgodne ze stanem faktycznym. Truizmem jest wniosek, że art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 znajduje zastosowanie do koncentracji mających skutki transgraniczne, które nie osiągają progów przewidzianych w art. 1 tego rozporządzenia. Ponadto nie jest w ogóle kwestionowane, że z mechanizmu odsyłania spraw ustanowionego w art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 mogą korzystać zarówno państwa członkowskie, które *nie dysponują* systemem kontroli połączeń, jak i państwa członkowskie, które *dysponują* takim systemem kontroli. Wreszcie, jest również całkowicie jasne, że mechanizm odsyłania spraw był z biegiem czasu zmieniany z myślą o rozszerzeniu jego celów i umożliwieniu jego częstszego wykorzystywania.

83. Niemniej jednak żaden element tych ustaleń nie pozwala wyjaśnić, bezpośrednio lub pośrednio, wątpliwości leżącej u podstaw rozpatrywanego zarzutu, mianowicie czy art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 zezwala państwom członkowskim *dysponującym* systemem kontroli połączeń na odsyłanie spraw, które *nie są objęte* zakresem tego systemu.

84. W związku z tym jest nie tylko tak, że dokumenty przywołane w zaskarżonym wyroku są względnie przekonujące, ale również tak, że przy dokładniejszym zbadaniu okazuje się, iż przytoczone fragmenty tych dokumentów nijak nie potwierdzają ostatecznego wniosku sformułowanego na ich podstawie w pkt 116 tego wyroku. Wnioski, do jakich doszedł Sąd, są zatem w sposób oczywisty pozbawione znaczenia.

iii) Mankamenty analizy historycznej Sądu (część III)

85. Po trzecie, wydaje się, że te same dokumenty, które zostały przywołane w zaskarżonym wyroku, gdy odczytywać je w całości, przeczą wnioskom sformułowanym przez Sąd, a tym samym potwierdzają wykładnię, za którą opowiadają się wnoszące odwołanie. Trzeba podkreślić, że ta kwestia ma duże znaczenie. Trybunał konsekwentnie wskazuje, że dokumenty, na których opiera się Sąd, należy odczytywać w całości, aby móc prawidłowo ocenić ich wartość dowodową. Ekstrahowanie z dokumentu jednego konkretnego fragmentu lub większej ich liczby, a następnie wysnuwanie na ich podstawie wniosków, które są niezgodne z rzeczywistą treścią całości dokumentu, stanowi naruszenie prawa [46].

86. Moim zdaniem te zasady mają w niniejszym kontekście istotne znaczenie.

87. Na wstępie pragnę wskazać, że uważam za zaskakujące, iż w pkt 99 zaskarżonego wyroku zbagatelizowano znaczenie fragmentu zawartego w zielonej księdze z 2001 r., zgodnie z którym – z uwagi na fakt, że w dniu przyjęcia tej zielonej księgi jedynie Wielkie Księstwo Luksemburga nie dysponowało systemem kontroli połączeń – „w praktyce […] możliwość zastosowania art. 22 ust. 3 w pierwotnej formie jest bardzo ograniczona” [47]. Prawdą jest, że z tego fragmentu wynika, jak słusznie stwierdził Sąd, iż skorzystanie z art. 22 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 przez państwa członkowskie inne niż Luksemburg nie było wykluczone [48]. Ponownie należy jednak wskazać, że nie to stanowi kwestię sporną. Ten fragment sugeruje w istocie, że – ze względu na ograniczenia w stosowaniu mechanizmu odsyłania spraw przez państwa członkowskie dysponujące systemem kontroli połączeń – mechanizm odsyłania spraw był z biegiem czasu

[46] Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 18 lipca 2007 r., Industrias Químicas del Vallés/Komisja, C-326/05 P, EU:C:2007:443, pkt 60–68; z dnia 30 maja 2017 r., Safa Nicu Sepahan/Rada, C-45/15 P, EU:C:2017:402, pkt 76.

[47] Punkt 99 zaskarżonego wyroku.

[48] Było tak nadal w chwili sporządzania niniejszej opinii. Jak jednak rozumiem, ta sytuacja może ulec zmianie w najbliższej przyszłości, ponieważ w sierpniu 2023 r. rząd luksemburski przedstawił projekt ustawy o wprowadzeniu w Luksemburgu systemu kontroli połączeń.

coraz rzadziej wykorzystywany w praktyce. Większość państw członkowskich ustanowiła w międzyczasie krajowe systemy kontroli połączeń, w związku z czym państwa te były mniej zainteresowane odsyłaniem spraw do Komisji i miały ku temu mniej okazji.

88. Analizowany fragment, gdy odczytywać go w ten sposób, doskonale współbrzmi z wyimkami z dokumentów, które zostały przytoczone we wcześniejszych punktach zaskarżonego wyroku, oraz potwierdza stanowisko wnoszących odwołanie – mechanizm odsyłania spraw został pomyślany pod kątem państw członkowskich niedysponujących systemem kontroli połączeń oraz uznany za „szczególnie" użyteczny właśnie dla nich. Gdyby państwa członkowskie dysponujące systemem kontroli połączeń mogły odesłać do Komisji *wszelką* koncentrację, niezależnie od tego, czy podlegałaby ona ich systemom, czy też nie, na wykorzystywanie tego mechanizmu przez owe państwa członkowskie oraz na jego odpowiedniość dla tychże nie miałoby większego wpływu przyjęcie przez nie systemu krajowego, zaś mechanizm ten z pewnością nie byłby „ograniczony".

89. Co więcej, w zaskarżonym wyroku nie przytoczono innych, bardzo jasnych i istotnych, fragmentów dokumentów, na które powołał się Sąd.

90. Na przykład w zielonej księdze z 1996 r., w części, w której dokonano analizy ograniczeń obowiązujących wówczas ram regulacyjnych oraz dostępnych wariantów ich zmiany, tak aby możliwe było wychwycenie większej liczby połączeń mających skutki transgraniczne, nie wspomniano o istniejącej jakoby możliwości odesłania do Komisji połączeń, które wymykają się krajowym systemom kontroli połączeń, na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 4064/89. W rzeczywistości wskazano, że ów przepis dotyczy jedynie „*podziału spraw* między Komisję a państwa członkowskie". W zielonej księdze z 1996 r. stwierdzono nawet, że „jeżeli progi [przewidziane w rozporządzenia nr 4064/89] nie są osiągnięte, koncentracje podlegają krajowemu systemowi kontroli połączeń, *o ile takowy istnieje*" [49].

91. W dalszej kolejności należy zauważyć, że zielona księga z 2001 r. jeszcze wyraźniej przeczy dokonanej przez Sąd wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. Po pierwsze, z tego dokumentu wynika, że jego cele [„wzmocnienie stosowania wspólnotowego prawa konkurencji do koncentracji mających skutki transgraniczne, zapewnienie przestrzegania zasady pojedynczej instytucji (»one-stop-shop«) i rozwiązanie problemu wielokrotnych zgłoszeń"] miały zostać osiągnięte w drodze zapewnienia, iż sprawy, w których dokonywane są wielokrotne zgłoszenia na szczeblu krajowym, będą mogły być rozpatrywane przez Komisję [50]. Oczywiste jest, że sprawami, w których dokonywane są *wielokrotne zgłoszenia*, nie są te sprawy, w których nie zostają osiągnięte progi krajowe. W rzeczywistości w tym dokumencie dużo uwagi poświęcono odsyłaniu spraw podlegających obligatoryjnemu lub dobrowolnemu zgłoszeniu na szczeblu krajowym [51]; nie zawiera on natomiast żadnej wskazówki świadczącej o tym, że mechanizm odsyłania spraw mógłby być stosowany również w przypadku koncentracji, które nie podlegają zgłoszeniu na szczeblu krajowym [52].

92. Po drugie, w zielonej księdze z 2001 r. wskazano, że jednym z powodów niedostatecznego wykorzystywania mechanizmu odsyłania spraw ustanowionego w art. 22 rozporządzenia nr 4064/89 były „różnice techniczne dotyczące krajowych procedur kontroli połączeń,

[49] Punkty 9, 10 zielonej księgi z 1996 r. (podkreślenie moje).

[50] Punkt 86 zielonej księgi z 2001 r., o którym mowa w pkt 103 zaskarżonego wyroku.

[51] „Dobrowolnymi" zgłoszeniami w rozumieniu tego dokumentu są zgłoszenia dokonywane w organie ochrony konkurencji Zjednoczonego Królestwa, ponieważ w Zjednoczonym Królestwie (które było wówczas państwem członkowskim Unii) obowiązuje system kontroli połączeń, który – w przeciwieństwie do systemu funkcjonującego zarówno w Unii, jak i w innych państwach członkowskich – opiera się nie na zgłoszeniach obligatoryjnych, lecz dobrowolnych.

[52] Zobacz w szczególności s. 4 („Executive summary"); pkt 72–88 zielonej księgi z 2001 r.

w szczególności te odnoszące się do *zdarzenia powodującego powstanie obowiązku zgłoszenia* oraz zasad regulujących terminy dokonywania zgłoszeń”[53]. Oczywiście tego rodzaju kwestie nie miałyby żadnego znaczenia, gdyby art. 22 rozporządzenia nr 4064/89 zezwalał państwom członkowskim na odsyłanie do Komisji koncentracji niezależnie od tego, czy obowiązek zgłoszenia powstał na szczeblu krajowym[54]. Podobnie, gdyby Sąd miał rację, nie dałoby się wytłumaczyć stwierdzeń zawartych w zielonej księdze z 2001 r., zgodnie z którymi trudno jest doprowadzić do wykorzystywania na szerszą skalę wspólnych wniosków o odesłanie na podstawie art. 22 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89, ponieważ wymagałoby to osiągnięcia „odpowiedniego stopnia harmonizacji ustawodawstw krajowych”[55].

93. Jeśli chodzi o wniosek Komisji z 2003 r., to jego pkt 21 brzmi następująco: „Jedną z pierwotnych funkcji art. 22 [rozporządzenia nr 139/2004] było umożliwienie państwom członkowskim, które nie mają prawa krajowego w dziedzinie kontroli koncentracji, odsyłania do Komisji koncentracji, które wywierają wpływ na handel między państwami członkowskimi; obecnie do tej kategorii należy jedynie Luksemburg. *Niemniej jednak nie można całkowicie wyeliminować* możliwości odsyłania spraw do Komisji przez tylko jedno państwo członkowskie”[56]. Sugeruje to, że jednostronne korzystanie z mechanizmu odsyłania spraw przez państwa członkowskie, choć możliwe, zostało uznane za mało prawdopodobne. Da się argumentować, że gdyby art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 zezwalał państwom członkowskim dysponującym systemem kontroli połączeń na odsyłanie także tych spraw, których nie mogą one badać, nie można by uznać, iż wykorzystywanie mechanizmu odsyłania spraw będzie mało prawdopodobne.

94. Ponadto w pkt 22–25 tego dokumentu wskazano, że największa słabość przepisów dotyczących odesłań (art. 9 i 22 rozporządzenia nr 4064/89) polega na tym, iż *mogą one znaleźć zastosowanie jedynie* po zgłoszeniu połączenia, w zależności od przypadku, do Komisji lub OOK. Co więcej, w jego pkt 28 bardzo jasno stwierdzono, że możliwość wezwania przez Komisję państw członkowskich do złożenia wniosku o odesłanie jest ograniczona do spraw, które zostały już zgłoszone.

95. Wreszcie, w pkt 133 dokumentu roboczego służb z 2009 r. wyjaśniono: po pierwsze, że kwestia, czy państwa członkowskie dysponujące systemami kontroli połączeń powinny mieć możliwość stosowania art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 w przypadku koncentracji niepodlegających tym systemom, która wcale nie jest tak oczywista, jak utrzymuje Komisja, wzbudzała kontrowersje (mimo że wydaje się, iż brzmienie tego przepisu wcale tego nie wyklucza), zaś większość państw członkowskich, które zajęły w tym względzie stanowisko, skłaniała się ku odpowiedzi przeczącej[57]; po drugie, że niektóre zainteresowane strony, z którymi przeprowadzono konsultacje (a wśród których znalazły się OOK), zastanawiały się nawet, czy przepis taki jak 22 rozporządzenia nr 4064/89 powinien w ogóle nadal obowiązywać, ponieważ

53 Punkt 53 (podkreślenie moje).

54 Ta kwestia została dodatkowo uwypuklona w drodze zawarcia w zielonej księdze z 2001 r. wzmianki o braku definicji „dowiedzenia się o koncentracji przez państwo członkowskie”, choć „naturalne wydaje się, aby dzień zgłoszenia koncentracji na szczeblu krajowym uznać za dzień powstania obowiązku zgłoszenia w państwach członkowskich, w których istnieje wymóg zgłoszenia”. Również i w tym przypadku Komisja wyraźnie ma na myśli sprawy, o których organy krajowe dowiadują się dlatego, że podlegają one ich krajowym systemom kontroli połączeń.

55 Zobacz w szczególności pkt 93, 95, 99 zielonej księgi z 2001 r.

56 Podkreślenie moje.

57 Zobacz pkt 138 dokumentu roboczego służb z 2009 r.: „Co się tyczy kwestii, czy państwo członkowskie powinno mieć możliwość odesłania sprawy lub przyłączenia się do wniosku o odesłanie, *jeżeli nie jest właściwe w danej sprawie*, pięć państw opowiedziało się za zapewnieniem mu takiej możliwości, podczas gdy dziewięć było temu przeciwnych. Rodzi to pytanie, czy państwo członkowskie powinno mieć możliwość odesłania sprawy, gdy nie dochodzi do powstania jego właściwości, ale gdy działania stron wywołują skutek w tym państwie członkowskim” (podkreślenie moje).

dopuszczenie, aby „państwo członkowskie, które nie jest właściwe, mogło odesłać sprawę lub przyłączyć się do wniosku o odesłanie na podstawie art. 22", stwarza problemy związane z przewidywalnością, niepewnością prawa i przewlekłością postępowań; oraz, po trzecie, że choć pierwotne ratio legis art. 22 nieomal przestało mieć rację bytu, to jednak przepis ten pozostaje celowy w sytuacji, „gdy państwo członkowskie, po upływie okresu na przeprowadzenie oceny transakcji, dochodzi do przekonania, iż sprawa zostałaby *lepiej oceniona* przez Komisję" [58].

96. Stwierdzam zatem, że dokumenty przywołane w pkt 96–117 zaskarżonego wyroku nie tylko nie potwierdzają wniosku sformułowanego na ich podstawie przez Sąd, lecz gdy odczytywać je w całości, wręcz zaprzeczają temu wnioskowi.

iv) Mankamenty analizy historycznej Sądu (część IV)

97. Po czwarte, błąd Sądu, który polegał na uznaniu, że wykładnia historyczna art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 potwierdza, iż przepis ten ma szeroki zakres stosowania, staje się jeszcze bardziej oczywisty po przeprowadzeniu analizy innych odpowiednich dokumentów, zwłaszcza tych, które zostały sporządzone w toku prac przygotowawczych, w tym dokumentów pochodzących od Rady.

98. Z przebiegu prac przygotowawczych dość wyraźnie wynika, że w trakcie dyskusji i negocjacji, których zwieńczeniem było przyjęcie przez Radę rozporządzenia nr 4064/89 w 1989 r., jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii było określenie przedmiotowego zakresu stosowania tego rozporządzenia oraz jego powiązań z innymi przepisami (wspólnotowymi i krajowymi), które także mogłyby mieć zastosowanie do transakcji zgłaszanych na jego podstawie. Zastanawiano się w szczególności nad dwoma zagadnieniami: czy rozporządzenie nr 4064/89 ma mieć zastosowanie w sposób wyłączny, czy też państwa członkowskie mogą również równolegle badać zgłoszone koncentracje? Czy stosowanie rozporządzenia nr 4064/89 a priori wyklucza stosowanie do tej samej transakcji ówcześnie obowiązujących art. 85 i 86 traktatu EWG [59]?

99. W tym względzie w łonie Rady ostatecznie osiągnięto porozumienie, zgodnie z którym właściwość Komisji na podstawie rozporządzenia nr 4064/89 miała mieć charakter wyłączny, podczas gdy koncentracje nieosiągające progów określonych w rozporządzeniu nr 4064/89 miały być badane jedynie przez organy krajowe [60]. Ponadto, choć nie było możliwe wyłączenie stosowania art. 85 i 86 traktatu EWG (prawa pierwotnego) do transakcji podlegających rozporządzeniu, to istniała możliwość ograniczenia stosowania do nich ustawodawstwa wprowadzającego w życie te postanowienia [61]. Doprowadziło to do dodania dwóch ustępów do art. 22 wniosku Komisji [62].

58 Zobacz pkt 133, 140–142, 144 dokumentu roboczego służb z 2009 r. (podkreślenie moje). Zobacz podobnie pkt 86 zielonej księgi z 2001 r.

59 Zobacz w szczególności sprawozdania Rady: z dnia 7 listopada 1988 r. (9114/88); z dnia 10 listopada 1988 r. (9265/88); z dnia 8 grudnia 1988 r. (10054/88).

60 Projekt protokołu z 1339. posiedzenia Rady w dniu 18 lipca 1989 r. (8016/89 PV/CONS 47), s. 2.

61 Chodzi tu przede wszystkim o rozporządzenie Rady EWG nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r.: pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu [EWG] (Dz.U. 1962, 13, s. 204 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 1, s. 3).

62 Komisja, zmieniony wniosek dotyczący rozporządzenia Rady (EWG) w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw [COM(88) 97 wersja ostateczna] (Dz.U. 1988, C 130, s. 4). Artykuł 22 tego wniosku, zatytułowany „Wyłączne stosowanie niniejszego rozporządzenia", brzmi: „Rozporządzenia nr 17, (EWG) nr 1017/68, (EWG) nr 4056/86 i (EWG) nr 3975/87 nie mają zastosowania do koncentracji objętych zakresem stosowania niniejszego rozporządzenia".

100. To osiągnięte przez Radę porozumienie zrodziło dla kilku państw członkowskich, które wówczas nie dysponowały krajowym systemem kontroli połączeń (wśród tych państw znajdowały się Belgia, Włochy, Luksemburg i Niderlandy) następujący problem: kto będzie badać połączenia nieosiągające progów określonych w rozporządzeniu nr 4064/89, lecz wywierające wpływ na ich rynki krajowe? Dlatego właśnie zdecydowano się na wprowadzenie „klauzuli niderlandzkiej", na mocy której Komisji umożliwiono „wejście w rolę" organów krajowych oraz podejmowanie działań w ich imieniu, w wyjątkowych przypadkach, gdy nie istniało ustawodawstwo w dziedzinie kontroli połączeń lub gdy te organy, ze względu na ich stosunkowo niewielkie doświadczenie lub ograniczone zasoby, uważały, że Komisja jest organem „lepiej umiejscowionym" do zbadania zgłoszonej im koncentracji.

101. Zarówno Rada, jak i Komisja uznały bowiem, że można „racjonalnie założyć", iż koncentracje nieosiągające progów określonych w rozporządzeniu nr 4064/89 co do zasady nie mają na tyle wystarczającego wpływu na handel, aby uzasadnić ich badanie na szczeblu Unii [63]. Rada i Komisja były świadome, że progi przewidziane w rozporządzeniu nr 4064/89 mogą być oparte na różnych zmiennych, zaś te zmienne mogą przybierać różne wartości (przy czym każda taka wartość będzie z konieczności wskaźnikiem zastępczym) [64]. W związku z tym dla wszystkich podmiotów uczestniczących w procesie legislacyjnym, w tym dla ówczesnego komisarza ds. konkurencji [65], było całkowicie jasne, że niezależnie od tego, jak rodzaj progu oraz kwota progowa zostały wybrane, niektóre mogące mieć wpływ na wspólny rynek koncentracje tak czy tak wymykałyby się kontroli ex ante przeprowadzanej przez Komisję na podstawie rozporządzenia nr 4064/89 [66]. Uznano to jednak za nieuniknione z szeregu powodów, wśród których można wymienić między innymi chęć utrzymania na odpowiednim poziomie obciążenia Komisji pracą [67], zapewnienie pewności prawa łączącym się stronom [68] oraz wprowadzenie zrównoważonego i wyraźnego podziału kompetencji między Komisję a organy krajowe [69]. W każdym wypadku nie ulegało wątpliwości, że art. 85 i 86 traktatu EWG zezwalają na ingerencję ex post w odniesieniu do wszystkich połączeń nieosiągających progów [70].

102. W rzeczywistości ani w jednym spośród całego mnóstwa przedstawionych przez strony dokumentów, które sporządzono w toku prac przygotowawczych nad pierwotną wersją rozporządzenia nr 4064/89, nie wskazano, że mechanizm odsyłania spraw ustanowiony w art. 22 ust. 3–5 rozporządzenia nr 4064/89 ma wspomniany przez Sąd cel „korygujący". Aby uzyskać w tym względzie potwierdzenie, Komisję zapytano na rozprawie, czy może zidentyfikować choć

63 Zobacz Rada: Note de la Présidence au Conseil, 7 kwietnia 1989 r. [5857/89 (RC 9)], załącznik, s. 4; sprawozdania z dnia 12 kwietnia 1989 r. (6267/89, RC 12); projekt protokołu z 1339. posiedzenia Rady w dniu 18 lipca 1989 r. (8016/89 PV/CONS 47), s. 13; sprawozdania z dnia 9 listopada 1989 r. [9672/89 (RC 41)], s. 3. Zobacz także pismo sir Leona Brittana do Rady, 24 kwietnia 1989 r. [SG (89) D/5429], s. 2.

64 Zobacz sprawozdanie Komisji dla Rady w sprawie wykonania rozporządzenia w sprawie koncentracji, 28 lipca 1993 r. [COM(93) wersja ostateczna, s. 14) (zwane dalej „sprawozdaniem z 1993 r."); Komisja, pismo G. Drauza do służb prawnych (COMP/HT.60), grupa robocza Rady, 6 czerwca 2003 r. (11430), pkt 4.

65 Zobacz sir Leon Brittan, *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, Grotius 1991, s. 33, 49. Podobnie C. Jones, Procedures and Enforcement under EEC Merger Regulation, w: *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, ed. B. Hawk, 1990, s. 476.

66 Zobacz Komisja, sprawozdanie z 1993 r., s. 7. Zobacz także komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego dotyczący przeglądu rozporządzenia w sprawie koncentracji [COM(96) 313 wersja ostateczna], s. 5. Zobacz także N. Levy, A. Rimsa, B. Buzatu, The jurisdictional reach of EC merger control: Striking the right balance, w: *Research Handbook on Global Merger Control*, ed. I. Kokkoris, N. Levy, Edward Elgar Publishing 2023, s. 219: „Żaden skutecznie działający system kontroli połączeń nie jest w stanie wyłapać każdej transakcji mogącej wpływać na konkurencję na danym terytorium".

67 Zobacz Rada, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 8 marca 1989 r. (5770/89 RC 8), s. 4. Zobacz także pismo sir Leona Brittana do Rady, 30 marca 1989 r. [SG (89) D/4008], s. 2.

68 Zobacz Rada, sprawozdanie dla Komitetu Stałych Przedstawicieli, 9 grudnia 1988 r. (10189/89 RC 36), s. 8; avis du service juridique, 11 lipca 1989 r. (7896/89 JUR 98 RC 24), s. 10. Zobacz także Komisja, sprawozdanie z 1993 r., s. 14.

69 Zobacz sir Leon Brittan, op.cit. w przypisie 65 do niniejszej opinii, s. 39, 48, 53.

70 Zobacz Rada, avis du service juridique, 11 lipca 1989 r. (7896/89 JUR 98 RC 24), s. 4.

jeden taki dokument; niemniej jednak nie była ona w stanie tego uczynić. Nie jest to moim zdaniem zaskakujące, ponieważ gdyby koncentracje nieosiągające progów krajowych mogły mimo to zostać poddane zbadaniu z wykorzystaniem mechanizmu odsyłania spraw, to niezrozumiałe stałoby się wiele przeprowadzonych w łonie Rady dyskusji dotyczących dokładnego brzmienia tego przepisu, które zostały odzwierciedlone w dokumentach sporządzonych w toku prac przygotowawczych.

103. Mutatis mutandis to samo tyczy się zmian wprowadzonych do rozporządzenia nr 4064/89 w 1997 r. Jak wspomniano w pkt 82 niniejszej opinii, prawdą jest, że prawodawca Unii zamierzał rozszerzyć zakres stosowania mechanizmu odsyłania spraw ustanowionego w art. 22 rozporządzenia nr 4064/89. W dokumentach sporządzonych w toku prac przygotowawczych związanych z przeglądem tego rozporządzenia brak jest jednak jakichkolwiek wskazówek świadczących o tym, że owe zmiany miały na celu, jak sugeruje to Sąd, wypełnienie istniejących luk. Wprost przeciwnie – cel polegający na wzmacnianiu systemu „pojedynczej instytucji” („one-stop-shop”) poprzez unikanie wielokrotnych zgłoszeń stoi w sprzeczności z wykładnią art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, którą przyjął Sąd.

104. Moim zdaniem czymś z samej swej natury paradoksalnym jest, że Sąd powołuje się na dokument, w którym wyjaśniono, iż uzasadnieniem wprowadzonej w 1997 r. zmiany art. 22 rozporządzenia nr 4064/89 była chęć unikania *wielokrotnych* zgłoszeń, na poparcie wykładni tego przepisu, która – jak zostanie to wyjaśnione poniżej [71] – de facto zachęca przedsiębiorstwa, które na gruncie unijnego i krajowego ustawodawstwa w dziedzinie kontroli połączeń nie są zobowiązane do dokonywania jakichkolwiek zgłoszeń, do tego, by mimo wszystko dokonywały zgłoszeń (potencjalnie nawet 30 [72]) jedynie z ostrożności.

105. Ponadto dokumenty historyczne dotyczące przyjęcia rozporządzenia nr 139/2004 w 2004 r. nie potwierdzają sformułowanych przez Sąd wniosków, jakoby zamiarem prawodawcy Unii było wykorzystanie mechanizmu odsyłania spraw ustanowionego w art. 22 w celu wyeliminowania rzekomych wad wynikających ze sztywności progów przewidzianych w art. 1 tego rozporządzenia [73]. Zmianom wprowadzonym w przepisach art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 przyświecała idea wzmocnienia tego aspektu mechanizmu odsyłania spraw, który określa się mianem „pojedynczej instytucji” („one-stop-shop”) i który pozwala łączącym się stronom uniknąć konieczności dokonywania wielokrotnych zgłoszeń. W sposób oczywisty świadczy o tym samo brzmienie tych zmian [74].

106. Wreszcie, pewnych przydatnych wskazówek dostarczają też niektóre dokumenty opracowane przez Komisję po przyjęciu rozporządzenia nr 139/2004. Jak wspomniano powyżej, mogą one mieć jedynie względną wartość interpretacyjną. Niemniej jednak w zakresie, w jakim sam Sąd powołał się *wyłącznie* na dokumenty Komisji opracowane po przyjęciu rozporządzenia nr 4064/89, te dodatkowe dokumenty pozwalają na uzyskanie pełniejszego obrazu, gdyż dostarczają interesujących informacji na temat tego, jak Komisja interpretowała art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 w przeszłości.

71 Zobacz pkt 201, 208 niniejszej opinii.

72 Ta liczba odzwierciedla wszystkie państwa członkowskie Unii (z wyjątkiem Luksemburga) oraz państwa EOG/EFTA (Islandia i Norwegia), które dysponują obecnie krajowym systemem kontroli połączeń.

73 Przeciwnie – przyjęcie rozporządzenia nr 139/2004 miało służyć uczynieniu jeszcze większego pożytku z mocnych stron rozporządzenia nr 4064/89. Zobacz Komisja, pismo G. Drauza do służb prawnych (COMP/HT.60), grupa robocza Rady, 6 czerwca 2003 r. (11430), s. 7; wniosek Komisji z 2003 r., s. 10.

74 Zobacz przypisy 5 i 6 do niniejszej opinii.

107. W szczególności w obwieszczeniu Komisji w sprawie odsyłania spraw dotyczących koncentracji[75], które zostało opublikowane w 2005 r., po uchwaleniu rozporządzenia nr 139/2004, odesłanie sprawy na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 konsekwentnie określa się mianem odesłania sprawy „po dokonaniu zgłoszenia”[76]. Trudno jest pogodzić fakt używania tego sformułowania z wielokrotnie powtarzanym przez Komisję twierdzeniem, że *zawsze* interpretowała ona ów przepis w ten sposób, iż umożliwia on państwom członkowskim odsyłanie spraw, w których progi przewidziane w prawie krajowym nie zostają osiągnięte. Gdyby przyjąć argumenty przytoczone przez Komisję, dziwne byłoby również, że w tym samym dokumencie nie uczyniono wzmianki, przy wskazywaniu „[kategorii] spraw najbardziej odpowiednich do odesłania do Komisji na mocy art. 22”, o koncentracjach, które wywołują poważne obawy o konkurencję, ale nie podlegają żadnemu systemowi kontroli połączeń w Unii[77]. Można argumentować, że tego rodzaju sprawy powinny być wymienione na początku takiego wykazu.

108. Podobnie w białej księdze z 2014 r., zatytułowanej „W kierunku skuteczniejszej unijnej kontroli łączenia przedsiębiorstw”, Komisja zaproponowała między innymi „poprawę skuteczności systemu odsyłania spraw poprzez […] zmianę art. 22, tak aby bardziej przestrzegano zasady kompleksowej obsługi [one-stop-shop]”[78]. Co interesujące, w proponowanych zmianach art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 w sposób wyraźny wskazano, że jedynie państwa członkowskie, które są „właściw[e] do zbadania transakcji na gruncie prawa krajowego”, mogą wystąpić do Komisji z wnioskiem o odesłanie sprawy lub sprzeciwić się odesłaniu[79]. Można zasadnie podawać w wątpliwość, że Komisja zamierzała w drodze takich propozycji zawęzić zakres stosowania art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, ponieważ byłoby to sprzeczne zarówno z nadrzędnym celem zwiększenia skuteczności i efektywności systemu kontroli połączeń, jak i z bardziej szczegółowym celem usprawnienia mechanizmów odsyłania spraw, „zarówno przed zgłoszeniem, jak i po zgłoszeniu transakcji”[80]. Na marginesie pragnę zauważyć, że również i w tym dokumencie Komisja określiła mechanizm ustanowiony w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 mianem odesłania sprawy „po dokonaniu zgłoszenia”[81].

109. Interesujący wydaje się też wreszcie opracowany przez Komisję w 2016 r. plan oceny proceduralnych i jurysdykcyjnych aspektów kontroli łączenia przedsiębiorstw w Unii. W tym dokumencie Komisja zastanawia się nad możliwością uzupełnienia istniejących progów właściwości, które są oparte na obrotach, innymi progami wykorzystującymi kryteria alternatywne, a także nad potrzebą usprawnienia systemu odsyłania spraw. Moim zdaniem trudno wskazać dwa tematy, które byłyby ściślej związane z kwestią sporną w niniejszym postępowaniu. Dlatego za uderzający można uznać brak zawarcia w takim dokumencie jakiejkolwiek wzmianki o rzekomo szerokim zakresie stosowania art. 22 rozporządzenia nr 139/2004. Oprócz tego wskazano w nim jeszcze, że system odsyłania spraw dotyczy „prawidłowego podziału spraw”; z kolei odesłania kierowane przez państwa członkowskie do Komisji określa się w nim mianem mechanizmu stosowanego „po dokonaniu zgłoszenia”[82].

75 Dz.U. 2005, C 56, s. 2.

76 Zobacz w szczególności pkt 33, 45, 47, 50 tego obwieszczenia.

77 Zobacz pkt 45 tego obwieszczenia.

78 Punkty 2, 79 białej księgi z 2014 r.

79 Punkty 69, 70 białej księgi z 2014 r.

80 Punkt 61 białej księgi z 2014 r.

81 Punkty 21, 63, 69 białej księgi z 2014 r.

82 Dokument dostępny na stronie internetowej Komisji. Zobacz w szczególności sekcje A.1, B.2, B.3.

110. Jako wniosek pośredni należy zatem moim zdaniem przyjąć, że wykładnia historyczna art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 w sposób jednoznaczny potwierdza, iż Sąd dopuścił się naruszenia prawa w odniesieniu do kwestii znaczenia i zakresu rozpatrywanego mechanizmu odsyłania spraw.

3) Wykładnia kontekstowa art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004

111. Przejdę teraz do pkt 118–139 zaskarżonego wyroku, w których Sąd dokonał wykładni kontekstowej art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. W tym celu Sąd przeanalizował *dwanaście* elementów kontekstu, znajdujących się w *pięciu* przepisach (lub grupach przepisów) rozporządzenia nr 139/2004. Zbadawszy te elementy, Sąd ustalił, iż „[z] wykładni kontekstualnej wynika […], że wniosek o odesłanie na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 można złożyć niezależnie od zakresu krajowego uregulowania w dziedzinie kontroli koncentracji” [83].

112. Nie zgadzam się z tym stwierdzeniem z czterech niezależnych od siebie powodów: po pierwsze, żaden przepis rozporządzenia nr 139/2004 inny niż art. 22 nie stanowi potwierdzenia dla wykładni, za którą opowiedział się Sąd; po drugie, potwierdzenia dla niej nie stanowi tez żaden inny ustęp ani akapit art. 22; po trzecie, Sąd niesłusznie zbagatelizował znaczenie pewnych elementów kontekstu, które – choć w żadnym razie nie są rozstrzygające – wydają się jednak mieć pewną wagę, gdy zostaną należycie rozważone; oraz, po czwarte, Sąd pominął także inne elementy kontekstu, które zdają się stać w sprzeczności z wyciągniętymi przezeń wnioskami.

i) Mankamenty analizy kontekstowej Sądu (część I)

113. Sąd rozpoczął analizę kontekstową od zbadania, czy brzmienie przepisów rozporządzenia nr 139/2004 innych niż jego art. 22 może dostarczyć pewnych wyjaśnień w odniesieniu do kwestii znaczenia i zakresu stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. W tym celu przeanalizował on cztery przepisy (lub grupy przepisów) tego rozporządzenia.

114. Po pierwsze, Sąd uznał, że podstawy prawne wybrane przez prawodawcę Unii (obecne art. 103 i 352 TFUE [84]) w celu uchwalenia najpierw rozporządzenia nr 4064/89, a następnie rozporządzenia nr 139/2004, nie dostarczają żadnych wskazówek odnośnie do prawidłowego znaczenia i zakresu stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. Odrzucił on zatem twierdzenie spółki Illumina, że te podstawy prawne stanowią poparcie dla zaproponowanej przez nią wykładni tego przepisu [85].

115. Moim zdaniem ten wniosek jest prawidłowy. Zarówno z preambuły rozporządzenia nr 4064/89 oraz z preambuły rozporządzenia nr 139/2004 [86], jak i z dokumentów sporządzonych w toku prac przygotowawczych [87] wynika, że prawodawca Unii uznał, iż obecny art. 103 TFUE, który zezwala na przyjmowanie przepisów w celu „zastosowania zasad ustanowionych w artykułach 101 i 102 [TFUE]”, jest sam w sobie niewystarczający do wprowadzenia systemu kontroli połączeń zapobiegającego posiadaniu pozycji dominującej (w przeciwieństwie do jej

83 Punkt 139 zaskarżonego wyroku.

84 Wcześniej art. 87, 235 traktatu EWG.

85 Punkty 119, 120 zaskarżonego wyroku.

86 Zobacz motyw siódmy rozporządzenia nr 4064/89; motyw 7 rozporządzenia nr 139/2004.

87 Zobacz w szczególności Rada, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 29 maja 1989 r. (7752/89 RC 20), s. 5; Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 22 czerwca 1989 r. (7827/89 RC 22), s. 1; załącznik II, s. 3; avis du service juridique, 11 lipca 1989 r. (7896/89 JUR 98 RC 24), s. 4.

nadużywania, co jest zakazane na mocy art. 102 TFUE), a także obejmującego koncentracje na rynkach produktów rolnych, które na podstawie obecnego art. 38 ust. 3 TFUE i załącznika I do traktatu FUE [88] mogą podlegać szczególnemu reżimowi prawnemu przewidującemu wyjątki od pełnego stosowania reguł konkurencji Unii. Prawodawca Unii uznał w związku z tym za konieczne oparcie rozporządzenia również na art. 352 TFUE [89].

116. Na rozprawie też długo dyskutowano o tym, czy podstawy prawne rozporządzenia nr 139/2004 mogą mieć znaczenie dla rozpatrywanej kwestii. Komisja ze swej strony argumentowała, że wybór prawodawcy pośrednio potwierdza jej stanowisko, ponieważ art. 352 TFUE jest postanowieniem pozwalającym wykreować po stronie państw członkowskich nową kompetencję do zwrócenia się do Komisji o zbadanie danego połączenia, nawet w braku jakichkolwiek uprawnień, które przysługiwałyby w tym zakresie na mocy prawa krajowego. Niezależnie jednak od tego, czy art. 352 TFUE można odczytywać w ten sposób, nie dostrzegam w dokumentach historycznych żadnego śladu takich prowadzonych przez prawodawcę rozważań. Jak już wskazano, zarówno z preambuły, jak i z dokumentów sporządzonych w toku prac przygotowawczych wynika całkowicie jasno, że na dokonany przez prawodawcę wybór podstawy prawnej nie miał wpływu zakres stosowania art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 [90].

117. Po drugie, Sąd powołał się na art. 1 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 139/2004, w których określono progi, powyżej których przyjmuje się, że koncentracja ma „wymiar wspólnotowy" (a tym samym podlega obowiązkowemu zgłoszeniu), i wyjaśnił, iż te progi pozostają „[b]ez uszczerbku dla art. 4 ust. 5 i art. 22". Sąd wywiódł z art. 1 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 139/2004, że „zakres stosowania [tego rozporządzenia] i w konsekwencji uprawnienia kontrolne Komisji w sprawie koncentracji zależą przede wszystkim od przekroczenia progów obrotu definiujących wymiar europejski oraz, pomocniczo, od mechanizmów odesłania przewidzianych w art. 4 ust. 5 i w art. 22 tego rozporządzenia, które uzupełniają wspomniane progi, zezwalając Komisji na zbadanie *niektórych* koncentracji niemających wymiaru europejskiego" [91].

118. Ponownie należy wskazać, że wniosek, jaki Sąd formułuje w tym względzie, jest całkowicie poprawny, zaś żadna ze stron nie kwestionuje, iż art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 umożliwia Komisji badanie *niektórych* połączeń, które nie osiągają progów określonych w art. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Niemniej jednak to stwierdzenie Sądu nijak nie pozwala wyjaśnić kwestii będącej faktycznie przedmiotem sporu, a która dotyczy tego, *jakie* połączenia, które nie osiągają progów określonych w rozporządzenia nr 139/2004, może badać Komisja na podstawie art. 22 tego rozporządzenia.

119. Po trzecie, Sąd wziął pod uwagę tekst art. 4 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004. Przepis ten przewiduje inny mechanizm odsyłania spraw, który umożliwia stronom uczestniczącym w połączeniu, które nie ma wymiaru wspólnotowego i które może zostać poddane zbadaniu zgodnie z krajowym prawem dotyczącym konkurencji co najmniej przez trzy państwa członkowskie, wystąpić o zbadanie tego połączenia przez Komisję. Jak zauważył Sąd, przesłanki

88 Ówcześnie na podstawie art. 38 traktatu EWG i załącznika II do traktatu EWG.

89 W istocie w art. 352 ust. 1 TFUE zezwolono Radzie na przyjmowanie stosownych przepisów, jeżeli działanie Unii okaże się niezbędne do osiągnięcia, w ramach polityk określonych w traktatach, jednego z celów, o których mowa w traktatach, a traktaty nie przewidziały uprawnień do działania wymaganego w tym celu.

90 W odniesieniu do tej kwestii zob. także A. Dashwood, *Community Report*, XIVth FIDE Congress, Madrid 2010.

91 Punkty 121–124 zaskarżonego wyroku (podkreślenie moje).

stosowania oraz cele tych dwóch przepisów zasadniczo różnią się od siebie. W związku z tym Sąd odmówił dokonania wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 w świetle art. 4 ust. 5 tego rozporządzenia [92].

120. Z powodów, które wyjaśniłem w pkt 63 niniejszej opinii, uważam to podejście za słuszne. Moim zdaniem tekst art. 4 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 po prostu nie jest rozstrzygający, jeśli chodzi o wykładnię art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004.

121. Po czwarte, Sąd orzekł, że art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 „nie może być interpretowany w świetle mechanizmów odesłania przewidzianych w art. 4 ust. 4 i w art. 9 wspomnianego rozporządzenia" [93]. Różnice w brzmieniu tych przepisów wskazywały zdaniem Sądu na fakt, że te mechanizmy nie są „zbieżne", co oznacza, iż wyprowadzenie wniosku odnośnie do znaczenia i zakresu stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 nie jest możliwe [94].

122. Także ten wniosek Sądu jest prawidłowy – argumenty przytoczone w tym względzie przez wnoszące odwołanie były nieprzekonujące. Jednocześnie warto dodać, że te przepisy nie potwierdzają również argumentacji Komisji – w rzeczywistości nie mają one żadnego związku z kwestią sporną w niniejszej sprawie.

ii) Mankamenty analizy kontekstowej Sądu (część II)

123. Wreszcie, w pkt 130–138 zaskarżonego wyroku Sąd przeanalizował znaczenie i zakres stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 w świetle innych ustępów i akapitów tego przepisu. W tym celu Sąd wziął pod uwagę *osiem* elementów zawartych w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004.

124. Po pierwsze, wbrew temu, co stwierdził Sąd [95], brzmienie art. 22 ust. 1 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym wniosek o odesłanie należy złożyć „najpóźniej w ciągu 15 dni roboczych od daty *zgłoszenia* koncentracji lub, jeżeli zgłoszenie nie jest wymagane, *powiadomienia* danego państwa członkowskiego w inny sposób" [96], nie oznacza, iż akapit pierwszy tego przepisu reguluje „sytuacje, w których koncentracje nie są zgłaszane, lecz jedynie powiadamia się o nich zainteresowane państwo członkowskie *albo dlatego, że nie są one objęte zakresem stosowania wspomnianego systemu*, albo dlatego, że taki system nie istnieje" [97].

125. Sąd przeoczył oczywisty fakt, że użycie sformułowanie „powiadomienia" było konieczne, aby przepis ten mógł spełniać swoją podstawową funkcję jako „klauzula niderlandzka", to znaczy umożliwiać państwom członkowskim niedysponującym systemem kontroli połączeń zwrócenie się do Komisji o zbadanie połączeń, które mogą być problematyczne na szczeblu krajowym.

92 Punkty 125, 126 zaskarżonego wyroku.

93 Artykuł 4 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 zezwala łączącym się stronom na wystąpienie do Komisji z wnioskiem, aby koncentracja, która ma wymiar wspólnotowy, została poddana zbadaniu, w całości lub w części, przez organy państwa członkowskiego, w którym koncentracja ta „może znacząco wpłynąć na konkurencję na rynku państwa członkowskiego, który reprezentuje wszystkie cechy odrębnego rynku". Z kolei art. 9 rozporządzenia nr 139/2004 umożliwia Komisji, w pewnych okolicznościach, skierowanie zgłoszonej jej koncentracji do właściwych władz danego państwa członkowskiego.

94 Punkty 127–129 zaskarżonego wyroku.

95 Punkt 130 zaskarżonego wyroku.

96 Podkreślenie moje.

97 Punkt 130 zaskarżonego wyroku (podkreślenie moje).

126. Ponadto Sąd zignorował zmiany, które w miarę upływu czasu wprowadzano w art. 22 ust. 1 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004. W pierwotnym rozporządzeniu nr 4064/89 przepis ten stanowił jedynie, że wniosek musi zostać złożony „w ciągu miesiąca od dnia, w którym państwo członkowskie *dowiedziało się* o koncentracji, *lub w którym została ona dokonana*". Wskutek zmian, które wprowadzono w rozporządzeniu nr 4064/89 w 1997 r., ów przepis uzyskał następujące brzmienie: „Wniosek musi być złożony w ciągu […] miesiąca od dnia, kiedy fakt koncentracji *stał się znany* składającemu wniosek państwu członkowskiemu lub wszystkim składającym *wspólny wniosek* państwom członkowskim albo kiedy nastąpiła koncentracja". Dopiero wraz z przyjęciem rozporządzenia nr 139/2004 przepis ten został zmieniony w taki sposób, aby zawierał również odniesienie do „*zgłoszenia*" koncentracji [98].

127. Co mówią nam te zmiany? Moim zdaniem wyraźnie potwierdzają one ustalenia poczynione w ramach analizy dokumentów sporządzonych w toku prac przygotowawczych: po pierwsze, art. 22 pierwotnego rozporządzenia nr 4064/89 został pomyślany jako przepis regulujący odesłania przez państwa członkowskie niedysponujące systemem kontroli koncentracji (stąd też brak jest w nim wzmianki o jakimkolwiek zgłoszeniu); po drugie, art. 22 rozporządzenia nr 4064/89 został w 1997 r. zmieniony, tak aby umożliwić, w celu unikania wielokrotnych zgłoszeń, odesłanie sprawy przez kilka państw członkowskich, gdy Komisja została uznana za organ najbardziej kompetentny (stąd też pojawiło się w nim odniesienie do wspólnych wniosków); oraz, po trzecie, w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 dokonano konsolidacji dotychczasowego dorobku art. 22 i wzmocniono ten aspekt owego przepisu, który określa się mianem „pojedynczej instytucji" („one-stop-shop") (stąd też umieszczono w nim wzmiankę o zgłoszeniach) [99]. Oznacza to, że wniosek, jaki Sąd sformułował na podstawie tekstu art. 22 ust. 1 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004, jest moim zdaniem nieprawidłowy.

128. Po drugie, Sąd ustalił, że wnoszące odwołanie nie mogą się powoływać na brzmienie art. 22 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, który wprowadza obowiązek, aby Komisja informowała „właściwe władze państw członkowskich" o wniosku o odesłanie. To odniesienie ma charakter ogólny i nie oznacza, że zgłoszenie na szczeblu krajowym zostało dokonane albo że jest ono w ogóle możliwe [100].

129. Częściowo zgadzam się z Sądem. Ten element, gdy rozpatrywać go samodzielnie oraz odrębnie, wydaje się nierozstrzygający na potrzeby ustalenia znaczenia i zakresu stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. Niemniej jednak, jak wyjaśnię w pkt 152–162 niniejszej opinii, rozpatrywany przepis nie jest całkowicie pozbawiony znaczenia, o ile analizuje się go łącznie z innymi odpowiednimi przepisami.

130. Po trzecie, Sąd uznał, że art. 22 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004 – który stanowi, iż „*[k]ażde inne* państwo członkowskie ma prawo przyłączenia się do pierwotnego wniosku [o odesłanie]" – jest „spójn[y] z ust. 1 tego artykułu i potwierdza, że każde państwo członkowskie może złożyć wniosek o odesłanie lub o przyłączenie się na podstawie tego artykułu, niezależnie od zakresu jego krajowych przepisów w dziedzinie kontroli koncentracji" [101].

98 Podkreślenia moje.

99 Zobacz pkt 100, 103, 105 niniejszej opinii. Jeśli chodzi konkretnie o rozporządzenie nr 139/2004, zob. także jego motyw 12. Na tę ewolucję, która wynikała również ze stopniowego zawężania zakresu stosowania mechanizmu odsyłania spraw, zwrócono też uwagę w doktrynie nauki prawa; zob. na przykład: A. Albors-Llorens, D.G. Goyder, J. Goyder, *Goyder's EC Competition Law*, 5th ed., Oxford University Press 2009, s. 431; W. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, Springer 2016, s. 1308.

100 Punkt 131 zaskarżonego wyroku.

101 Punkt 132 zaskarżonego wyroku (podkreślenie moje).

131. Trzeba przyznać, że – jak stwierdził Sąd – wydaje się, iż ten element potwierdza stanowisko Komisji. Jest on jednak przekonujący w dość ograniczonym stopniu, a to z następujących czterech powodów:

– najpierw należy wskazać, jak zauważył sam Sąd, że brzmienie art. 22 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004 jest podobne do brzmienia art. 22 ust. 1 akapit pierwszy tego rozporządzenia; jest to całkowicie logiczne, jeśli pod uwagę weźmie się ścisły i immanentny związek między tymi dwoma przepisami (które regulują, odpowiednio, kto może złożyć wniosek oraz kto może złożyć wspólny wniosek); nie jest zatem zaskakujące, że w obu tych przepisach użyto sformułowań, które podobnie nie zostały obwarowane żadnymi zastrzeżeniami; niemniej jednak w zakresie, w jakim brzmienie pierwszego przepisu jest jakoby niejasne, nie można uznać, że odpowiadające mu brzmienie drugiego przepisu dostarcza wiarygodnych wskazówek co do znaczenia pierwszego z nich;

– brzmienie art. 22 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004 jest także niejasne z innego powodu; w motywie 15 rozporządzenia nr 139/2004 – który odnosi się do art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 – wskazano bowiem, że „[p]ozostałe państwa członkowskie, *które są również właściwe* do zbadania koncentracji, powinny mieć możliwość przyłączenia się do wniosku [o odesłanie]”[102]; ten motyw co najmniej podaje w wątpliwość przyjętą przez Sąd wykładnię art. 22 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004, ponieważ można z niego wywnioskować, że państwo członkowskie, które występuje z wnioskiem, musi być właściwe;

– ponadto, nawet gdyby przystać na wykładnię art. 22 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004, za którą opowiedział się Sąd, nie zaistniałaby żadna sprzeczność z zaproponowaną przez skarżące w pierwszej instancji wykładnią art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004; Komisja nabywa potencjalną kompetencję do zbadania połączenia, które nie osiąga progów określonych w art. 1 rozporządzenia nr 139/2004, jeżeli wniosek o odesłanie zostaje złożony przez państwo członkowskie właściwe na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004; w związku z tym gdy co najmniej jedno państwo członkowskie przyłącza się do (prawidłowo złożonego) wniosku o odesłanie pochodzącego od innego państwa członkowskiego, połączenie pozostaje już objęte zakresem stosowania rozporządzenia nr 139/2004; nie jest zatem ani problematyczne, ani anormalne, że do takiego wniosku może się przyłączyć każde państwo członkowskie;

– wreszcie, okoliczność, że co najmniej jedno państwo członkowskie (ab initio lub w późniejszym terminie) przyłącza się do wniosku o odesłanie (prawidłowo) złożonego lub składanego przez inne państwo członkowskie, nie wywołuje dla zainteresowanych przedsiębiorstw żadnych negatywnych konsekwencji z punktu widzenia pewności prawa i przewidywalności procedur[103]; wyraźnie kontrastuje to z konsekwencjami, jakie w tym względzie wynikałyby z przyjęcia wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, za którą opowiada się Komisja[104].

[102] Podkreślenie moje. Do tej kwestii powrócę w pkt 155 i 156 niniejszej opinii.

[103] Procedura zostaje bowiem skutecznie wszczęta, zaś wspólny wniosek o odesłanie złożony przez kilka państw członkowskich jedynie zwiększa spójność systemu – w razie przyjęcia wniosku wszystkie zainteresowane państwa członkowskie mogą „nie stos[ować] do [danej] koncentracji krajowych przepisów prawnych dotycząc[ych] konkurencji” (art. 22 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004), w tym, w odniesieniu do danego połączenia, swoich przepisów w dziedzinie porozumień antykonkurencyjnych i nadużywania pozycji dominującej. Zobacz, co się tyczy tej ostatniej kwestii, pkt 134 zaskarżonego wyroku.

[104] Zobacz obszernie pkt 206–214 niniejszej opinii.

132. Po czwarte, Sąd ustalił, że faktu, iż zgodnie z art. 22 ust. 2 akapit trzeci rozporządzenia nr 139/2004 „[w]szelkie krajowe terminy odnoszące się do koncentracji są zawieszone", nie można powoływać na poparcie wykładni art. 22 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, za którą opowiadają się wnoszący odwołanie [105].

133. Zgadzam się również z tym sformułowanym przez Sąd wnioskiem pośrednim – art. 22 ust. 2 akapit trzeci rozporządzenia nr 139/2004, gdy rozpatrywać go samodzielnie, nie dostarcza żadnych wyjaśnień w odniesieniu do zakresu stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 [106].

134. Po piąte, Sąd odniósł się do brzmienia art. 22 ust. 3 akapit trzeci rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym „[p]aństwo członkowskie lub państwa po złożeniu wniosku nie stosują do koncentracji krajowych przepisów prawnych dotycząc[ych] konkurencji". W tym względzie Sąd ustalił, że ten przepis nie potwierdza argumentów przytoczonych przez wnoszące odwołanie – owe krajowe przepisy prawne obejmują również przepisy krajowe w dziedzinie porozumień antykonkurencyjnych i nadużywania pozycji dominującej [107].

135. W tym przypadku w pełni zgadzam się z oceną Sądu. Artykuł 22 ust. 2 akapit trzeci rozporządzenia nr 139/2004 nie potwierdza bowiem wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, za którą opowiadają się wnoszące odwołanie (oraz, na tej samej zasadzie, wykładni zaproponowanej przez Komisję).

136. Po szóste, Sąd zbadał art. 22 ust. 4 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym art. 2, art. 4 ust. 2–3, art. 5, 6 i 8–21 rozporządzenia nr 139/2004 stosuje się w przypadku, gdy Komisja zgadza się przeprowadzić badanie odesłanej koncentracji, zaś art. 7 rozporządzenia nr 139/2004 stosuje się „w stopniu, w jakim koncentracja nie została dokonana w dniu, w którym Komisja informuje zainteresowane przedsiębiorstwa, że został złożony wniosek". Z brzmienia tego przepisu Komisja wywodzi, że obowiązek zawieszenia przewidziany w art. 7 rozporządzenia nr 139/2004 ma zastosowanie „zarówno [w] sytuacj[ach], w których koncentracja będąca przedmiotem wniosku o odesłanie nie jest objęta […] zakresem stosowania żadnego uregulowania krajowego, jak i [w] sytuacj[ach], w których takie uregulowanie ma zastosowanie, lecz nie przewiduje jej zawieszenia" [108].

137. Sformułowany przez Sąd wniosek jest zastanawiający. Jeżeli rozumieć go dosłownie, jest on prawidłowy [109]. Najpewniej pozostaje on jednak bez znaczenia dla kwestii będącej przedmiotem sporu w niniejszej sprawie. W związku z tym wniosek Sądu rozumiem w ten sposób, że obowiązek zawieszenia przewidziany w art. 7 rozporządzenia nr 139/2004 ma zastosowanie również do połączeń, które nie należą do zakresu krajowego systemu kontroli połączeń funkcjonującego w *państwie członkowskim składającym wniosek*.

105 Punkt 133 zaskarżonego wyroku.

106 Zobacz jednak pkt 152–162 niniejszej opinii.

107 Punkt 134 zaskarżonego wyroku.

108 Punkty 135, 136 zaskarżonego wyroku.

109 W rzeczy samej: po pierwsze, jeżeli państwo członkowskie bez krajowego systemu kontroli połączeń składa wniosek o odesłanie, obowiązek zawieszenia przewidziany w art. 7 rozporządzenia nr 139/2004 znajduje zastosowanie do danego połączenia niezależnie od tego, czy owo połączenie należy do zakresu innego krajowego systemu kontroli połączeń lub większej ich liczby; oraz, po drugie, jeżeli państwo członkowskie składa wniosek o odesłanie, obowiązek zawieszenia przewidziany w art. 7 rozporządzenia nr 139/2004 znajduje zastosowanie do danego połączenia na mocy rozporządzenia nr 4064/89, a tym samym niezależnie od tego, czy prawo tego państwa członkowskiego przewiduje równoważny obowiązek.

138. Wydaje się jednak, że w rozumowaniu Sądu istnieje luka – nie jest bowiem od razu oczywiste, jak taki wniosek wypływa z brzmienia art. 22 ust. 4 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. W każdym wypadku uważam, że taki wniosek jest błędny.

139. Na mocy art. 22 ust. 4 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 obowiązek zawieszenia ma zastosowanie do wszystkich połączeń, w odniesieniu do których złożono wniosek o odesłanie, a to w celu zapewnienia skuteczności systemu kontroli i niedopuszczenia do tego, by przed podjęciem decyzji, czy sprawa zostanie poddana zbadaniu przez Komisję, powstały zakłócenia konkurencji.

140. Okoliczność, że obowiązek zawieszenia ma zastosowanie jedynie w stopniu, w jakim „koncentracja nie została dokonana w dniu, w którym Komisja informuje zainteresowane przedsiębiorstwa, że został złożony wniosek", wynika siłą rzeczy z faktu, iż połączenie, w przypadku którego złożono wniosek o odesłanie, mogło zostać (zgodnie z prawem) dokonane przed jego złożeniem. Istnieje wiele powodów, dla których może tak być. W szczególności wniosek o odesłanie może pochodzić od państwa członkowskiego (lub państwa EOG/EFTA [110]): które, po pierwsze, nie dysponuje systemem kontroli połączeń; które, po drugie, dysponuje systemem kontroli połączeń, w ramach którego nie przewidziano obowiązku zawieszenia [111]; oraz w którym, po trzecie, obowiązek zawieszenia wprawdzie jeszcze istnieje, lecz nie miał zastosowania w konkretnym przypadku. Jeśli chodzi o tę ostatnią kwestię, należy w istocie zaznaczyć, że zakresy obowiązków zawieszenia, w tym zwolnień z tych obowiązków oraz ewentualnych odstępstw od nich, jak również mające zastosowanie okresy karencji, są różne w poszczególnych państwach członkowskich [112].

141. W związku z tym wniosek, jaki Sąd sformułował w odniesieniu do art. 7 rozporządzenia nr 139/2004, jest obarczony błędem formalnym. Moim zdaniem art. 22 ust. 4 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 nie dostarcza żadnych wyjaśnień odnośnie do tego, jak należy prawidłowo wykładać art. 22 ust. 1 akapit pierwszy tego rozporządzenia.

142. Po siódme, Sąd zaznaczył, że zgodnie z art. 22 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 „Komisja może poinformować jedno lub więcej państw członkowskich, iż stwierdziła, że jej zdaniem koncentracja spełnia kryteri[a] z ust. 1 [tego artykułu]". Ponieważ owo sformułowanie odnosi się jedynie do tych kryteriów, które wydają się wyczerpujące, Sąd uznał, że ów przepis nie wymaga, aby koncentracja mieściła się w zakresie stosowania krajowego uregulowania dotyczącego kontroli połączeń [113].

143. Moim zdaniem Sąd doszukuje się w tym przepisie nazbyt wiele. Artykuł 22 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 uzupełnia art. 22 ust. 1 tego rozporządzenia: rozpatrywany mechanizm odsyłania spraw może zostać uruchomiony przez co najmniej jedno państwo członkowskie, lecz także przez Komisję – w obu przypadkach muszą być spełnione dwie przesłanki materialne wymagane na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, co tłumaczy, dlaczego posłużono się w nich bardzo podobnymi sformułowaniami. Byłoby rzeczywiście dziwne,

110 Jak w swoich uwagach słusznie zaznaczył ESA, rozporządzenie nr 139/2004 jest aktem, który, zgodnie z art. 57 porozumienia EOG, ma zastosowanie również w „państwach EOG-EFTA" (Islandii, Liechtensteinie i Norwegii); Liechtenstein nie dysponuje krajowym systemem kontroli połączeń.

111 Jest to znany powszechnie casus Zjednoczonego Królestwa, które w chwili uchwalania rozporządzenia nr 4064/89 i rozporządzenia nr 139/2004 było jeszcze państwem członkowskim Unii Europejskiej.

112 Aby się zapoznać z pouczającym przeglądem tych konkretnych aspektów systemu, zob. „Merger Notification and Procedures Templates" [formularze dotyczące zgłaszania połączeń i procedur połączeń], które zostały przekazane Międzynarodowej Sieci Konkurencji przez wiele państw członkowskich Unii (dostępne na stronie internetowej tej sieci).

113 Punkt 137 zaskarżonego wyroku.

gdyby art. 22 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 był bardziej szczegółowy niż art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 lub istotnie różnił się od tego drugiego przepisu. W związku z tym, jak stwierdzono w pkt 131 niniejszej opinii, taki przepis trudno uznać za wiarygodne źródło na potrzeby wykładni kontekstowej przepisu, którego brzmienie on odzwierciedla.

144. Ponadto, nawet gdyby uznać, że brzmienie art. 22 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 ma znaczenie dla sprawy, dostrzegam co najmniej dwa inne wyjaśnienia, które pozwalają uzasadnić, dlaczego posłużono się takim brzmieniem: nie tylko nie stanowią one poparcia dla stanowiska Komisji, lecz jedno z nich można nawet traktować jako potwierdzające stanowisko skarżących w pierwszej instancji.

145. Jedno z nich stanie się oczywiste, gdy zwrócimy uwagę na pkt 110 zaskarżonego wyroku. Sąd zauważył w nim, iż w jednej z wcześniejszych spraw (mianowicie tej, w której wydał wyrok Kesko) orzekł już, że „do Komisji nie należy orzekanie w przedmiocie kompetencji krajowego organu ochrony konkurencji do złożenia wniosku o odesłanie na podstawie art. 22 [rozporządzenia nr 139/2004], lecz że na Komisji spoczywa jedynie obowiązek sprawdzenia, czy wniosek ten był prima facie wnioskiem państwa członkowskiego”[114]. To rozstrzygnięcie jest prawidłowe w tym sensie, że kwestia, czy dane połączenie podlega zgłoszeniu na podstawie prawa krajowego, nie jest kwestią prawa Unii, lecz prawa krajowego. W związku z tym do Komisji nie może należeć poinformowanie państwa członkowskiego na podstawie art. 22 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004, że jej zdaniem nie tylko jest tak, iż spełnione są materialne przesłanki odesłania, lecz także tak, iż osiągnięto progi krajowe.

146. Drugie wyjaśnienie opiera się na braku w art. 22 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 jakiejkolwiek wzmianki o kryteriach, jakimi Komisja powinna się posłużyć w celu zidentyfikowania „jednego państwa członkowskiego lub większej ich liczby”, z którymi może się ona na podstawie tego przepisu skontaktować i które może następnie wezwać do złożenia wniosku. Czy są to państwa członkowskie, na których terytorium może dojść do zakłócenia konkurencji? Jeżeli tak, to czy Komisja może swobodnie wybrać tylko niektóre z nich (i w oparciu o jakie kryteria może to uczynić), czy też jest zobowiązana traktować je jednakowo? Na pierwszy rzut oka brzmienie tego przepisu może się w tym względzie wydawać dość niejednoznaczne. A może wcale tak nie jest. Można argumentować, że Komisja dysponuje szerokim zakresem uznania w tej kwestii, ponieważ w szczególności może musieć zbadać, w każdym konkretnym przypadku, które państwa członkowskie są, a które nie są, prima facie właściwe do odesłania połączenia.

147. W związku z tym uważam, że art. 22 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 również nie jest przydatny do określenia charakteru i zakresu stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy tego rozporządzenia.

148. Wreszcie, Sąd orzekł, że pozostałe przepisy art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 „nie zawierają […] żadnego istotnego elementu, który mógłby przyczynić się do lepszego wyjaśnienia treści art. 22 ust. 1 akapit pierwszy wspomnianego rozporządzenia”[115]. Jak wyjaśnię w dalszej części niniejszej opinii, nie zgadzam się z tym ostatnim stwierdzeniem.

149. Sąd, w oparciu o poszczególne przywołane powyżej elementy kontekstu, doszedł do wniosku, że wykładnia kontekstowa art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 potwierdza, iż wniosek o odesłanie na podstawie art. 22 tego rozporządzenia można złożyć niezależnie od

[114] Wyrok z dnia 15 grudnia 1999 r., Kesko/Komisja, T-22/97, EU:T:1999:327, pkt 84.

[115] Punkt 138 zaskarżonego wyroku.

zakresu krajowego uregulowania w dziedzinie kontroli połączeń. Jak jednak już wyjaśniłem, wniosek ten nie wynika z przeprowadzonej przez Sąd analizy kontekstowej. W ramach tej analizy Sąd oparł się ogółem na dwunastu elementach kontekstu. Spośród tych dwunastu zbadanych elementów:

– siedem elementów jest zdaniem samego Sądu pozbawionych znaczenia dla wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004; zostały one w rzeczywistości zbadane głównie w celu oddalenia niektórych argumentów przytoczonych przez wnoszące odwołanie; Sąd nie stwierdził (ani nawet nie zasugerował), że te elementy mogą potwierdzać stanowisko Komisji; oraz

– jeden element został powołany przez Sąd na potwierdzenie okoliczności, która nie jest jednak przedmiotem sporu i która ponadto nie dostarcza żadnych wskazówek w przedmiocie spornej wykładni.

150. W związku z tym, nawet jeżeliby całkowicie podążyć za tokiem rozumowania Sądu (quod non), jego wniosek opierałby się jedynie na *czterech* elementach kontekstu. Trzy spośród tych elementów zostały jednak, jak już wyjaśniono, ocenione nieprawidłowo, zaś jeden, choć rzeczywiście potwierdza on stanowisko Komisji, nie wydaje się szczególnie przekonujący.

151. Ponadto dokonana w zaskarżonym wyroku analiza kontekstowa wydaje mi się problematyczna jeszcze z dwóch powodów: po pierwsze, Sąd błędnie pozbawił znaczenia niektóre elementy kontekstu, które – choć w żadnym wypadku nie są rozstrzygające – mają jednak pewną wartość orientacyjną, gdy zostaną należycie rozważone; oraz, po drugie, Sąd zignorował inne elementy kontekstu, które zdają się stać w sprzeczności z jego wnioskami.

iii) Mankamenty analizy kontekstowej Sądu (część III)

152. Na samym początku należy wskazać, że niektóre elementy kontekstu, w odniesieniu do których Sąd wykluczył, iż mają jakiekolwiek znaczenie [116], nabierają w moim przekonaniu pewnej wartości hermeneutycznej, gdy należycie uwzględni się dwa pominięte przez Sąd aspekty, mianowicie łączący je związek oraz czynnik czasu.

153. Rozwinę teraz tę kwestię. Elementy, które mam na myśli, to przepisy i motywy rozporządzenia nr 139/2004, które jeżeli są analizowane osobno, mogą się wydawać pozbawione szczególnego znaczenia dla wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. W rzeczywistości jednak, jeżeli zrobimy krok w tył i spojrzymy na te przepisy i motywy w ujęciu łącznym, zwracając uwagę na to, kiedy i po co zostały one wprowadzone do tego rozporządzenia, być może uda się nam faktycznie odnaleźć pewne przydatne wskazówki.

154. W postępowaniu w pierwszej instancji wnoszące odwołanie powołały się na szereg przepisów i motywów rozporządzenia nr 139/2004, które wydają się opierać na założeniu: po pierwsze, że połączenie będące przedmiotem odesłania na podstawie art. 22 tego rozporządzenia albo jest zgłoszone, albo podlega zgłoszeniu na szczeblu krajowym [117]; po drugie, że połączenie

[116] Zobacz pkt 129–133 niniejszej opinii.

[117] Zobacz w szczególności art. 22 ust. 2 akapit trzeci rozporządzenia nr 139/2004: „Wszelkie *krajowe terminy odnoszące się do koncentracji* są zawieszone […]” (podkreślenie moje).

powinno w każdym wypadku zostać gdzieś poddane zbadaniu, nawet jeżeli Komisja postanawia go nie badać [118]; lub, po trzecie, że organy krajowe składające wniosek muszą być właściwe do zbadania połączenia. Ta ostatnia kwestia zasługuje na krótkie wyjaśnienie.

155. Jak wspomniano powyżej, zgodnie z art. 22 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 Komisja jest zobowiązana „inform[ować] *właściwe* władze państw członkowskich i zainteresowane przedsiębiorstwa o wszelkich [otrzymanych] wnioskach". Skłaniałbym się – podobnie jak Sąd – do tego, by wyrażenie „właściwe władze" rozumieć w ten sposób, że oznacza ono organy krajowe, które są ogólnie odpowiedzialne za połączenia, w przeciwieństwie do organów właściwych do zbadania konkretnego połączenia w świetle prawa krajowego.

156. Niemniej jednak, jak wspomniano w pkt 131 niniejszej opinii, tę interpretację podważa motyw 15 rozporządzenia nr 139/2004, czyli motyw, który dotyczy właśnie rozpatrywanego mechanizmu odsyłania spraw, a konkretnie przesłanek, jakie muszą być spełnione, aby mógł on zostać zastosowany na podstawie art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. Ten motyw ma następujące brzmienie: „Państwo członkowskie powinno mieć możliwość odesłania do Komisji koncentracji, która nie ma wymiaru wspólnotowego, jednakże wpływa na handel pomiędzy państwami członkowskimi i grozi znaczącymi utrudnieniami konkurencji na jego terytorium. Pozostałe państwa członkowskie, które są *również właściwe* do zbadania koncentracji, powinny mieć możliwość przyłączenia się do wniosku" [119]. Czy brzmienie tego motywu nie sugeruje – jak utrzymują wnoszące odwołanie – że państwo członkowskie składające wniosek musi być właściwe, w świetle prawa krajowego, do zbadania danej koncentracji?

157. Sąd nie poświęcił zbyt wiele miejsca argumentom wnoszących odwołanie, gdy stwierdził, że owych przepisów i motywów nie można rozumieć w ten sposób, iż dane połączenie, aby mogło zostać odesłane, musi zostać zgłoszone lub podlegać zgłoszeniu w państwie członkowskim uruchamiającym mechanizm odesłania [120]. Jest to oczywiście prawda. Nie muszę chyba ponownie przypominać, że mechanizm odsyłania spraw przewidziany w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 może być wykorzystywany przez państwa członkowskie niemające krajowego systemu kontroli połączeń, zaś w rzeczywistości został on pomyślany przede wszystkim pod kątem tych właśnie państw.

158. Niemniej jednak zakończenie analizy prawnej w tym miejscu, tak jak uczynił to Sąd, byłoby zbyt daleko idącym uproszczeniem. Podobnie wydaje mi się zaskakujące, że Komisja, która w niniejszej sprawie przywiązuje tak wielką wagę do wykładni językowej, nie pochyliła się bardziej nad brzmieniem tych przepisów w swoich uwagach.

159. W tym kontekście nasuwa się pytanie, czy argumenty podniesione przez Komisję oraz te zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie są w pewnym sensie niespójne. Choć w znacznej mierze są one oparte na (jakoby jasnym) brzmieniu niektórych przepisów, to jednak w ich ramach wnioski, które zdają się wypływać z (jakoby jasnego) brzmienia innych przepisów, zostają odrzucone tylko z tego względu, że tych ostatnich przepisów nie można pogodzić z wykładnią nadaną tym pierwszym przepisom. Moim zdaniem nie da się uznać, że staranna

[118] Zobacz ponownie art. 22 ust. 2 akapit trzeci rozporządzenia nr 139/2004: „[…] dopóki, zgodnie z procedurą określoną w niniejszym artykule, nie zostanie podjęta decyzja, *gdzie* należy przeprowadzić zbadanie koncentracji" (podkreślenie moje).

[119] Podkreślenie moje.

[120] Co się tyczy art. 22 ust. 2 akapit trzeci rozporządzenia nr 139/2004, zob. pkt 133, 150 zaskarżonego wyroku. Sąd zbadał jednak wyłącznie wyrażenie „wszelkie krajowe terminy", natomiast nie przeanalizował sformułowania „dopóki […] nie zostanie podjęta decyzja, gdzie należy przeprowadzić zbadanie koncentracji". Co się tyczy motywu 15 („również właściwe"), zob. pkt 149–151 zaskarżonego wyroku.

wykładnia kontekstowa oznacza pomijanie wskazówek zawartych w pewnych przepisach, ponieważ nie pasują one do sformułowanego wcześniej wniosku pośredniego. Przypomina to raczej rozumowanie mające charakter błędnego koła.

160. Bardziej wnikliwy interpretator powinien był, jak sądzę, zastanowić się, dlaczego niektóre przepisy i motywy rozporządzenia nr 139/2004 mogą mieć znaczenie inne, niż sugeruje to ich brzmienie. Moim zdaniem osobliwość tych motywów i przepisów wynika z faktu, że żaden z nich nie znajdował się w pierwotnym rozporządzeniu nr 4064/89 z 1989 r. Wszystkie one zostały przyjęte później, gdy rozporządzenie nr 4064/89, po tym w tym jak w 1997 r. zmieniono je w tym względzie, zostało ostatecznie uchylone przez rozporządzenie nr 139/2004.

161. Kwestia ta została już obszernie omówiona, dlatego nie ma potrzeby, aby ponownie się nad nią rozwodzić. Rozporządzenie nr 139/2004 miało w zamierzeniu służyć urzeczywistnieniu przyświecającego mechanizmowi odsyłania spraw celu „pojedynczej instytucji" („one-stop-shop"). W związku z tym, ponieważ ów cel odnosi się wyłącznie do zgłoszonych lub podlegających zgłoszeniu połączeń, jest oczywiste, że brzmienie tych przepisów i motywów zostało opracowane pod kątem tych transakcji.

162. Z tej perspektywy brzmienie tych przepisów i motywów ma głęboki sens i jest spójne z pozostałą częścią rozporządzenia nr 139/2004. Oznacza to, że owe elementy kontekstu również sugerują, iż celem art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 nigdy nie było umożliwienie państwom członkowskim odsyłania do Komisji połączeń nieosiągających progów krajowych. Gdyby miało być inaczej, zostałyby one najpewniej sformułowane w inny sposób. Powiedziałbym zatem, posługując się innym znanym angielszczyźnie wyrażeniem idiomatycznym, że – jeśli chodzi o te przepisy i motywy – Sądowi „las przesłoniły drzewa".

iv) Mankamenty analizy kontekstowej Sądu (część IV)

163. Ponadto Sąd pominął inne aspekty kontekstu prawnego, które moim zdaniem także wydają się zaświadczać o słuszności proponowanej przez wnoszące odwołanie wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004.

164. Również i do tej kwestii mogę się odnieść w paru słowach. O niektórych spośród tych elementów wspomniałem już bowiem w poprzednich częściach niniejszej opinii.

165. Na wstępie należy zaznaczyć, że motyw 15 in fine przewiduje, iż na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 Komisji zostaje przyznane „prawo badania i zajmowania się koncentracją *w imieniu* państwa członkowskiego zgłaszającego wniosek lub państw członkowskich zgłaszających go"[121]. Brzmienie tego motywu z trudem daje się pogodzić z przepisem, który – zdaniem Komisji i Sądu – przyznaje Komisji kompetencję do badania pewnych połączeń, które mają wpływ na konkurencję na *rynku wewnętrznym*. Jeżeli problem występuje na rynku wewnętrznym, to dlaczego Komisja miałaby działać *w interesie*, *w zastępstwie* lub *w imieniu*[122] organu krajowego, a fortiori zaś organu, który nie jest właściwy do zbadania danego połączenia?

[121] Podkreślenie moje.

[122] Zobacz też podobne wyrażenia w innych wersjach językowych rozporządzenia, na przykład w wersji niemieckiej („für"), greckiej („για λογαριασμό"), hiszpańskiej („en nombre de"), francuskiej („au nom d[e]") i włoskiej („per conto di"). Zobacz, aby zapoznać się z koncepcją, że Komisja wydaje się działać w ramach pewnego rodzaju delegacji uprawnień przysługujących właściwemu organowi krajowemu, C. Cohen-Tanugi i in., *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, De Boeck Université 1995, s. 56. Podobnie sir Leon Brittan, op.cit. w przypisie 65 do niniejszej opinii, s. 52.

166. Moje wątpliwości w tym względzie potęguje brzmienie art. 22 ust. 5 pierwotnego rozporządzenia nr 4064/89: „Zgodnie z ust. 3, Komisja podejmuje *jedynie* środki niezbędne dla zachowania lub przywrócenia skutecznej konkurencji na *terytorium państwa członkowskiego*, na wniosek którego interweniuje”[123]. Wyraźne ograniczenie uprawnień przyznanych Komisji w takich okolicznościach[124] świadczy, moim zdaniem jednoznacznie, o tym, że art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 nie miał pełnić szeroko zakrojonej funkcji korygującej, jaką przypisuje mu Sąd.

167. Warto również odnotować, że w zaskarżonym wyroku nie wspomniano o art. 1 ust. 4 i 5 rozporządzenia nr 139/2004, w których ustanowiono procedurę uproszczoną[125] pozwalającą Radzie, działającej na wniosek Komisji, „skorygować progi i kryteria”, które zgodnie z tym samym przepisem wyznaczają zakres stosowania rozporządzenia nr 139/2004[126]. Należy zauważyć, że w tym przepisie jest mowa nie tylko o „progach” (rozumianych jako progi obrotu), lecz również o „kryteriach”. Oznacza to, że prawodawca Unii może, jeżeli uzna to za konieczne, zdecydować o zastąpieniu progów obrotu kryteriami opartymi na zmiennych innego rodzaju lub zintegrować je z takimi kryteriami (w tym względzie można na przykład wymienić cenę zapłaconą przez nabywcę, wartość transakcji, udział w rynku, udział w podaży, wartość przekazywanych aktywów lokalnych, potencjalny wpływ na rynki właściwe itp.). W związku z tym w rozporządzenie nr 139/2004 wbudowany został systemowy mechanizm korygujący, który umożliwia szybkie dostosowanie zakresu stosowania tego rozporządzenia, jeżeli stosowane kryteria jurysdykcyjne przestaną być, z powodów związanych z rozwojem rynku, odpowiednie do wychwycenia koncentracji, które są potencjalnie szkodliwe dla konkurencji.

168. Zgadzam się z Komisją, że nie należy przeceniać wartości hermeneutycznej tego elementu jako takiej. Rodzi to jednak pytania dotyczące potrzeby istnienia w rozporządzeniu mechanizmu korygującego ad hoc, w rodzaju tego, który został przewidziany przez Sąd. Ponadto ten element kontekstu staje się dla interpretatora o wiele bardziej istotny, gdy jest rozpatrywany z innej perspektywy.

169. Należy pamiętać, że przepis podobny do art. 1 ust. 4 i 5 rozporządzenia nr 139/2004 znajdował się już w pierwotnym rozporządzeniu nr 4064/89 oraz że w tym właśnie rozporządzeniu związek między mechanizmem dostosowywania progów i mechanizmem odsyłania spraw był bezpośredni i wyraźny. Co ciekawe, mechanizm odsyłania spraw,

123 Podkreślenie moje. Przepis ten został jedynie w niewielkim stopniu zmieniony w 1997 r., a następnie uchylony przez rozporządzenie nr 139/2004, ponieważ nie odpowiadał już nowej funkcji art. 22 tego rozporządzenia, polegającej na zapewnieniu przestrzegania zasady „pojedynczej instytucji” („one-stop-shop”). Zobacz J. Cook, C. Kerse, *EC Merger Control*, 5th ed., Sweet&Maxwell 2005, s. 343.

124 Zobacz, aby zapoznać się z koncepcją, że ograniczone uprawnienia Komisji przełożyły się na ograniczony zakres stosowania mechanizmu odsyłania spraw ustanowionego w ówczesnym art. 22 rozporządzenia nr 4064/89, na przykład J. Cook, C. Kerse, *EEC Merger Control – Regulation 4064/89*, 1st ed., Sweet&Maxwell 1991, s. 60, 61.

125 W normalnych okolicznościach zmiana rozporządzenia nr 139/2004 wymagałaby bowiem jednomyślności (ze względu na podstawę prawną z art. 352 TFUE), podczas gdy na podstawie art. 1 ust. 5 tego rozporządzenia Rada może zmienić progi, „stanowiąc większością kwalifikowaną”.

126 Zobacz także motyw 9 rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym „Komisja powinna złożyć sprawozdanie Radzie o wprowadzeniu progów i kryteriów, tak by Rada, stanowiąc zgodnie z art. 202 traktatu, mogła dokonywać ich *regularnych* weryfikacji […] w świetle zdobytego doświadczenia. Wymaga to przekazywania danych statystycznych przez państwa członkowskie do Komisji, w celu umożliwienia jej przygotowania takich sprawozdań i proponowania ewentualnych zmian. Sprawozdania i wnioski Komisji powinny być oparte o stosowne informacje regularnie przekazywane przez państwa członkowskie” (podkreślenie moje). W kontekście tego motywu rozumiem, że art. 1 ust. 4 i 5 rozporządzenia nr 139/2004 umożliwiają zastosowanie procedury uproszczonej w dowolnym momencie po przedstawieniu sprawozdania wymagalnego na dzień 1 lipca 2009 r. Niemniej jednak przyznaję, że język, jakim został sformułowany ten przepis, pozostawia pewną niejednoznaczność, która może prowadzić do przekonania, iż procedura uproszczona miała zastosowanie jedynie w przypadku poprawek zaproponowanych w następstwie przedstawienia sprawozdania z 2009 r. Niemniej jednak, nawet pomijając specyficzne brzmienie motywu 9 rozporządzenia nr 139/2004, koncepcja jednokrotnej tylko możliwości zastosowania tego przepisu wydaje się mało logiczna. Konieczność dostosowania progów wraz z upływem czasu staje się jeszcze bardziej wyraźna.

ustanowiony w ówczesnym art. 22 ust. 3–5 rozporządzenia nr 4064/89, był początkowo pomyślany jako *tymczasowy*. W rzeczy samej art. 22 ust. 6 rozporządzenia nr 4064/89 stanowił, że „[ust.] 3–5 stosuje się do momentu, gdy progi określone w art. [1 ust. 2] zostaną zweryfikowane". Oznacza to, że prawodawca Unii uznał, w 1989 r., iż mechanizm odsyłania spraw zostanie zarzucony, gdy w oparciu o zdobyte „w praktyce doświadczenie możliwe stanie się odpowiednie dostosowanie progów obrotu[127]. Oczywiście byłoby to całkowicie pozbawione sensu, gdyby mechanizm odsyłania spraw miał, jak argumentuje Komisja, służyć również wychwytywaniu koncentracji nieosiągających progów krajowych – na jego użyteczność nie miałaby żadnego wpływu jakakolwiek zmiana progów określonych w rozporządzeniu nr 4064/89. A fortiori, jeżeli mechanizm odsyłania spraw miałby służyć wychwytywaniu połączeń nieosiągających progów krajowych, to skąd pomysł, by był on tymczasowy?

170. Jako wniosek pośredni należy zatem moim zdaniem przyjąć, że gdy pod uwagę zostaną wzięte wszystkie czynniki, wykładnia kontekstowa art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 również potwierdza, iż Sąd dopuścił się naruszenia prawa w odniesieniu do kwestii znaczenia i zakresu rozpatrywanego mechanizmu odsyłania spraw. Choć bowiem elementy kontekstu pozwalają na obranie obu kierunków wykładni, to jednak te, które przemawiają za węższym zakresem stosowania tego przepisu, są znacznie liczniejsze i istotniejsze niż te, które przemawiają za szerszym zakresem jego stosowania.

4) Wykładnia celowościowa art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004

171. Następnie, w pkt 140–151 zaskarżonego wyroku, Sąd dokonał wykładni celowościowej art 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, w jej ramach skupiając się on głównie na brzmieniu preambuły. W szczególności Sąd zwrócił uwagę, że jak wynika z motywów 5, 6, 8, 24 i 25 tego rozporządzenia, jego celem jest „umożliwienie skutecznej kontroli wszystkich koncentracji mających znaczący wpływ na strukturę konkurencji w Unii". Sąd podkreślił również, że w motywie 11 mechanizmy odsyłania spraw określa się mianem „mechanizm[ów] korygujący[ch]", co świadczy o tym, iż tworzą one „kompetencję subsydiarną Komisji przyznającą jej elastyczność niezbędną do osiągnięcia celu tego rozporządzenia". Na tej podstawie uznano, że „wykładnia celowościowa potwierdza, iż wniosek o odesłanie na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 można złożyć niezależnie od zakresu krajowego uregulowania w dziedzinie kontroli koncentracji".

172. Po raz kolejny nie mogę się zgodzić z Sądem. Aby wyjaśnić, dlaczego tak jest, postaram się odpowiedzieć na dwa pytania, które – w tym kontekście – dostarczają wyjaśnień na temat znaczenia i zakresu stosowania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. Po pierwsze – jakie są konkretne cele tego przepisu? Po drugie – czy przyświecający jakoby temu przepisowi cel polegający na wypełnieniu istniejących luk byłby spójny z nadrzędnymi celami rozporządzenia nr 139/2004?

i) Mankamenty analizy celowościowej Sądu (część I)

173. Odpowiedź na pytanie pierwsze jest, na tym etapie mojej analizy, częściowo jasna. Zarówno bowiem analiza historyczna, jak i kontekstowa rozporządzenia nr 139/2004 ujawniła istnienie dwóch celów, które są w sposób niewątpliwie realizowane przez ustanowiony w jego art. 22 mechanizm odsyłania spraw. Pierwszym z tych celów, który dał asumpt do włączenia do

[127] Zobacz, aby zapoznać się z opracowaniem, w którym podkreślono, że ten mechanizm ma charakter tymczasowy, T.A. Downes, J. Ellison, *The legal control of mergers in the EC*, Blackston 1991, s. 63–65.

pierwotnego rozporządzenia nr 4064/89 mechanizmu odsyłania spraw („klauzuli niderlandzkiej"), było umożliwienie kontroli połączeń, które mogą zakłócić konkurencję na poziomie lokalnym, w sytuacji, w której dane państwo członkowskie nie dysponuje żadnym krajowym systemem kontroli połączeń. Drugim z tych celów, który urzeczywistnił się wraz z reformą rozporządzenia nr 4064/89 w 1997 r. i któremu następnie nadano większą wagę z chwilą przyjęcia rozporządzenia nr 139/2004, jest cel „pojedynczej instytucji" („one-stop-shop") – sprowadza się on do umożliwienia kontroli przez Komisję połączenia, które jest zgłoszone lub podlega zgłoszeniu w kilku państwach członkowskich, z myślą o unikaniu wielokrotnych zgłoszeń na szczeblu krajowym.

174. Ten pierwszy cel nie wynika w sposób oczywisty z brzmienia preambuły pierwotnego rozporządzenia nr 4064/89. Niemniej jednak Sąd ustalił, a strony zgadzają się co do tego, że mechanizm odsyłania spraw został u zarania ustanowiony z myślą o urzeczywistnieniu tego celu. W każdym wypadku brak jakiegokolwiek odniesienia do tego celu w preambule rozporządzenia nr 4064/89 nie jest zaskakujący, ponieważ – jak już wyjaśniono powyżej – jego zakres stosowania i znaczenie miały być pierwotnie bardzo ograniczone. Na samym początku miał on bowiem być stosowany jedynie *tymczasowo*, to znaczy do momentu dostosowania progów obrotu, oraz *wyjątkowo*, ze względu na jego ograniczony zakres, jak wyraźnie stwierdził to ówczesny komisarz ds. konkurencji [128].

175. Z kolei drugi cel został wyraźnie (i dobitnie) przywołany w preambule zarówno rozporządzenia z 1997 r., jak i rozporządzenia nr 139/2004 [129]. To również nie jest zaskakujące, jeśli pod uwagę weźmie się znaczenie zmian wprowadzonych w rozpatrywanym mechanizmie odsyłania spraw.

176. Przejdę teraz do kwestii, czy możliwe jest zidentyfikowanie trzeciego celu, który jakoby przyświeca art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, mianowicie celu polegającego na wypełnieniu istniejących luk i umożliwiającego kontrolę koncentracji nieosiągających zarówno progów unijnych, jak i krajowych. Sąd dopatrzył się potwierdzenia tego celu w motywie 11 rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym „[z]asady regulujące odesłania w sprawie koncentracji z Komisji do państw członkowskich oraz z państw członkowskich do Komisji powinny stanowić skuteczny mechanizm korygujący".

177. W tym względzie uważam, że Sąd błędnie zinterpretował ów motyw. Wyrażenia „mechanizm korygujący" nie można rozpatrywać odrębnie, lecz należy je odczytywać we właściwym kontekście.

178. Po pierwsze, należy zadać sobie pytanie, co jest przedmiotem motywu 11. Ważny jest jego kontekst. W motywie 8 wyjaśniono podstawowe zasady podziału kompetencji między Komisję a OOK. Motywy 9 i 10 dotyczą przewidzianych w rozporządzeniu nr 139/2004 progów obrotu, których przekroczenie sprawia, że połączenia mają „wymiar wspólnotowy". Z kolei przedmiotem motywu 12 są połączenia, które nie osiągają określonych w rozporządzeniu nr 139/2004 progów obrotu, lecz „kwalifik[ują] się do zbadania zgodnie z licznymi krajowymi systemami kontroli połączeń". Co się tyczy tej drugiej kwestii, w motywie 12 wskazano, że „[w]ielokrotne zgłoszenia tej samej transakcji zwiększają niepewność prawną, wysiłki i koszty przedsiębiorstw oraz mogą

[128] Sir Leon Brittan, op.cit. w przypisie 65 do niniejszej opinii, s. 42: „Przepis ten jest *zredagowany wąsko* i nie zezwala Komisji na badanie *w ujęciu ogólnym* połączeń nieosiągających określonych progów, nawet jeżeli instytucja ta byłaby tym samym skłonna *zignorować ducha przepisu dotyczącego progów*" (podkreślenie moje). Zobacz także sir Leon Brittan, The Law and Policy of Merger Control in the EEC, *European Law Review*, 1990, s. 245.

[129] Zobacz w szczególności: motyw 10 rozporządzenia z 1997 r.; motywy 11, 12, 14 rozporządzenia nr 139/2004.

prowadzić do sprzecznych ocen", w związku z czym stwierdzono w nim, iż „system, za pomocą którego koncentracje mogą być odesłane do Komisji przez zainteresowane państwa członkowskie, powinien zostać dalej rozwijany". Następnie w motywach 13–16 jest mowa o współpracy, która powinna zostać nawiązana w tym celu między Komisją a OOK, a także przedstawiono funkcjonowanie różnych mechanizmów przekazywania spraw.

179. Według mnie zarysowany powyżej kontekst sugeruje, że motyw 11 odnosi się do mechanizmu mającego funkcję korygującą w zakresie *podziału kompetencji* między Komisję a OOK. Motyw ten nie dotyczy ustanowienia, jak stwierdził Sąd, „kompetencj[i] subsydiarn[ej] Komisji przyznając[ej] jej elastyczność niezbędną do osiągnięcia celu tego rozporządzenia" [130].

180. Za słusznością powyższego wniosku przemawia przede wszystkim okoliczność, że ów motyw nie figurował w pierwotnym rozporządzeniu nr 4064/89, lecz został wprowadzony dopiero w rozporządzeniu nr 139/2004. W rzeczy samej mechanizm odsyłania spraw stał się użyteczny w kontekście podziału spraw pomiędzy różnymi organami, z których każdy jest właściwy do zbadania danego połączenia, dopiero w 1997 r., po czym w 2004 r. nabrał w tym względzie jeszcze większego znaczenia.

181. W istocie w pkt 94 zielonej księgi z 2001 r. potwierdzono, że „w celu nadania art. 22 ust. 3 skuteczności jako mającemu ogólne zastosowanie mechanizmowi korygującemu *problem wielokrotnych zgłoszeń* system będzie najpewniej wymagał zmiany nie tylko rozporządzenia w sprawie koncentracji" [131]. Na podstawie tego punktu można wyciągnąć dwa wnioski. Po pierwsze, użyte w motywie 11 rozporządzenia nr 139/2004 sformułowanie „mechanizm korygujący" odnosi się do pojedynczego problemu wielokrotnych zgłoszeń, a nie do szerszej kwestii wszystkich niedociągnięć, jakie z natury rzeczy wykazuje oparty na progach system kontroli połączeń. Ponadto problem wielokrotnych zgłoszeń powstaje jedynie dlatego, że połączenia mogą *podlegać* kilku krajowym systemom kontroli połączeń, a nie dlatego, że *wymykają się* one tym systemom. Po drugie, posłużenie się art. 22 z myślą o zaradzeniu problemowi wielokrotnych zgłoszeń wymagało dyskusji i zmian ustawodawczych, w związku z czym nie było to pierwotnym celem art. 22. Wynika stąd, że wykorzystanie art. 22 z myślą o zaradzeniu innym, szerszym problemom również wymagałoby dyskusji i zmian.

182. Powyższe wnioski potwierdza całościowa lektura motywu 11. Motyw ten przewiduje, że „[z]asady regulujące odesłania w sprawie koncentracji […] powinny stanowić skuteczny mechanizm korygujący w świetle zasady pomocniczości; zasady te chronią w odpowiedni sposób interesy konkurencji państw członkowskich oraz w należyty sposób uwzględniają zasady pewności prawnej i »pojedynczej instytucji« (»one-stop-shop«)". Na podstawie jego treści można sformułować dwa wnioski. Po pierwsze, odniesienie do zasady pomocniczości i odpowiedniej ochrony interesów konkurencji państw członkowskich potwierdza, że mechanizm odsyłania spraw ma wąski zakres – jest on pomyślany wyłącznie w celu zaradzenia sytuacjom, w których do zakłócenia konkurencji dochodzi na poziomie *lokalnym*. Po drugie, nawiązanie do pewności prawnej i zasady „pojedynczej instytucji" („one-stop-shop") również potwierdza, że mechanizmy odsyłania spraw mają na celu zastąpienie wielu procedur krajowych jedną scentralizowaną procedurą, co oznacza, iż zakłada się, że przedmiotowe połączenia osiągają progi krajowe.

130 Jak wskazano w pkt 142 zaskarżonego wyroku.

131 Podkreślenie moje.

183. W związku z tym w dalszym ciągu nie jestem przekonany do dokonanej przez Sąd wykładni motywu 11 rozporządzenia nr 139/2004. Nie przekonuje mnie również powołanie się przez Sąd na motywy 6 i 24 tego rozporządzenia w zakresie, w jakim jest w nich mowa o skutecznej kontroli *wszystkich* koncentracji.

184. Ponownie należy wskazać, że gdy owe motywy odczytuje się w całości oraz we właściwym kontekście, to wydaje się dość jasne, iż słowo „wszystkich" nie oznacza, że każde bez wyjątku połączenie mające miejsce na świecie, o ile może wzbudzać pewne obawy o konkurencję w niektórych państwach członkowskich, powinno podlegać „skutecznej" kontroli na podstawie rozporządzenia nr 139/2004. Motyw 6 przewiduje: „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". Podobnie w motywie 24 stwierdza się, że „niniejsze rozporządzenie musi dopuszczać skuteczną kontrolę wszystkich koncentracji z punktu widzenia ich skutków dla konkurencji we Wspólnocie".

185. Szereg sformułowań, którymi posłużono się w tych motywach, wyraźnie przeczy wnioskom, że ich przedmiotem jest rozpatrywany mechanizm odsyłania spraw. Po pierwsze, nie „wszystkie koncentracje" mogą być kontrolowane na podstawie rozporządzenia nr 139/2004 – jeśli określone w nim progi nie są osiągnięte, połączenie jest zwykle badane przez inne organy ochrony konkurencji (państw członkowskich Unii lub państw trzecich). Po drugie, jeśli chodzi o połączenia, które weszłyby – gdyby podążać za teorią Komisji – „tylnymi drzwiami" w zakres stosowania rozporządzenia nr 139/2004 (to znaczy o połączenia, w odniesieniu do których co do zasady właściwa nie jest ani Komisja, ani odpowiednie OOK), nie można uznać, że rozporządzenie nr 139/2004 będzie „jedynym instrumentem mającym zastosowanie do takich koncentracji"; w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 dopuszczone bowiem zostało prowadzenie postępowań równolegle przed Komisją (gdy występuje o to co najmniej jeden OOK) oraz przed co najmniej jednym OOK (chodzi tutaj o te OOK, które nie przyłączają się do wniosku o odesłanie). Po trzecie, Komisja, na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, nie kontroluje połączeń „z punktu widzenia ich skutków dla konkurencji *we Wspólnocie*", jak przewidują to motywy 6 i 24[132], lecz jedynie na terytorium państw członkowskich składających wniosek o odesłanie (art. 22 ust. 1 i 5 rozporządzenia nr 139/2004). W rzeczywistości sądy Unii konsekwentnie przyjmują, że zawarte w preambule rozporządzenia nr 139/2004 sformułowanie „wszystkich koncentracji" odnosi się do koncentracji „o wymiarze wspólnotowym"[133].

186. Jeżeli tak jednak jest, to rodzi się jedno pytanie: do czego w kontekście tego motywu odnosi się słowo „wszystkie"? Odpowiedzi ponownie należy szukać w brzmieniu tych motywów, zaś o jej słuszności świadczy ich geneza oraz cel. Sformułowania, którymi posłużono się w tych motywach, można odnaleźć w motywie siódmym pierwotnego rozporządzenia nr 4064/89[134]; mają one służyć wyjaśnieniu ponad wszelką wątpliwość, że na podstawie rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji wszystkie koncentracje będą oceniane „z punktu widzenia ich *skutków dla konkurencji*". To wyjaśnienie, które dziś może zapewne wydawać się oczywiste, a tym samym zbędne, w chwili przyjęcia rozporządzenia nr 4064/89 nie było w żadnym wypadku trywialne. Powodem, dla którego negocjacje w łonie Rady przez wiele lat utykały w martwym punkcie, była

[132] Podkreślenie moje.

[133] Zobacz w szczególności wyrok z dnia 4 marca 2020 r., Marine Harvest/Komisja, C-10/18 P, EU:C:2020:149, pkt 108 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r., Electrabel/Komisja, T-332/09, EU:T:2012:672, pkt 246.

[134] Ten motyw przewidywał, co następuje: „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".

też bowiem bardzo wyraźna różnica poglądów między państwami członkowskimi w odniesieniu do kryteriów, które Komisja powinna stosować przy podejmowaniu decyzji o wydaniu zezwolenia na połączenie. Podczas gdy Komisja i liczne państwa członkowskie opowiadały się za analizą przeprowadzaną wyłącznie z punktu widzenia ochrony konkurencji, niektóre państwa członkowskie sprzeciwiały się temu pomysłowi i uznawały, że połączenia należy oceniać również w świetle innych aspektów, w szczególności tych związanych z polityką przemysłową. Ostatecznie górę wziął pierwszy pogląd, zaś rozwiązaniem kompromisowym miało być umieszczenie w rozporządzeniu tak zwanej „klauzuli niemieckiej" (wówczas był to art. 21 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89; obecnie jest to art. 21 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004), na mocy której państwom członkowskim przyznano pewne szczątkowe uprawnienia interwencyjne [135]. Wydaje się, że sposób, w jaki według mnie należy rozumieć ten motyw, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów Unii [136].

187. W związku z tym oparcie się przez Sąd w tym kontekście na motywach 6, 11 i 24 jest moim zdaniem niesłuszne. Przy bliższej analizie okazuje się, że w preambule żadnego z trzech rozporządzeń w sprawie kontroli koncentracji nie ma elementu, który zawierałby wzmiankę (albo też sugerował), iż art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 w jakikolwiek sposób spełnia przypisywaną mu funkcję w zakresie wypełnienia istniejących luk. Milczenie w tym względzie jest dość wymowne, jeśli pod uwagę wziąć potencjalnie nadzwyczajny wpływ, jaki tego rodzaju przepis wywarłby na funkcjonowanie systemu kontroli połączeń, który, po pierwsze, „opiera się na zasadzie ścisłego rozdziału kompetencji kontrolnych między władzami krajowymi i [Komisją]" [137] i którego zakres, po drugie, jest „ograniczony przez progi ilościowe" [138].

188. Niemniej jednak w tym kontekście należy rozważyć kolejną kwestię, mianowicie ustalić, czy przypisywany temu przepisowi przez Sąd cel w zakresie wypełnienia istniejących luk byłby spójny z nadrzędnymi celami rozporządzenia nr 139/2004.

ii) Mankamenty analizy celowościowej Sądu (część II)

189. W pkt 140 zaskarżonego wyroku Sąd zbadał preambułę rozporządzenia nr 139/2004 i doszedł do wniosku, że przypisywany rozpatrywanemu mechanizmowi odsyłania spraw cel polegający na wypełnieniu istniejących luk jest spójny z „celem tego rozporządzenia [którym] jest umożliwienie skutecznej kontroli wszystkich koncentracji mających znaczący wpływ na strukturę konkurencji w Unii" [139].

190. Ta analiza jest dla mnie problematyczna z dwóch powodów – Sąd zignorował niektóre kluczowe elementy preambuły oraz błędnie zinterpretował pewne motywy.

191. Po pierwsze, Sąd wielokrotnie zwracał uwagę na przyświecający rozporządzeniu nr 139/2004 cel polegający na zapewnieniu *skutecznej* kontroli koncentracji i posunął się nawet do uznania, że jest to „*celem*" (w sensie – jedynym) tego rozporządzenia.

135 Zgodnie z tym przepisem, nie naruszając kompetencji wyłącznej Komisji do badania połączeń objętych zakresem stosowania rozporządzenia nr 139/2004, „państwa członkowskie mogą podjąć właściwe środki w celu ochrony uzasadnionych interesów innych niż te, które brane są pod uwagę w niniejszym rozporządzeniu, oraz są zgodne z ogólnymi zasadami i innymi przepisami prawa wspólnotowego".

136 Zobacz podobnie wyrok z dnia 7 września 2017 r., Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, pkt 21. Zobacz także wyroki: z dnia 25 marca 1999 r., Gencor/Komisja, T-102/96, EU:T:1999:65, pkt 314; z dnia 22 września 2021 r., Altice Europe/Komisja, T-425/18, EU:T:2021:607, pkt 299.

137 Zobacz wyrok z dnia 22 czerwca 2004 r., Portugalia/Komisja, C-42/01, EU:C:2004:379, pkt 50; motyw 8 rozporządzenia nr 139/2004.

138 Zobacz motyw 9 rozporządzenia nr 139/2004.

139 Zobacz w szczególności pkt 140 zaskarżonego wyroku.

192. Moim zdaniem nie ulega wątpliwości, że cel polegający na zapewnieniu skutecznej kontroli koncentracji stanowi ratio legis tego rozporządzenia, w związku z czym jego znaczenie zostało odpowiednio uwypuklone w preambule rozporządzenia nr 139/2004. Nie może to być jednak jego *jedyny* cel; ujmując rzecz inaczej, chodzi o to, że ten cel nie istnieje w próżni. W rzeczywistości w art. 2 rozporządzenia nr 139/2004 jest mowa o tym, że „[k]oncentracje objęte zakresem niniejszego rozporządzenia są oceniane zgodnie z *celami* niniejszego rozporządzenia” [140].

193. Dążenie do osiągnięcia celu polegającego na umożliwieniu *skutecznej* kontroli koncentracji idzie bowiem w parze z dążeniem do osiągnięcia innych celów, z których część jest szczególnie istotna w niniejszej sprawie. Pierwszy taki cel, który został sformułowany w wyniku długich i (ośmielę się to powiedzieć) ożywionych dyskusji, których zwieńczeniem było przyjęcie rozporządzenia nr 4064/89 po trwających niemal 20 lat negocjacjach w łonie Rady, polega na ustanowieniu systemu, w ramach którego właściwość jest *dzielona* między Komisję a OOK [141]. Drugim celem jest utworzenie na szczeblu Unii skutecznego systemu opartego na zasadzie „pojedynczej instytucji” („one-stop-shop”) – Komisja jest wyłącznie właściwa do badania połączeń zgłoszonych na podstawie rozporządzenia nr 139/2004, które nie muszą być dodatkowo zgłaszane na szczeblu państw członkowskich, zaś organy krajowe nie mogą stosować do tych transakcji swojego krajowego prawa dotyczącego konkurencji [142]. Trzeci cel polega na ustanowieniu skutecznego i przewidywalnego systemu, który jest w stanie zagwarantować zainteresowanym przedsiębiorstwom pewność prawną [143]. Sąd sam odniósł się, w pkt 226 zaskarżonego wyroku, do „podstawow[ych] cel[ów] skuteczności i szybkości postępowania, które leżą u podstaw [rozporządzenia nr 139/2004]”, a także do przyświecającego prawodawcy Unii celu „jasne[go] rozdzieleni[a] zakresu działania organów krajowych i Unii”.

194. Podczas gdy dwa pierwsze cele wymienione w poprzednim punkcie są, z oczywistych powodów, charakterystyczne konkretnie dla unijnego systemu kontroli połączeń, to nie jest tak w przypadku trzeciego z nich. W ramach każdego funkcjonującego na poziomie globalnym systemu kontroli połączeń dąży się bowiem do wypracowania równowagi między skuteczną kontrolą konkurencji a unikaniem niepotrzebnych kosztów i opóźnień zarówno dla łączących się stron, jak i dla organów administracji publicznej [144]. Zapewnieniu tej równowagi ma służyć to, że przepisy dotyczące połączeń opierają się zazwyczaj na progach, które umożliwiają odsianie transakcji podlegających kontroli, oraz zobowiązują organy do dokonania oceny w konkretnych ramach czasowych. Nie sposób zatem przecenić znaczenia przewidywalności i pewności prawnej, zwłaszcza dla łączących się stron. Przedsiębiorstwa, które mogą podlegać obowiązkom zgłoszenia i zawieszenia, muszą wiedzieć, ze stosunkowo dużą pewnością, czy planowana przez nie transakcja zostanie poddana kontroli z punktu widzenia ochrony konkurencji, jakie organy dokonają tej kontroli oraz kiedy można się spodziewać ostatecznej odpowiedzi ze strony tych organów [145].

140 Podkreślenie moje. W istocie w doktrynie nauki prawa również wskazuje się, że rozporządzenie nr 4064/89 jest instrumentem służącym osiągnięciu kilku celów; zob. na przykład E. Navarro Varona i in., *Merger Control in the EU: Law, Economics and Practice*, 1st ed., Oxford University Press 2001, s. 1–5.

141 Zobacz odniesienia do zasady pomocniczości w motywach 6, 8, 11, 14. Zobacz także motyw 8 in fine: „Koncentracje nieobjęte zakresem niniejszego rozporządzenia w zasadzie podlegają jurysdykcji państw członkowskich”.

142 Zobacz odniesienia: do zasady „pojedynczej instytucji” („one-stop-shop”) w motywach 8, 11; do „wyłącznej kompetencji” Komisji w motywie 17; do wynikających stąd ograniczeń w podejmowaniu działań przez państwa członkowskie w motywach 18, 19.

143 Zobacz odniesienia: do skuteczności w motywach 14, 15, 16; do przewidywalności w motywie 15; do pewności prawnej w motywach 11, 25, 34. Zobacz także zielona księga z 1996 r., pkt 29. W doktrynie nauki prawa zob. w szczególności: J.B. Blaise, Concurrence – Contrôle des opérations de concentration, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 743; J. Venit, The „merger” control regulation: Europe comes of age… or Caliban’s dinner, *Common Market Law Review*, 1990, s. 44.

144 Podobnie R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 8th ed., Oxford University Press 2018, s. 832, 833.

145 Zobacz w ujęciu ogólnym F. Irarrazabal Philippi, *Merger control procedure*, w: *Global Dictionary of Competition Law*, Concurrences, art. nr 12342.

195. Jak już wspomniano, tak właśnie wygląda sytuacja na poziomie globalnym. Niemniej jednak jest tak tym bardziej w przypadku połączeń, które mogą być badane w Unii Europejskiej. Nie wynika to jedynie stąd, że w Unii funkcjonują obok siebie różne organy egzekwowania prawa (Komisja i OOK) – ze wszystkimi tego konsekwencjami, jeśli chodzi o stopień złożoności – lecz także z faktu, iż w przeciwieństwie do zdecydowanej większości funkcjonujących na świecie systemów kontroli połączeń, w rozporządzeniu nr 139/2004 nałożono na łączące się strony *ogólnoświatowy zakaz zakończenia transakcji*. Oznacza to, że dokonanie zgłoszonej transakcji musi co do zasady zostać zawieszone *w całości* do chwili przyjęcia przez Komisję ostatecznej decyzji. W konsekwencji łączące się strony nie mogą przyspieszyć procesu jej dokonania na przykład w drodze oddzielnego zarządzania aktywami, jednostkami lub przedsiębiorstwami na szczeblu lokalnym w oczekiwaniu na wydanie zezwolenia. Koszty i ryzyko ponoszone przez łączące się strony są więc jeszcze bardziej znaczące, w związku z czym te przedsiębiorstwa muszą być w stanie zastosować w tym względzie odpowiednie środki ostrożności.

196. Właśnie dlatego, jak orzekł Trybunał, rozporządzenie nr 139/2004 „zawiera […] przepisy, których celem jest skrócenie, ze względów pewności prawa i w interesie zainteresowanych przedsiębiorstw, czasu trwania postępowań w przedmiocie oceny koncentracji, przeprowadzanych przez Komisję". Celem prawodawcy Unii było bowiem „zapewnienie kontroli koncentracji w terminach zgodnych z wymogami zarówno dobrej administracji, jak i życia gospodarczego"[146].

197. W świetle powyższego zgadzam się, że zapewnienie skuteczności systemu (rozumianej jako zdolności do wychwytywania potencjalnie szkodliwych dla konkurencji połączeń) jest podstawowym celem rozporządzenia nr 139/2004. Skuteczności tej nie można jednak osiągnąć kosztem realizacji w zadowalający sposób pozostałych celów rozporządzenia. W związku z tym zawarte w preambule odniesienia do „skuteczności" nie mogą prowadzić interpretatora do rozszerzania zakresu stosowania i celu przepisów rozporządzenia nr 139/2004 do tego stopnia, że wykroczą one poza wyraźny zamiar prawodawcy Unii i naruszą starannie ustaloną równowagę, jaką przewidział on między poszczególnymi celami.

198. W tym kontekście należy zadać sobie następujące pytanie: czy cel polegający na wypełnieniu istniejących luk, który według Komisji, popartej w tym względzie przez Sąd, przyświeca art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, jest spójny z pozostałymi opisanymi powyżej celami i z wytoczoną między nimi równowagą? Moim zdaniem odpowiedź na tak sformułowane pytanie jest jednoznaczna i brzmi „nie". Wydaje mi się, że wykładnia art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, za którą opowiedział się Sąd, nie daje się pogodzić z trzema celami wymienionymi w pkt 193 niniejszej opinii oraz może naruszyć istniejącą między nimi równowagę, do której osiągnięcia dążył prawodawca Unii.

199. Po pierwsze, „kanapka kompetencyjna", jaka zostałaby nam zaserwowana w przypadku zastosowania przyjętej przez Sąd wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 – Komisja (duże połączenia) / OOK (połączenia nieosiągające progów określonych w rozporządzeniu nr 139/2004, lecz osiągające progi krajowe) / Komisja (połączenia

[146] Wyrok z dnia 22 czerwca 2004 r., Portugalia/Komisja, C-42/01, EU:C:2004:379, pkt 51, 53. Zobacz także opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Cementbouw Handel & Industrie/Komisja, C-202/06 P, EU:C:2007:255, pkt 44.

nieosiągające progów krajowych) – raczej nie wydaje się do pogodzenia z systemem, który – jak podkreślił Trybunał – „opiera się na zasadzie ścisłego rozdziału kompetencji kontrolnych między władzami krajowymi i [unijnymi]”[147].

200. Ta wykładnia wydaje się również osobliwa w świetle zasady pomocniczości, o której jest mowa w przynajmniej czterech motywach rozporządzenia nr 139/2004[148]. Jest to rozporządzenie, które – jak ujął to ówczesny komisarz ds. konkurencji – stanowi „doskonały przykład tego, w jaki sposób [owa zasada] może znaleźć zastosowanie w praktyce”[149]. Krótko mówiąc, pomocniczość jest zasadą, której „wektor” jest skierowany głównie w dół – w dziedzinie należącej do kompetencji dzielonych skutkuje ona przesuwaniem kompetencji do podjęcia określonego działania na poziom państw członkowskich[150]. Oczywiście w pewnych okolicznościach ta zasada może mieć również „wektor” skierowany w górę – jeżeli podjęcie danego działania wydaje się, ze względu na jego rozmiary lub skutki, bardziej skuteczne na szczeblu Unii, kompetencje są przesuwane na poziom Unii. Zastanawiam się jednak, czy sytuacja, w której kompetencja do podjęcia jakiegoś działania (w tym przypadku: kontroli połączenia) zostaje przyznana instytucji Unii (w tym przypadku: Komisji) z tego powodu, że państwo członkowskie uznało, iż rozmiary lub skutki sytuacji takich jak ta, która jest rozpatrywana w niniejszej sprawie, *nie są wystarczająco istotne*, aby uzasadniać jakiekolwiek działania na szczeblu krajowym, nie byłaby sprzeczna z logiką pomocniczości.

201. Po drugie, strony są zgodne co do tego, że jedną z konsekwencji wypływających z wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, za którą opowiedział się Sąd, jest to, iż przedsiębiorstwa, które chciałyby mieć pewność, że planowane połączenie nie zostanie zakwestionowane przez Komisję po jego przeprowadzeniu, mimo że owo połączenie nie podlegało zgłoszeniu w żadnym miejscu w Unii oraz nie było objęte żadnym obowiązkiem zawieszenia, musiałyby: po pierwsze, tymczasowo zawiesić jego dokonanie; oraz, po drugie, powiadomić o połączeniu (potencjalnie) wszystkie państwa Unii i EOG/EFTA (łącznie 30 różnych organów krajowych) w celu doprowadzenia do rozpoczęcia biegu terminu 15 dni roboczych, o którym mowa w art. 22 ust. 1 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004.

202. W tym kontekście wydaje się istotne, aby dodać, że – zdaniem Komisji – zawiadomienie kierowane do odpowiednich organów krajowych przez łączące się strony powinno zawierać wszystkie dane i informacje potrzebne tym organom do ustalenia, czy spełnione są dwie przesłanki materialne przewidziane w art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004: połączenie ma wpływ na handel między państwami członkowskimi i zagraża w sposób znaczący konkurencji na terytorium danego państwa członkowskiego. Niemniej jednak jest dla mnie oczywiste, że rzetelna ocena spełnienia tych przesłanek nie jest zadaniem łatwym, tym bardziej, jeżeli ma zostać przeprowadzona w ciągu zaledwie 15 dni roboczych. W związku z tym istnieje prawdopodobieństwo, że nieformalne zgłoszenia kierowane do organów krajowych będą musiały

147 Zobacz wyrok z dnia 22 czerwca 2004 r., Portugalia/Komisja, C-42/01, EU:C:2004:379, pkt 50. Zobacz także: motyw 8 („[k]oncentracje nieobjęte zakresem niniejszego rozporządzenia w zasadzie podlegają jurysdykcji państw członkowskich”); motyw 9 („[z]akres stosowania niniejszego rozporządzenia powinien zostać […] ograniczony przez progi ilościowe w celu objęcia tych koncentracji, które mają wymiar wspólnotowy”).

148 Zobacz przypis 141 do niniejszej opinii.

149 Sir Leon Brittan, *Subsidiarity in the Constitution of the EC*, Robert Schuman Lecture, European University Institute 1992, s. 12.

150 Artykuł 5 ust. 3 akapit pierwszy TUE: „Zgodnie z zasadą pomocniczości […] Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii”.

być, w wielu przypadkach, dość rozbudowane i szczegółowe, a tym samym nie będą się zbytnio różnić od pism, których przedłożenia wymaga się w normalnych okolicznościach w kontekście formalnego zgłoszenia.

203. W praktyce oznacza to, że przedsiębiorstwa zawierające transakcję, która co do zasady nie podlega żadnemu z systemów kontroli połączeń w Unii, będą ostatecznie zmuszone do kierowania nieformalnych zgłoszeń do *wszystkich* organów krajowych tylko po to, aby uniknąć ryzyka zastosowania w przyszłości rozpatrywanego mechanizmu odsyłania spraw, co mogłoby mieć dla nich dramatyczne konsekwencje.

204. Ponadto gdyby jeden OOK, który nie jest właściwy do zbadania połączenia, złożył wniosek o odesłanie, uruchamiając tym samym mechanizm odsyłania spraw, a co najmniej jeden inny OOK, który – przeciwnie – jest właściwy do jego zbadania, postanowił nie przyłączyć się do wniosku, mechanizm odsyłania spraw mógłby doprowadzić do *zwielokrotnienia* toczących się równolegle postępowań. Postępowania przed właściwymi OOK istniałyby bowiem obok dodatkowego postępowania przed Komisją, które nie zostałoby wszczęte, gdyby nie mechanizm odsyłania spraw.

205. Z powyższego wynika, że dokonana przez Sąd wykładnia art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 prowadziłaby do wprowadzenia daleko idącego wyjątku od zasady „pojedynczej instytucji” („one-stop-shop”), co z trudem dawałoby się pogodzić z jednym z głównych celów rozporządzenia nr 139/2004 i co byłoby też sprzeczne z celem, jaki przyświecał prawodawcy Unii, gdy w 1997 i 2004 r. zmieniał on art. 22.

206. Po trzecie, co moim zdaniem stanowi najbardziej problematyczny aspekt, postępowanie lub postępowania, które byłyby wszczynane w konsekwencji nadania art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 wykładni rozszerzającej, nie byłyby skuteczne ani przewidywalne i nie pozwalałyby zagwarantować stronom pewności prawa.

207. Na samym początku należy wskazać, że pozostaje jasne oraz niekwestionowane przez Komisję, iż jeżeli łączące się strony nie podejmą pozytywnych działań w celu poinformowania 30 organów krajowych o istnieniu niepodlegającego zgłoszeniu połączenia, strony te nie mogą mieć żadnej pewności, *czy* Komisja, za jakiś czas, nie zostanie poproszona o zbadanie połączenia na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 oraz, jeżeli tak się stanie, *w jakim terminie* to nastąpi.

208. Komisja odpiera, że łączące się strony *mogą* mimo to być w stanie uzyskać pewność prawną, jeżeli – jak wspomniano powyżej – powiadomią one owe 30 organów o planowanym połączeniu w drodze nieformalnych zgłoszeń. W ten sposób „rozpocznie się odliczanie”, a jeżeli w ciągu 15 dni roboczych nie zostanie złożony wniosek o odesłanie, strony te mogą być pewne, że połączenie nie zostanie poddane żadnemu zbadaniu w Unii.

209. Nie jestem jednak pewien, czy taki sposób postępowania zapewnia tym stronom większą, a w każdym wypadku *wystarczającą*, pewność prawną. Zasadniczy problem polega na tym, że jest to procedura nieformalna, która nie została przewidziana ani w rozporządzeniu nr 139/2004, ani – według mojej najlepszej wiedzy – w ustawodawstwach państw członkowskich. W związku z tym niepodlegające zgłoszeniu połączenia nie podlegają ani krajowym przepisom proceduralnym, ani przepisom proceduralnym zawartym w samym rozporządzeniu nr 139/2004. Niewątpliwie prawdą jest, że na mocy art. 22 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 pewne przepisy tego

rozporządzenia znajdują zastosowanie do badania tych połączeń, lecz ma to miejsce dopiero *po uwzględnieniu* przez Komisję wniosku o odesłanie. Wcześniejszy okres to swoista prawna „ziemia niczyja", cechująca się bardzo niskim poziomem jasności i przewidywalności.

210. Na przykład – kto jest uprawniony do wszczęcia procedury nieformalnej? Czy takimi podmiotami powinny być jedynie łączące się strony, czy też mogą nimi być także osoby trzecie (na przykład konkurenci łączących się stron)? Brzmienie art. 22 ust. 1 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004 przemawia za tą drugą opcją. Jeżeli tak, to czy OOK może wystąpić z odesłaniem w trybie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 w oparciu o informacje, które otrzymał od tych osób trzecich oraz, w zależności od przypadku, bez wysłuchania łączących się stron? Ponieważ organ ma jedynie 15 dni roboczych na podjęcie decyzji, nie można wykluczyć, że sprawa zostanie potraktowana pobieżnie. Co jeżeli te informacje są niedokładne lub niekompletne? Skutki, jakie wynikną dla łączących się stron z faktu dokonania przez organ krajowy błędnej oceny materialnych przesłanek odesłania, mogą być niebagatelne.

211. Komisja jest jednak zdania, że bieg terminu rozpoczyna się dopiero wówczas, gdy OOK dysponują *wystarczającymi* informacjami pozwalającymi im na przeprowadzenie analizy wymaganej na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004. Oznacza to niemniej jednak, że termin 15 dni roboczych najpewniej stanie się iluzoryczny, skoro może on być (i najpewniej będzie) przedłużany przez jeden lub kilka organów, w drodze jednego lub kilku wniosków o udzielenie informacji, co sprawi, iż łączące się strony nie będą mogły się oprzeć na żadnych przewidywalnych ramach czasowych.

212. Ponadto w rozporządzeniu nr 139/2004 brak jest jakichkolwiek wskazówek na temat rodzaju i poziomu szczegółowości informacji, których zawarcia w nieformalnych zgłoszeniach można oczekiwać od łączących się stron. Strony te mogłyby oczywiście przyjąć za wzór urzędowe formularze zgłoszeniowe Unii (z ostatnimi zmianami: formularz CO, skrócony formularz CO, formularz UW, formularz RM [151]). Niemniej jednak nawet Komisja nie posunęła się tak daleko, by to zasugerować. Oznaczałoby to oczywiście, że ustanowiona w rozporządzeniu nr 139/2004 procedura zgłoszeniowa może de facto znaleźć zastosowanie do połączeń niepodlegających zgłoszeniu. Komisja zaproponowała natomiast na rozprawie, że źródłem inspiracji dla stron mogłyby być informacje, które – na podstawie art. 14 aktu o rynkach cyfrowych [152] – przedsiębiorstwa określane mianem strażników dostępu mają przekazywać Komisji, gdy zamierzają dokonać pewnych koncentracji. Abstrahując już jednak od osobliwego charakteru sugestii, aby strony kierowały się innym instrumentem regulacyjnym, który został uchwalony po wydaniu rozporządzenia nr 139/2004 i który znajduje zastosowanie jedynie w pewnych konkretnych sektorach gospodarki, nie jestem pewien, czy informacje wymienione w tym instrumencie są wystarczające na potrzeby stosowania art. 22 rozporządzenia nr 139/2004.

213. Wypada też zwrócić uwagę na drobny, acz istotny szczegół – w jakim języku należy przekazywać te informacje? Komisja argumentowała, że adekwatny byłby każdy język powszechnie rozumiany przez personel odpowiedniego organu krajowego (na przykład język angielski). Trudno mi zrozumieć, jak ten pogląd Komisji mógłby się w ogóle ostać. W każdym

[151] Zobacz rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2023/914 z dnia 20 kwietnia 2023 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw oraz uchylające rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 (Dz.U. 2023, L 119, s. 22).

[152] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1925 z dnia 14 września 2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (Dz.U. 2022, L 265, s. 1).

razie wątpię, że organy krajowe zgodziłyby się na przeprowadzenie, przy bardzo napiętym harmonogramie, stosunkowo złożonej analizy wniosku (do którego byłyby najpewniej dołączone załączniki) sporządzonego w języku innym niż ich własny.

214. W świetle powyższego uważam, że dokonana przez Sąd wykładnia celowościowa art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 jest błędna, ponieważ jest niezgodna z szeregiem celów, do których osiągnięcia zmierza ustanowiony w rozporządzeniu nr 139/2004 system kontroli połączeń, i może naruszyć równowagę przewidzianą między tymi celami przez prawodawcę Unii. Znaczenie tej równowagi nie umknęło Trybunałowi. Na przykład w niedawnym wyroku CK Telecoms Trybunał zauważył, że „wym[óg] szybkiego działania, który charakteryzuje ogólny system [rozporządzenia nr 139/2004]", jest tak istotny, iż uznaje się, że zezwolenie uzyskuje nawet połączenie szkodliwe dla konkurencji, chyba że Komisja podejmie decyzję w wyznaczonym terminie [153].

5) Pozostałe rozważania w przedmiocie wykładni art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004

215. Wreszcie, wyjaśnię pokrótce, dlaczego moim zdaniem dokonana przez Sąd wykładnia art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 stwarza szereg problemów o charakterze systemowym, gdy pod uwagę zostaną wzięte różne zasady ogólne prawa Unii.

216. Na samym początku należy podkreślić, że sposób interpretacji przez Sąd tego przepisu prowadzi do bardzo istotnego rozszerzenia zakresu stosowania rozporządzenia nr 139/2004 oraz zakresu kompetencji Komisji [154]. Komisja za jednym zamachem, w drodze awangardowej wykładni art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, staje się uprawniona do badania, w dowolnym momencie, w tym na długo po zakończeniu połączenia, niemal każdej koncentracji, do której dochodzi w dowolnym miejscu na świecie, niezależnie od obrotu przedsiębiorstw oraz ich obecności w Unii, jak również od wartości transakcji. Jest to jasne i bezsporne. Komisja, gdy zadano jej na rozprawie konkretne pytanie dotyczące tej kwestii, potwierdziła, że teoretycznie jest to prawdą. Dodała ona jednak, że w praktyce tak się nie stanie, ponieważ Komisja nie jest zainteresowana częstym wykonywaniem tego uprawnienia, w związku z czym będzie w tym względzie działać z zachowaniem dyscypliny. Zdaniem Komisji rozpatrywane połączenie miało pewne cechy szczególne, w przeciwieństwie do zdecydowanej większości innych połączeń, które mogłyby zostać objęte zakresem stosowania art. 22 rozporządzenia nr 139/2004.

217. Tymczasem w niniejszej sprawie nie chodzi jedynie o zastosowanie tego (być może nowego) uprawnienia do kontroli rozpatrywanego połączenia. Do Trybunału zwrócono się bowiem o dokonanie, po raz pierwszy, wykładni znaczenia i zakresu stosowania art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, który może być stosowany w niedającej się określić liczbie przypadków. Stanowisko Komisji pod wieloma względami musi wzbudzać wątpliwości.

218. Po pierwsze, wątpię, że jest ono spójne z zasadą równowagi instytucjonalnej, charakterystycznej dla struktury instytucjonalnej Unii i wynikającej z art. 13 ust. 2 TUE, który wymaga zasadniczo, aby każda instytucja wykonywała swoje kompetencje z poszanowaniem kompetencji pozostałych instytucji [155].

153 Wyrok z dnia 13 lipca 2023 r., Komisja/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo.

154 Co zostało potwierdzone we wszystkich opracowaniach naukowych; zob. na przykład G. Bushell, Chapter II, w: *EU Competition Law*, Vol. II, Book One, ed. C. Jones, L. Weinert, Edward Elgar Publishing 2021, s. 41.

155 Zobacz ostatnio wyrok z dnia 22 listopada 2022 r., Komisja/Rada (Przystąpienie do aktu genewskiego), C-24/20, EU:C:2022:911, pkt 83.

219. Jednym z podstawowych elementów składowych rozporządzenia nr 139/2004 jest określenie w nim progów, których przekroczenie, zgodnie z jego art. 1–3, powoduje powstanie obowiązku zgłoszenia. Tymczasem w świetle dokonanej przez Komisję wykładni art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 wartość tych progów oraz, pośrednio, progów i kryteriów określonych w przepisach krajowych staje się jedynie względna. Połączenie mogłoby bowiem nie podlegać zgłoszeniu *w żadnym miejscu* w Unii, ale to w ogóle nie wykluczałoby możliwości uznania się przez Komisję za właściwą do jego zbadania na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 [156].

220. W żadnym wypadku nie wykluczam, że w świecie, który w coraz większym stopniu opiera się na koncepcji „ekonomii 2.0", zmiana obecnie obowiązujących progów kontroli połączeń mogłaby być pożądana, a nawet konieczna. W tym kontekście warto zauważyć, że całkiem niedawno dwa państwa członkowskie (Austria i Niemcy) zmieniły swoje przepisy krajowe w celu uwzględnienia progów opartych na wartościach transakcji. Inne państwa stosują różne progi właściwości, które zostały opracowane specjalnie z myślą o umożliwieniu kontroli połączeń, mimo że spółka przejmowana nie generuje żadnych przychodów lokalnych [przykładem jest tutaj Zjednoczone Królestwo, w którym obowiązuje „share of supply test" („kryterium udziału w dostawach")]. Te oraz inne opcje można oczywiście wziąć pod uwagę na potrzeby zmiany rozporządzenia nr 139/2004. Jest to jednak zadanie nie dla Komisji, lecz dla prawodawcy Unii.

221. Po drugie, przyjęcie dokonanej przez Sąd wykładni rozszerzającej art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 przełoży się na znaczną liczbę spraw, w których może dojść do kolizji z zasadą terytorialności prawa Unii. Należy przypomnieć, że stosowanie prawa Unii odbywa się, w celu zachowania zgodności z prawem międzynarodowym, przy założeniu odpowiedniego powiązania z terytorium Unii [157]. Dokładniej rzecz ujmując, z wyroków Intel i Gencor wynika, że stosowanie uregulowań Unii w dziedzinie konkurencji do zachowania przedsiębiorstw jest zgodne z prawem, niezależnie od tego, gdzie jest ono podejmowane, o ile zachowanie to może ma przewidywalne, natychmiastowe i istotne skutki w Unii („kryterium kwalifikowanych skutków") [158].

222. Oczywiście zgadzam się z Komisją, że przesłanki materialne określone w art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 z pewnością są w stanie co do zasady zapewnić odpowiednie powiązanie z terytorium Unii. Należy jednak pamiętać, że – jak już zostało wspomniane – spełnienie owych przesłanek jest weryfikowane jedynie prima facie oraz w szczególnie krótkim terminie (15 dni roboczych). W związku z tym nie można wykluczyć, że na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 Unia uzna się za właściwą do kontroli połączenia (ze wszystkim, co się z tym wiąże, w tym z nagłym powstaniem obowiązku zawieszenia w skali ogólnoświatowej każdego aktu wprowadzającego je w życie), w przypadku którego następnie okaże się, iż nie wywołuje ono żadnego przewidywalnego, natychmiastowego i istotnego skutku na terytorium danego państwa członkowskiego.

223. Po trzecie, taka sytuacja może być problematyczna z punktu widzenia zasady wzajemnego poszanowania praw na szczeblu międzynarodowym. Jestem w pełni świadomy, że ramy tej zasady oraz jej skutki prawne nie są wyraźnie zarysowane [159]. Niemniej jednak wydaje mi się, że można

156 Jest tak tym bardziej wówczas, gdy przyjmie się popierany przeze mnie pogląd, że nadal znajduje zastosowanie procedura uproszczona, przewidziana w art. 1 ust. 4 i 5 rozporządzenia nr 139/2004 dla dostosowywania poziomów tych progów. Zobacz przypisy 125 i 126 do niniejszej opinii.

157 Zobacz między innymi wyrok z dnia 24 listopada 1992 r., Poulsen i Diva Navigation, C-286/90, EU:C:1992:453, pkt 28.

158 Wyroki: z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 40–47; z dnia 25 marca 1999 r., Gencor/Komisja, T-102/96, EU:T:1999:65, pkt 243.

159 Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Darmona w sprawach połączonych Ahlström Osakeyhtiö i in./Komisja, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 i od 125/85 do 129/85, EU:C:1988:258, pkt 57.

z niej wyprowadzić przynajmniej ogólny wymóg, aby państwa *rozważyły*, zanim uznają się za właściwe w sprawach z istotnym elementem transgranicznym oraz stosunkowo słabym powiązaniem wewnętrznym, czy stosowanie ich ustawodawstw nie doprowadzi aby do podważenia skutecznego stosowania prawa państw trzecich o silniejszym związku terytorialnym z tymi sprawami. Takie rozumienie tej zasady wydaje się w ogólnym ujęciu spójne z sugestiami innych rzeczników generalnych [160], umowami międzynarodowymi zawartymi w tym przedmiocie przez Unię Europejską [161] oraz z ustaleniami innych sądów, w tym także poczynionymi w sprawach dotyczących prawa konkurencji [162]. W tym kontekście zastanawiam się, czy przyjęty przez Komisję pogląd na temat przysługującego jej szerokiego zakresu właściwości do kontroli połączeń na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 jest w pełni zgodny z zasadą kurtuazji międzynarodowej.

224. Po czwarte, twierdzenie wnoszących odwołanie, że przyjęta przez Sąd wykładnia art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 stoi w sprzeczności z zasadami równości i proporcjonalności, nie wydaje mi się bezpodstawne, jak utrzymuje to Komisja. Przedsiębiorstwa mające niewielką sprzedaż w Unii albo takie, które w ogóle nie sprzedają w niej swoich towarów lub usług, znalazłyby się bowiem de facto w sytuacji o wiele gorszej niż przedsiębiorstwa prowadzące w Unii bardziej aktywną działalność.

225. Te ostatnie mogą korzystać z ustanowionego w rozporządzeniu nr 139/2004 systemu „pojedynczej instytucji" („one-stop-shop") lub, alternatywnie, muszą dokonać raptem jednego zgłoszenia na szczeblu krajowym lub większej liczby takich zgłoszeń w tych krajach, w których osiągają progi krajowe. Liczbę tych zgłoszeń można ustalić z wyprzedzeniem, zaś łączące się strony wiedzą, które organy będą kontrolować połączenie, a także w jaki sposób i w jakim terminie to uczynią. Z kolei, jak wyjaśniono powyżej, przedsiębiorstwa będące stronami połączeń, które nie podlegają zgłoszeniu, nie będą w stanie ustalić, jak potoczą się losy ich połączenia, chyba że dokonają, w EOG, nie mniej niż 30 zgłoszeń nieformalnych, przy czym nawet wówczas nie będą miały pewności co do wielu aspektów procedur, w tym czasu ich trwania.

226. Według mnie taka sytuacja jawi się jako problematyczna w świetle zasady równości, która wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a odmienne sytuacje nie były traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione [163]. Wydaje się również, że skutkuje ona nałożeniem nieproporcjonalnego, pod względem kosztów i ryzyka, obciążenia na będące stronami transakcji przedsiębiorstwa, które – jak już wspomniałem – prowadzą w Unii stosunkowo ograniczoną działalność [164].

[160] Zobacz na przykład, w odniesieniu do prawa konkurencji, opinie: rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie InnoLux/Komisja, C-231/14 P, EU:C:2015:292, pkt 39–42; rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Intel Corporation/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2016:788, pkt 283, 300; w innym kontekście zob. na przykład opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Nikiforidis, C-135/15, EU:C:2016:281, pkt 88.

[161] Zobacz na przykład art. I ust. 2 lit. b), art. IV umowy między Wspólnotami Europejskimi a rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie stosowania zasad wzajemnego poszanowania praw w stosowaniu prawa konkurencji z dnia 4 czerwca 1998 r. (Dz.U. 1998, L 173, s. 28 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 1, s. 318).

[162] Zobacz w szczególności opinia sądu najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie F. Hoffmann-La Roche, Ltd. przeciwko Empagran S.A. [124 S. Ct. 2359 (2004)].

[163] Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 grudnia 2020 r., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i in., C-336/19, EU:C:2020:1031, pkt 85. Jeśli chodzi o zastosowanie tej zasady w analizowanym kontekście, zob. mutatis mutandis pkt 236 zaskarżonego wyroku.

[164] Jak zauważyła V. Korah, kontaktowanie się z kilkoma organami oraz przekazywanie im informacji w różnych językach, w różnych formach oraz w różnych, ale w każdym wypadku krótkich, terminach, może być dla przedsiębiorstw bardzo kosztowne (zob. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8th ed., Hart 2004, s. 356).

227. Po piąte, zasada skuteczności nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu stosowania rozpatrywanego przepisu poza to, co jest uzasadnione i konieczne z punktu widzenia celów rozporządzenia nr 4064/89. Swój pogląd w tej kwestii wyraziłem w pkt 197 niniejszej opinii. W tym kontekście muszę poczynić jeszcze ostatnią uwagę – nie przekonuje mnie twierdzenie Komisji o konieczności wypełnienia luki w zakresie stosowania rozporządzenia nr 139/2004.

228. Trybunał konsekwentnie zaś orzekał, ostatnio w wyroku Towercast [165], że art. 101 i 102 TFUE mają zastosowanie do połączeń, które nie osiągają progów określonych w rozporządzeniu nr 139/2004 (w tym do połączeń, które nie osiągają progów krajowych). Na podstawie tych postanowień krajowe organy ochrony konkurencji mogą interweniować ex post w przypadku połączeń, które okazały się antykonkurencyjne. Prawdą jest, że interwencja ex post może się częstokroć okazać „drugą na podium" w porównaniu z kontrolą ex ante. Niemniej jednak różnice między tymi dwiema formami kontroli stanowiły, jak wynika jednoznacznie z przebiegu prac przygotowawczych, aspekt, który został należycie uwzględniony przez prawodawcę Unii w procesie legislacyjnym, który doprowadził do przyjęcia rozporządzenia nr 139/2004. W związku z tym rozważania Komisji nie mogą podważyć konkretnych wyborów dokonanych przez prawodawcę Unii.

229. Ponadto nie przekonują mnie argumenty przytoczone przez Komisję i niektóre rządy interweniujące w niniejszym postępowaniu, że egzekwowanie prawa na podstawie art. 101 i 102 TFUE byłoby nieskuteczne i czasochłonne.

230. Jak niedawno potwierdził Trybunał w wyroku European Superleague Company, kwalifikację jako nadużywanie pozycji dominującej przypisuje się zachowaniom, których „rzeczywistym lub potencjalnym skutkiem albo nawet celem jest uniemożliwienie na wcześniejszym etapie przedsiębiorstwom będącym potencjalnymi konkurentami – poprzez stworzenie barier wejścia na rynek [lub] zastosowanie innych środków zamykających dostęp […] – choćby tylko dostępu do tego rynku lub tych rynków i w ten sposób uniemożliwienie na nich rozwoju konkurencji, ze szkodą dla konsumentów z powodu ograniczenia na tych rynkach produkcji, rozwoju alternatywnych produktów lub usług czy też innowacyjności" [166]. Moim zdaniem tak zwane zabójcze przejęcie wpisuje się w pełni w ten opis, stanowiąc wzorcowy przykład nadużycia pozycji dominującej „ze względu na cel" [167].

231. Dlatego też nie sądzę, aby ustalenie istnienia naruszenia wymagało przeprowadzenia szczególnie długiego lub złożonego dochodzenia. Jest tak w szczególności dlatego, że kontrola ex post wprowadzonego w życie połączenia – która nie jest niczym niezwykłym na gruncie niektórych systemów prawnych [168] – może się wiązać z pewnymi niedogodnościami, ale ma również bardzo istotną zaletę: organy nie muszą w żaden sposób *przewidywać*, jakie zachowania przedsiębiorstwa podejmą w przyszłości. W ramach swojej oceny organ ochrony konkurencji może bowiem zbadać zarówno dowody dotyczące okresu sprzed połączenia (na przykład w celu ustalenia zamiaru nabywcy oraz stwierdzenia, czy to przedsiębiorstwo uważało, że spółka przejmowana realnie zagraża jego pozycji rynkowej), jak i *dowody dotyczące okresu po*

165 Wyrok z dnia 16 marca 2023 r., C-449/21, EU:C:2023:207.

166 Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., C-333/21, EU:C:2023:1011, pkt 131.

167 Zobacz mutatis mutandis U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, sekcja 6.4.

168 Zobacz, z odesłaniami, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges*, Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

połączeniu, które pokazują, co faktycznie wydarzyło się na rynku po transakcji nabycia (na przykład w celu ustalenia, czy wystąpił odczuwalny wpływ na ceny, produkcję i innowację albo czy działalność spółki przejmowanej została zakończona lub znacznie ograniczona) [169].

232. Należy też pamiętać, że krajowe OOK, analizując ewentualne naruszenia art. 101 i 102 TFUE, wykorzystują uprawnienia przyznane im w tak zwanej dyrektywie ECN+ [170]. Zgodnie z tą dyrektywą w razie wykrycia naruszenia właściwy organ nie tylko jest uprawniony do nałożenia kar finansowych (jej art. 13–16), lecz może także, na podstawie art. 10 ust. 1 tej dyrektywy, zażądać od danych przedsiębiorstw, „aby zaprzestały naruszenia. W tym celu [OOK] mogą […] nałożyć dowolne środki zaradcze o charakterze behawioralnym lub strukturalnym, które są proporcjonalne do popełnionego naruszenia i konieczne do skutecznego zaprzestania tego naruszenia". Może to obejmować, w szczególnie poważnych przypadkach, częściowe lub całkowite rozwiązanie przedsiębiorstwa powstałego w wyniku połączenia [171]. Ponadto zgodnie z art. 11 ust. 1 tej dyrektywy OOK są również uprawnione „do działania z własnej inicjatywy, aby móc nakazać w drodze decyzji nałożenie środków tymczasowych na przedsiębiorstwa […] co najmniej w sprawach, które są naglące ze względu na zaistnienie ryzyka poważnej i nieodwracalnej szkody dla konkurencji, w których stwierdzono prima facie naruszenia art. 101 lub 102 TFUE". Środki te mogą przyjąć formę na przykład nakazów zawieszenia [172].

233. Po szóste, przyjęcie przez Sąd, że przepis, który niewątpliwie stanowi wyjątek od regulacji zawartej w art. 1 rozporządzenia nr 139/2004, ma bardzo szeroki zakres stosowania, stoi w sprzeczności z powszechnie przyjmowaną zasadą wykładni, zgodnie z którą wyjątki i odstępstwa od ogólnej systematyki lub przepisów ogólnych aktu prawnego należy wykładać ściśle, tak aby nie pozbawić tych przepisów znaczenia [173]. W rzeczywistości Sąd orzekł już, że ta zasada jest istotna dla wykładni zakresu mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 9 rozporządzenia nr 139/2004 [174]. Nie jest dla mnie jasne, z jakich powodów zdecydował się on w zaskarżonym wyroku zignorować znaczenie tej zasady wykładni w odniesieniu do mechanizmu odsyłania spraw, o którym mowa w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 [175].

234. Na podstawie powyższych rozważań stwierdzam, że Sąd naruszył prawo przy wykładni i stosowaniu art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004. Z tej przyczyny należy uchylić zaskarżony wyrok.

235. Na wypadek gdyby Trybunał nie zgodził się z moją oceną zarzutu pierwszego, wskazuję jednak, że powinien on oddalić odwołania. W kolejnej części niniejszej opinii, wyjaśnię pokrótce, dlaczego moim zdaniem zarzuty drugi i trzeci wnoszących odwołanie są bezzasadne.

169 W odniesieniu do tego zagadnienia zob. na przykład D.H. Ginsburg, K.W. Wong-Ervin, Challenging Consummated Mergers Under Section 2, *Competition Policy International*, maj 2020 r.

170 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz.U. 2019, L 11, s. 3). W przedmiocie tej dyrektywy zob. przeglądowo E. Arsenidou, *The ECN+ Directive*, w: *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement – A Systematic Guide*, ed. K. Dekeyser i in., Wolters Kluwer 2023, s. 143–149.

171 Zobacz opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Towercast, C-449/21, EU:C:2022:777, pkt 63.

172 W odniesieniu do środków tymczasowych zobacz ostatnio OECD, *Interim Measures in Antitrust Investigations*, Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

173 Zobacz na przykład wyrok z dnia 28 października 2022 r., Generalstaatsanwaltschaft München (Ekstradycja i ne bis in idem), C-435/22 PPU, EU:C:2022:852, pkt 119 i przytoczone tam orzecznictwo.

174 Wyrok z dnia 3 kwietnia 2003 r., Royal Philips Electronics/Komisja, T-119/02, EU:T:2003:101, pkt 354.

175 Zobacz pkt 182 zaskarżonego wyroku. Jest mi stosunkowo trudno rozszyfrować znaczenie tego fragmentu.

B. W przedmiocie zarzutu drugiego: termin na złożenie wniosku o odesłanie i spoczywający na Komisji obowiązek działania w rozsądnym terminie

236. Zarzut drugi spółek Illumina i Grail odnosi się do oddalenia przez Sąd podniesionego przez spółkę Illumina w postępowaniu w pierwszej instancji zarzutu drugiego, dotyczącego spóźnionego charakteru wniosku o odesłanie oraz, tytułem ewentualnym, naruszenia zasad pewności prawa i „dobrej administracji". Wnoszące odwołanie kwestionują w szczególności pkt 190–211 zaskarżonego wyroku, w których Sąd doszedł do wniosku, że: „pojęcie »powiadomienia danego państwa członkowskiego«, zawarte w art. 22 ust. 1 akapit drugi [rozporządzenia nr 139/2004], należy interpretować w ten sposób, że wymaga ono aktywnego przekazania istotnych informacji temu państwu członkowskiemu, które pozwalają mu na wstępne dokonanie oceny, czy spełnione zostały przesłanki wystąpienia z wnioskiem o odesłanie na podstawie tego artykułu. W konsekwencji, zgodnie z tą wykładnią, termin 15 dni roboczych przewidziany we wspomnianym przepisie rozpoczyna bieg, gdy zgłoszenie koncentracji nie jest wymagane, od chwili przekazania tych informacji".

237. Wnoszące odwołanie krytykują też pkt 240 i 242–245 zaskarżonego wyroku, w których Sąd ustalił w szczególności: po pierwsze, że „[Illumina] nie była w stanie w wystarczający sposób wyjaśnić, jakie zarzucane, a obecne już w wezwaniu, »istotne błędy w ustaleniach faktycznych« spowodowały wadliwość zaskarżonej decyzji i mogły zatem mieć decydujący wpływ na treść wniosku o odesłanie ACF"; oraz, po drugie, że „zainteresowane [wnoszące odwołanie] […] wielokrotnie miały okazję przedstawić swoje stanowisko w toku postępowania administracyjnego, które doprowadziło do wydania [spornych] decyzji".

1. Argumenty stron

238. Poprzez zarzut drugi wnoszące odwołanie podnoszą, że Sąd naruszył prawo, ponieważ: po pierwsze, nie wywiódł żadnych konsekwencji prawnych z prawidłowego ustalenia, zgodnie z którym wystosowanie do państw członkowskich wezwania dotyczącego przedmiotowej koncentracji zajęło Komisji bezzasadnie długi okres czasu; oraz, po drugie, uznał, iż Komisja nie naruszyła przysługującego stronom prawa do obrony w toku postępowania, które doprowadziło do przyjęcia spornych decyzji.

239. Komisja twierdzi, że ten zarzut jest bezzasadny i częściowo niedopuszczalny.

2. Analiza

240. Nie przekonują mnie argumenty wnoszących odwołanie.

241. Po pierwsze, nie uważam, aby Sąd naruszył prawo przy wykładni wyrażenia „powiadomienie danego państwa członkowskiego", którym posłużono się w art. 22 ust. 1 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004. Jak wskazano w pkt 192 zaskarżonego wyroku, z porównania różnych wersji językowych tego rozporządzenia wynika, iż do rozpoczęcia biegu terminu wynoszącego 15 dni roboczych nie wystarcza, aby połączenie zostało podane do wiadomości publicznej w danym państwie członkowskim – na przykład w drodze komunikatów prasowych lub medialnych [176] – tak aby odpowiednie organy mogły się o nim dowiedzieć. Przepis ten wymaga natomiast, aby owym organom aktywnie przekazano informacje o połączeniu. Ta interpretacja

[176] Zobacz podobnie pkt 203 zaskarżonego wyroku.

wydaje mi się zgodna z celem tego przepisu, który polega na umożliwieniu organom dokonania wstępnej oceny na potrzeby ustalenia, czy prima facie spełnione są przesłanki materialne określone w art. 22 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004 [177].

242. Moim zdaniem wnoszące odwołanie nie przytoczyły żadnego argumentu, który mógłby podać w wątpliwość tę wykładnię art. 22 ust. 1 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004.

243. Po drugie, choć nie jestem w pełni przekonany co do ram prawnych zastosowanych przez Sąd w celu zidentyfikowania konsekwencji wynikających z niewystosowania przez Komisję wezwania w uzasadnionym terminie, to jednak uważam, że wniosek sformułowany w zaskarżonym wyroku jest prawidłowy.

244. Moim zdaniem nie chodzi o to, czy wnoszącym odwołanie udało się wykazać, iż – wskutek opóźnienia w działaniu, jakiego dopuściła się Komisja – doszło do naruszenia przysługującego wnoszącym odwołanie prawa do obrony. Kwestią kluczową jest natomiast to, czy wnoszące odwołanie mogły wskazać w wystarczający sposób, że w braku rozpatrywanego uchybienia proceduralnego wynik postępowania *mógłby* być inny.

245. Jak wyjaśniłem w opinii w sprawie HSBC, wydaje się, że w orzecznictwie sądów Unii wyróżniono dwie zasadnicze postaci błędów proceduralnych, mianowicie naruszenia „istotnych wymogów proceduralnych", które *automatycznie* pociągają za sobą nieważność danego aktu, oraz naruszenia innych zasad postępowania, które są badane przez pryzmat „*kryterium nieszkodliwego błędu*". Oznacza to, że „zwykłe" błędy proceduralne prowadzą do stwierdzenia nieważności zaskarżonego aktu, chyba że błąd można uznać za nieszkodliwy w tym znaczeniu, iż nie miał on lub nie mógł mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Co istotne, na podstawie tego kryterium możliwe jest wyróżnienie, w zależności od cech charakterystycznych naruszonej normy, trzech następujących form: po pierwsze, naruszeń o poważnym i strukturalnym charakterze skutkujących powstaniem (wzruszalnego) *domniemania*, że błąd miał wpływ na wynik postępowania, przy czym ciężar obalenia tego domniemania spoczywa na pozwanym; po drugie, „standardowych" błędów, które mogły, ale nie musiały, wpłynąć na wynik postępowania, w którym to przypadku skarżący ma udowodnić, iż gdyby nie popełniono któregoś z tych błędów, zaskarżony akt *mógłby* być inny; oraz, po trzecie, nieprawidłowości o mniej istotnym charakterze, które skutkują stwierdzeniem nieważności danego aktu, jeżeli skarżący wykażą, że gdyby nie popełniono którgoś z tych błędów, wynik postępowania *byłby* inny [178].

246. Wydaje mi się, że gdy pod uwagę wziąć tekst przedmiotowego przepisu (który nie przewiduje żadnego konkretnego terminu [179]) oraz cel i logikę systemu kontroli połączeń ustanowionego w rozporządzeniu nr 139/2004 (w ramach którego zmierza się do zapewnienia skutecznej kontroli potencjalnie antykonkurencyjnych koncentracji z wykorzystaniem skutecznego i przewidywalnego systemu zdolnego zagwarantować pewność prawa zainteresowanym przedsiębiorstwom [180]), niepodjęcia przez Komisję działania w rozsądnym terminie nie można uznać za naruszenie istotnego wymogu proceduralnego oraz że zastosowanie powinno znaleźć standardowe kryterium wykorzystywane w odniesieniu do błędów proceduralnych [181].

177 Zobacz podobnie pkt 199 zaskarżonego wyroku.

178 Zobacz, z dalszymi odesłaniami, moja opinia w sprawie HSBC Holdings i in./Komisja, C-883/19 P, EU:C:2022:384, pkt 38–59.

179 Zobacz podobnie pkt 221 zaskarżonego wyroku.

180 Zobacz podobnie pkt 226 zaskarżonego wyroku.

181 Zobacz analogicznie orzecznictwo sądów Unii przytoczone w pkt 240 zaskarżonego wyroku.

247. Ani w uwagach przedstawionych w postępowaniu w pierwszej instancji, ani też w uwagach przedstawionych w kontekście niniejszego postępowania wnoszące odwołanie nie wskazały żadnego konkretnego elementu mogącego świadczyć o tym, że gdyby Komisja podjęła działania w rozsądnym terminie, jej ocena możliwości dokonania rozpatrywanego połączenia będącego przedmiotem odesłania na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 oraz odpowiedniego charakteru tego połączenia *mogłaby* być inna.

248. W każdym wypadku zgadzam się z Komisją, że wnoszące odwołanie: po pierwsze, nie powołały się wyraźnie na naruszenie przysługującego im prawa do obrony w postępowaniu w pierwszej instancji, co skutkuje niedopuszczalnością tej części zarzutu; oraz, po drugie, nie wykazały w wystarczający sposób, iż doszło do wywarcia negatywnego wpływu na możliwość skorzystania z przysługującego im prawa do obrony w toku postępowania, które doprowadziło do przyjęcia spornych decyzji. Co się tyczy tej ostatniej kwestii, prawdą jest, że wnoszące odwołanie wskazały na szereg elementów sugerujących, iż Komisja mogła nie działać w stosunku do tych przedsiębiorstw z zachowaniem stopnia przejrzystości i bezstronności, jakiego należałoby normalnie oczekiwać od organu administracji publicznej [182]. Jest to oczywiście godne ubolewania, ponieważ tego rodzaju zachowanie może rzutować na sposób, w jaki opinia publiczna postrzega funkcjonowanie instytucji, która – ze względu na przyznane jej znaczne uprawnienia – powinna zawsze działać z zachowaniem najwyższych standardów bezstronności i obiektywizmu. Nie zmienia to jednak faktu, że postępowanie Komisji nie pozbawiło wnoszących odwołanie możliwości przytoczenia w toku postępowania wszczętego na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 argumentów faktycznych i prawnych w celu wywarcia wpływu na jego wynik.

249. Z powodów przedstawionych powyżej należy oddalić zarzut drugi.

C. W przedmiocie zarzutu trzeciego: zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa

250. W ramach zarzutu trzeciego, który jest wymierzony przeciwko pkt 254–260 zaskarżonego wyroku, spółki Illumina i Grail krytykują Sąd za oddalenie podniesionego przez spółkę Illumina w postępowaniu w pierwszej instancji zarzutu trzeciego, dotyczącego naruszenia zasad ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa. W tych fragmentach Sąd ocenił jedynie argumenty odnoszące się do uzasadnionych oczekiwań, ponieważ argumenty odnoszące się do pewności prawa nie zostały odpowiednio rozwinięte.

251. Jeśli chodzi o zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań, Sąd ustalił, że główne elementy przywołane przez spółkę Illumina nie potwierdzają „istnienia domniemanej polityki Komisji, na której opiera się [spółka Illumina]" oraz że nie można ich uznać za „dokładne, bezwarunkowe i spójne zapewnienia ze strony Komisji w odniesieniu do badania rozpatrywanej koncentracji".

1. Argumenty stron

252. Wnoszące odwołanie uważają, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku jest obarczone szeregiem naruszeń prawa. W szczególności twierdzą one, że Sąd: po pierwsze, przeinaczył argument dotyczący uzasadnionych oczekiwań, przytoczony w postępowaniu w pierwszej instancji przez spółkę Illumina; po drugie, popełnił błąd, gdy uznał, iż o uzasadnionych

[182] W szczególności trudno jest zrozumieć, dlaczego Komisja skontaktowała się z wnoszącymi odwołanie, a następnie poinformowała je o swoich zastrzeżeniach, niemal *trzy miesiące* po otrzymaniu skargi dotyczącej połączenia, mimo że w tym czasie prowadziła intensywną korespondencję ze składającym skargę, kilkoma OOK, innymi organami państw członkowskich oraz CMA.

oczekiwaniach można mówić jedynie wówczas, gdy zapewnienia, na których się one opierają, dotyczą konkretnie rozpatrywanej koncentracji; popełnił błąd przy ocenie znaczenia przemówienia, które Margrethe Vestager, wiceprzewodnicząca wykonawcza Komisji i komisarz ds. konkurencji, wygłosiła zaledwie kilka miesięcy przed wystosowaniem przez Komisję wezwania [183]; oraz, po czwarte, nie odniósł się do ich argumentów odnoszących się do naruszenia zasady pewności prawa.

253. Komisja podnosi, że Sąd w żaden sposób nie naruszył prawa w tym zakresie.

2. Analiza

254. Również i w tym przypadku uważam, że choć niektóre odpowiednie fragmenty zaskarżonego wyroku są nieprzekonujące, to Sąd nie popełnił błędu, gdy oddalił zarzut trzeci spółki Illumina.

255. Na samym początku należy wskazać, że nie może być przekonująca konstatacja wnoszących odwołanie, jakoby Sąd przeinaczył sens argumentów odnoszących się do uzasadnionych oczekiwań. Twierdzenie wnoszących odwołanie, że w ramach swojego argumentu spółka Illumina utrzymywała, iż Komisja stworzyła oczekiwanie, że nie będzie *zachęcać* do składania wniosków o odesłanie w przypadku połączeń nieosiągających progów krajowych, podczas gdy Sąd zbadał, czy Komisja może zgodnie z prawem *uwzględniać* takie wnioski, wydaje mi się „dzieleniem włosa na czworo". Oczywiście te dwa aspekty wzajemnie się uzupełniają i trudno je od siebie oddzielić.

256. Argumentacja wnoszących odwołanie polegała zasadniczo na tym, że nie były one w stanie przewidzieć nagłej zmiany polityki Komisji w odniesieniu do wykładni art. 22 rozporządzenia nr 139/2004. W tym względzie rzeczywiście istotne jest, czy wnoszące odwołanie mogły, z uwagi na informacje otrzymane od Komisji, w sposób uzasadniony sądzić, że ich połączenie nie będzie przedmiotem odesłania na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004. Uważam, że w tym kontekście bez znaczenia jest, czy procedura rozpatrywanego odesłania została zainicjowana z urzędu przez jeden OOK lub większą ich liczbę, czy też do wystąpienia z wnioskiem zostały one wezwane przez Komisję.

257. Nie przekonują mnie również argumenty wnoszących odwołanie, które zmierzają do wykazania, że Sąd nie przeanalizował ich zarzutów dotyczących naruszenia zasady pewności prawa. Po zbadaniu uwag przedstawionych przez nie w postępowaniu w pierwszej instancji muszę się zgodzić z Sądem, że wnoszące odwołanie nie przytoczyły w tym względzie żadnego konkretnego argumentu. Ujmując rzecz inaczej, nie przytoczyły one żadnego konkretnego argumentu, który można by odróżnić od ich argumentów dotyczących uzasadnionych oczekiwań, do których Sąd wyraźnie się odniósł w zaskarżonym wyroku.

258. Ponadto nie wydaje mi się, że w niniejszej sprawie spełnione zostały wszystkie warunki umożliwiające stronie powołanie się na zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań.

259. Trzeba przyznać, że w mojej ocenie niektóre fragmenty zaskarżonego wyroku są nieprawidłowe. W jego pkt 254 Sąd nawiązał do linii orzeczniczej, zgodnie z którą przekazanie przez organ administracji dokładnych, bezwarunkowych i spójnych informacji może skutkować powstaniem uzasadnionych oczekiwań, pod warunkiem w szczególności, że takie informacje „są […] zgodne z mającymi zastosowanie przepisami". Następnie, w pkt 265 tego wyroku, Sąd

[183] Przemówienie pt. „The Future of EU Merger Control", wygłoszone w dniu 11 września 2020 r., podczas 24. dorocznej konferencji dotyczącej konkurencji, zorganizowanej przez stowarzyszenie International Bar Association.

powołał się na to orzecznictwo i dodał, iż „skoro z zarzutu pierwszego wynika, że zaskarżone decyzje były oparte na prawidłowej wykładni treści tego artykułu, skarżąca nie może powoływać się na zmianę praktyki decyzyjnej Komisji".

260. W tym względzie nie mogę się zgodzić z Sądem. Z orzecznictwa przytoczonego przez Sąd (na które – z tego, co widzę – składają się zasadniczo jego własne wyroki) nie może logicznie wynikać, że jednostki mogą się powoływać na ochronę uzasadnionych oczekiwań jedynie wówczas, gdy zapewnienia udzielone przez organ administracji są zgodne z odpowiednimi przepisami. Jeżeli bowiem zapewnienia są zgodne z obowiązującym prawem, to nie ma potrzeby, aby dane jednostki powoływały się na ochronę uzasadnionych oczekiwań – ich sytuacja będzie należycie chroniona przez właśnie te przepisy, które zostały przywołane przez organ administracji. Nie ulega wątpliwości, że racją bytu zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań jest ochrona jednostek, które bez własnej winy zostały wprowadzone w błąd wskutek dokonanej przez organ administracji interpretacji mających zastosowanie przepisów.

261. Moim zdaniem tę linię orzeczniczą można zaakceptować tylko pod warunkiem, że jest ona rozumiana w ten sposób, iż możliwość powołania się przez jednostki na zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań jest wykluczona, gdy rozsądnie poinformowana jednostka zdawałaby sobie sprawę, że zapewnienia udzielone przez organ administracji nie są zgodne z odpowiednimi przepisami. W związku z tym gdyby w rozpatrywanej sprawie wnoszące odwołanie faktycznie uzyskały od Komisji „dokładne, bezwarunkowe i spójne" zapewnienia, okoliczność, że ta instytucja następnie zastosowała art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 w sposób prawidłowy, nie mogłaby stać na przeszkodzie powołaniu się przez te przedsiębiorstwa na naruszenie zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań.

262. Niemniej jednak zgadzam się z Sądem, że w każdym wypadku takich zapewnień nie można wywieść z przytoczonego przez wnoszące odwołanie przemówienia komisarz. Jak słusznie zauważył Sąd, zarówno tematyka tego przemówienia (które „dotyczyło ogólnej polityki Komisji w dziedzinie koncentracji i nie wspomniano w nim o rozpatrywanej koncentracji"[184]), jak i jego istota oraz wydźwięk (z których wynika, że w przeszłości „Komisja stosowała praktykę polegającą na zniechęcaniu organów krajowych do odsyłania [do niej] koncentracji, do zbadania których one same nie były właściwe"[185]), wykluczają możliwość uznania tego przemówienia za źródło zapewnień, które są „dokładne, bezwarunkowe i spójne" w rozumieniu orzecznictwa Trybunału[186].

263. W świetle powyższego uważam, że należy oddalić również zarzut trzeci.

VI. Skutki przeprowadzonej oceny: rozstrzygnięcie niniejszej sprawy

264. Zgodnie z art. 61 akapit pierwszy zdanie drugie statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Trybunał może, gdy uchyla orzeczenie Sądu, wydać orzeczenie ostateczne w sprawie, jeśli stan postępowania na to pozwala.

184 Zobacz podobnie pkt 260 zaskarżonego wyroku.

185 Zobacz podobnie pkt 261 zaskarżonego wyroku.

186 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 20 maja 2021 r., Riigi Tugiteenuste Keskus, C-6/20, EU:C:2021:402, pkt 49; z dnia 31 marca 2022 r., Smetna palata na Republika Bulgaria, C-195/21, EU:C:2022:239, pkt 65.

265. Moim zdaniem nie ulega wątpliwości, że tak właśnie jest w niniejszym postępowaniu. Sąd błędnie zinterpretował i zastosował art. 22 rozporządzenia nr 139/2004. Zgodnie z prawidłową wykładnią przepis ten nie uprawnia Komisji do przyjmowania decyzji takich jak te, które zostały zaskarżone przez wnoszące odwołanie w niniejszym postępowaniu. Należy zatem stwierdzić nieważność tych decyzji.

266. Niemniej jednak nie można stwierdzić nieważności wniosku ACF oraz pisma informacyjnego Komisji, ponieważ: po pierwsze, pierwszy z tych aktów nie został zaskarżony w postępowaniu w pierwszej instancji [187] (abstrahując już od faktu, że nie jest to akt instytucji Unii); oraz, po drugie, pismo informacyjne, mimo iż zostało zaskarżone w postępowaniu w pierwszej instancji, zostało uznane przez Sąd za akt, który nie podlega zaskarżeniu [188]. Odpowiednie fragmenty zaskarżonego wyroku nie były przedmiotem odwołania złożonego przez wnoszące odwołanie.

VII. W przedmiocie kosztów

267. Zgodnie z art. 138 § 1 i art. 184 § 1 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ wnoszące odwołanie wniosły o obciążenie Komisji kosztami postępowania, a ich odwołania zostały uwzględnione, Komisję należy obciążyć kosztami postępowania.

268. Zgodnie z art. 140 § 1–3 i art. 184 § 1 regulaminu postępowania państwa członkowskie, które przystąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, ESA i Biocom pokrywają własne koszty.

VIII. Wnioski

269. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał:

– uchylił wyrok Sądu z dnia 13 lipca 2022 r., Illumina/Komisja (T-227/21, EU:T:2022:447);

– stwierdził nieważność decyzji Komisji C(2021) 2847 final z dnia 19 kwietnia 2021 r. uwzględniającej wniosek Autorité de la concurrence française o zbadanie koncentracji mającej na celu przejęcie przez spółkę Illumina, Inc. wyłącznej kontroli nad spółką Grail, Inc. (sprawa COMP/M.10188 – Illumina/Grail), decyzji Komisji C(2021) 2848 final, C(2021) 2849 final, C(2021) 2851 final, C(2021) 2854 final i C(2021) 2855 final z dnia 19 kwietnia 2021 r. uwzględniających wnioski organów ochrony konkurencji: belgijskiego, niderlandzkiego, greckiego, islandzkiego i norweskiego o przyłączenie się do tego wniosku o odesłanie sprawy oraz pisma Komisji Europejskiej z dnia 11 marca 2021 r. informującego spółki Illumina i Grail o wspomnianym wniosku o odesłanie sprawy;

– obciążył Komisję kosztami postępowania; oraz

– orzekł, że Republika Francuska, Królestwo Niderlandów, Urząd Nadzoru Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu i Biocom California ponoszą własne koszty.

187 Zobacz podobnie pkt 62 zaskarżonego wyroku.

188 Zobacz podobnie pkt 79, 80 zaskarżonego wyroku.