Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
N. EMILIOU
представено на 21 март 2024 година[1]

Съединени дела C-611/22 P и C-625/22 P

Illumina, Inc.
срещу
Европейска комисия (C-611/22 P)
и
Grail LLC
срещу
Illumina, Inc.,

Европейска комисия (C-625/22 P)

„Обжалване — Конкуренция — Концентрации между предприятия — Член 22 от Регламент (ЕО) № 139/2004 — Концентрации без общностно измерение — Искане за препращане от орган по конкуренция, който не е компетентен да разглежда концентрацията съгласно националното законодателство — Решение на Европейската комисия да разгледа концентрация — Компетентност на Комисията — Срок за отправяне на искането за препращане — Задължение за действие в разумен срок — Принцип на добра администрация — Право на защита — Оправдани правни очаквания“

I. Въведение

1. Повечето съвременни законодателства в областта на конкуренцията, както в Европейския съюз, така и другаде, се основават на три основни групи разпоредби: правила относно споразуменията и съгласуваните практики, правила относно едностранно поведение (или злоупотреба с господстващо положение) и правила относно контрола върху концентрациите.

2. Особеността на правилата за контрол върху концентрациите се корени във факта, че за разлика от другите две групи правила, те обикновено изискват компетентните (административни и/или съдебни) органи да извършват предварителен, а не последващ контрол: дали планирана концентрация, ако бъде осъществена, може да доведе до съществена вреда за ефективната конкуренция. Това е особено сложна и трудоемка техническа оценка, която е „основана не на прилагането на точни научни правила, а на критерии и принципи, по които може да се спори“, и чиято цел е „да се предвидят последиците на концентрацията за структурата и динамиката на конкуренцията на

[1] Език на оригиналния текст: английски.

засегнатите пазари, като се вземат предвид многобройните, постоянно променящи се фактори, които могат да въздействат върху развитието на търсенето и предлагането на тези пазари в бъдеще“ [2].

3. Въпреки това тази оценка трябва да се извършва във възможно най-кратки срокове. Всъщност, за да се запази ефективността на системата, повечето правни режими — включително този на Европейския съюз — изискват засегнатите предприятия да нотифицират компетентните органи за операцията и да спрат изпълнението ѝ, докато не получат разрешение от тези органи. Нотифицирането и прекратяването водят до значителни разходи и пораждат някои рискове за участващите предприятия.

4. В този контекст изборът на законодателя за вида на праговете и определянето на съответните суми, при достигането на които за сливащите се страни възникват задължения за нотифициране и прекратяване, има решаващо значение за правилното функциониране на системата. Тези прагове имат двойна функция: осигуряват „местна връзка“, която оправдава намесата на въпросните органи, и определят операциите, които потенциално представляват интерес. В идеалния случай праговете трябва да са лесни за изчисляване (за да се избегне несигурността дали дадена операция трябва да бъде нотифицирана) и да са определени на равнище, което едновременно свежда до минимум както броя на операциите, обхванати от системата, които е малко вероятно да предизвикат опасения във връзка с конкуренцията, така и броя на операциите, които могат да предизвикат такива опасения и остават извън обхвата ѝ [3].

5. Системата на Съюза за контрол върху концентрациите — уредена с Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (Регламент за сливанията [на ЕС]) (наричан по-нататък „Регламентът за сливанията“) [4] — се основава главно на оборота на сливащите се дружества. В този регламент обаче има някои разпоредби, които по изключение оправомощават Комисията да разглежда концентрации, които не достигат въпросните прагове за оборот, когато случаите са препратени към тази институция от органите на държавите членки и в зависимост от случая, след като тези органи бъдат поканени от Комисията да направят това. Настоящото дело се отнася основно до определянето на значението и обхвата на една от тези разпоредби: член 22 от Регламента за сливанията. Накратко, ключовият въпрос по настоящото производство е: позволява ли тази разпоредба Комисията да разгледа концентрация, препратена до нея от органите на държава членка, когато тези органи не са компетентни да я разгледат, тъй като въпросната концентрация не достига праговете, предвидени в националното им право в областта на контрола върху концентрациите?

6. Въпреки че привидно въпросът е прост, намирането на правилния му отговор в никакъв случай не е лесна задача. От тълкувателя се изисква да направи щателен херменевтичен анализ, за да определи правилното тълкуване на член 22 от Регламента за сливанията. За целта е необходимо не само да се разгледат текстът, генезисът, контекстът и целта на тази разпоредба, но и да се вземе предвид логиката на системата на Съюза за контрол върху концентрациите, както и някои основни принципи на правото на Съюза (като

[2] Заключение на генерален адвокат Tizzano по дело Комисия/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2004:318, т. 73).

[3] По тези въпроси вж. Международна мрежа за защита на конкуренцията, Работна група по концентрациите, подгрупа по нотифициране и процедури (International Competition Network Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup), ‘Setting Notification Thresholds For Merger Review’ [Определяне на праговете за нотифициране за контрол върху концентрациите], април 2008 г. (достъпен на уебсайта на Мрежата).

[4] ОВ L 24, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 201.

институционален баланс, субсидиарност, правна сигурност, териториалност и др.). Накрая, но не на последно място, трудно е да се надцени значението, което отговорът на този въпрос може да има за правилното и ефективно функциониране на системата на Съюза за контрол върху концентрациите.

II. Правото на Съюза

7. Член 22 от Регламента за сливанията, озаглавен „Препращане до Комисията“, гласи:

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

Такова искане се отправя най-много в срок 15 работни дни от датата на постъпване на нотификацията за концентрация или, в случай че не се изисква нотифициране, от датата, на която то е станало известно по друг начин на съответната държава членка.

2. Комисията незабавно информира компетентните органи на съответните държави членки и засегнатите предприятия за всички искания, получени съгласно параграф 1.

Всяка друга държава членка има право да се присъедини към първоначалното искане в срок 15 работни дни от момента, в който е информирана от Комисията за първоначалното искане.

[…]

3. Комисията може, най-късно в срок от 10 работни дни след изтичането на срока по параграф 2, да реши да оцени концентрацията, ако счита, че тя засяга търговията между държави членки и заплашва сериозно да застраши конкуренцията на територията на държавата членка или държавите членки, които са отправили искането. В случай че Комисията не вземе решение в този срок, се счита, че тя е приела решение да оцени концентрацията в съответствие с отправеното искане.

Комисията информира всички държави членки и засегнати предприятия за решението си. Тя може да изиска представянето на нотификация съгласно член 4.

Държавата членка или държавите членки, които са отправили искането, не могат да прилагат повече националното си законодателство в областта на конкуренцията по отношение на концентрацията.

4. Член 2, член 4, параграфи от 2 до 3, членове 5, 6 и от 8 до 21 се прилагат, когато Комисията оценява концентрация съгласно параграф 3. Член 7 се прилага, доколкото концентрацията не е била осъществена до датата, на която Комисията е информирала засегнатите предприятия за отправеното искане.

Когато не се изисква нотифициране съгласно член 4, срокът по член 10, параграф 1, в който може да се образува производство, започва от работния ден, следващ този, в който

Комисията е информирала засегнатите предприятия, че е решила да оцени концентрацията съгласно параграф 3.

5. Комисията може да информира една или няколко държави членки, че счита, че дадена концентрация отговаря на критериите по параграф 1. В такива случаи Комисията може да покани тази държава членка или тези държави членки да отправят искане по параграф 1“.

8. Механизмът за препращане, понастоящем предвиден в член 22 от Регламента за сливанията, първоначално е бил установен в член 22, параграфи 3—6 („Прилагане на настоящия регламент“) от Регламента за сливанията на ЕИО от 1989 г.[5] (наричан по-нататък „Регламент № 4064/89“), който след това е изменен с Регламент (ЕО) № 1310/97 на Съвета[6]. Впоследствие Регламентът за сливанията отменя Регламент № 4064/89, считано от 1 май 2004 г.

III. Обстоятелства, предхождащи спора

9. Най-релевантните факти, както са изложени в решение T-227/21, Illumina/Комисия (наричано по-нататък „обжалваното съдебно решение“)[7], могат да се обобщят по следния начин.

10. На 20 септември 2020 г. Illumina Inc. — установено в САЩ дружество, което предлага на пазара решения в областта на генетичния и геномния анализ чрез секвенция и чрез чипове — сключва споразумение и приема план за сливане с цел придобиване на изключителния контрол върху Grail LLC (по-рано Grail, Inc.), което разработва кръвни тестове за ранна диагностика на ракови заболявания, от чийто капитал вече притежава 14,5 % (наричана по-нататък „разглежданата концентрация“). На 21 септември 2020 г. Illumina и Grail (наричани по-нататък „жалбоподателите“) публикуват прессъобщение, в което се обявява тази концентрация.

11. Тъй като оборотът на жалбоподателите не превишава релевантните прагове, по-специално като се има предвид, че Grail не реализира приходи в нито една държава — членка на Европейския съюз, или другаде по света, разглежданата концентрация няма европейско измерение по смисъла на член 1 от Регламента за сливанията и поради това не е нотифицирана на Комисията. Разглежданата концентрация не е нотифицирана и в

[5] Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета от 21 декември 1989 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ L 395, 1989 г., стр. 1). Член 22, параграфи 3—6 от него гласи следното:
„3. Когато по искане на държава членка [Европейската комисия] установи, че концентрация […], която няма общностно измерение по смисъла на член 1, създава или укрепва господстващо положение, в резултат от което ефективната конкуренция на територията на съответната държава членка е съществено възпрепятствана, тя може, доколкото тази концентрация засяга търговията между държави членки, да приеме решенията, предвидени в член 8, параграф 2, втора алинея и параграфи 3 и 4.
4. Прилагат се член 2, параграф 1, букви а) и б), членове 5, 6, 8 и 10—20. […] Искането се отправя в срок от един месец от датата, на която концентрацията е станала известна на държавата членка, или датата, на която е била осъществена. […]
5. В съответствие с параграф 3 Комисията предприема само мерките, стриктно необходими за защита или възстановяване на ефективната конкуренция на територията на държавата членка, по искане на която се е намесила.
6. Параграфи 3—5 се прилагат до промяна на праговете, определени в член 1, параграф 2“ [неофициален превод].

[6] Регламент на Съвета от 30 юни 1997 година за изменение на Регламент (ЕИО) № 4064/89 относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ L 180, 1997 г., стр. 1) (наричан по-нататък „Регламентът от 1997 г.“). Той изменя член 22 от Регламент № 4064/89, като, наред с останалото: i) въвежда в параграф 3 съединено искане на две или повече държави членки; ii) въвежда в параграф 4 изреченията „[ч]лен 7 се прилага, доколкото концентрацията не е била осъществена до датата, на която Комисията информира страните за отправеното искане“ и „[и]скането се отправя не по-късно от един месец от датата, на която концентрацията е станала известна на държавата членка или на всички държави членки, присъединили се към искане, или датата, на която е била осъществена“; и iii) заличава параграф 6.

[7] EU:T:2022:447.

държавите — членки на Съюза, или в държавите — страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство[8], тъй като не попада в приложното поле на тяхната национална правна уредба за контрол върху концентрациите.

12. След като през декември 2020 г. получава жалба във връзка с разглежданата концентрация, Комисията осъществява контакти с подалото тази жалба лице, с националните органи по конкуренция (наричани по-нататък „НОК“) на няколко държави членки и с Competition and Markets Authority (орган по конкуренция и пазари, наричан по-нататък „CMA“) на Обединеното кралство.

13. На 19 февруари 2021 г. Комисията уведомява държавите членки за разглежданата концентрация, като им изпраща писмо съгласно член 22, параграф 5 от Регламента за сливанията (наричано по-нататък „поканата“). В него Комисията обяснява причините, поради които prima facie счита, че концентрацията, изглежда, отговаря на условията по член 22, параграф 1 от този регламент, и приканва държавите членки да подадат до нея искане за препращане.

14. В телефонен разговор, проведен на 4 март 2021 г., Комисията уведомява законния представител на всеки от жалбоподателите за поканата и за възможността да се отправи искане за препращане съгласно член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията.

15. На 9 март 2021 г. Autorité de la concurrence française (френският орган по конкуренция, наричан по-нататък „ACF“) иска от Комисията на основание член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията да разгледа разглежданата концентрация (наричано по-нататък „искането за препращане“). На 10 март 2021 г. в съответствие с член 22, параграф 2 от Регламента за сливанията Комисията информира НОК и Надзорния орган на ЕАСТ (наричан по-нататък „ЕНО“) за искането за препращане. На 11 март 2021 г. Комисията информира за това искане и жалбоподателите, като им напомня, че разглежданата концентрация не може да бъде извършена, ако и доколкото е приложимо задължението за прекратяване, предвидено в член 7 във връзка с член 22, параграф 4, първа алинея, второ изречение от този регламент (наричано по-нататък „информационното писмо“).

16. На 16 и 29 март 2021 г. жалбоподателите представят на Комисията становища, с които се противопоставят на искането за препращане. На 2, 7 и 12 април 2021 г. Illumina отговаря на отправените му от Комисията на 26 март и 8 април 2021 г. искания за информация.

17. С писма от 24, 26 и 31 март 2021 г. белгийският, гръцкият, исландският, нидерландският и норвежкият орган по конкуренция молят да се присъединят към искането за препращане в съответствие с член 22, параграф 2 от Регламента за сливанията (наричани по-нататък „исканията за присъединяване“).

18. На 31 март 2021 г. Комисията публикува Насоки относно прилагането на механизма за препращане, предвиден в член 22 от [Регламента за сливанията] за определени категории случаи[9].

[8] ОВ L 1, 1994 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 53, стр. 4; наричано по-нататък „Споразумението за ЕИП“.

[9] ОВ C 113, 2021 г., стр. 1.

19. С решения от 19 април 2021 г. Комисията уважава искането за препращане и исканията за присъединяване. В тези решения Комисията приема, че: i) искането за препращане е представено в срока от 15 работни дни, предвиден в член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията; ii) исканията за присъединяване са съобразени със срока, предвиден в член 22, параграф 2 от Регламента за сливанията; iii) разглежданата концентрация отговаря на критериите за препращане съгласно член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията; и iv) отхвърля като необосновани доводите на жалбоподателите относно твърдяно нарушение на правото им на защита и други общи принципи на правото на Съюза.

IV. Производството пред Общия съд, обжалваното съдебно решение и процедурата пред Съда

20. С жалба, подадена на 28 април 2021 г., Illumina сезира Общия съд на основание член 263 ДФЕС с искане за отмяна на информационното писмо, на решението, с което се уважава искането за препращане на ACF, и на решенията, с които се уважават исканията за присъединяване (наричани по-нататък „оспорените решения“).

21. С определения и решения на председателя на трети разширен състав на Общия съд i) е допуснато встъпването на Grail в подкрепа на исканията на Illumina, ii) е допуснато встъпването на Република Гърция, Френската република, Кралство Нидерландия и ЕНО в подкрепа на исканията на Комисията и iii) е отхвърлена молбата на Computer & Communications Industry Association да встъпи в подкрепа на исканията на Illumina.

22. Illumina, подпомагано от Grail, иска от Общия съд да отмени оспорените решения и информационното писмо и да осъди Комисията да заплати съдебните разноски. От своя страна Комисията, подпомагана от Република Гърция, Френската република, Кралство Нидерландия и ЕНО, иска от Общия съд да отхвърли жалбата като недопустима или, при условията на евентуалност, като частично недопустима и частично неоснователна и да осъди Illumina да заплати съдебните разноски.

23. На 13 юли 2022 г. с обжалваното съдебно решение Общият съд отхвърля жалбата и осъжда Illumina да понесе, освен направените от него съдебни разноски, и разноските, направени от Комисията, а Република Гърция, Френската република, Кралство Нидерландия, ЕНО и Grail да понесат направените от тях съдебни разноски.

24. В жалбите си до Съда, подадени съответно на 22 и 30 септември 2022 г., Illumina (дело C-611/22 P) и Grail (дело C-625/22 P) искат от него да отмени обжалваното съдебно решение, да отмени оспорените решения и да осъди Комисията да заплати съдебните разноски по производството. Grail също иска от Съда да отмени искането на ACF и информационното писмо на Комисията.

25. На 21 декември 2022 г., след изслушване на съдията докладчик, генералния адвокат и страните, председателят на Съда решава да съедини двете дела за целите на устната фаза на производството и на съдебното решение, в съответствие с член 54, параграф 2 от Процедурния правилник на Съда (наричан по-нататък „ПП“). На 10 януари 2023 г., след изслушване на съдията докладчик и генералния адвокат, председателят на Съда решава също така да отхвърли искането на Комисията дело C-625/22 P да бъде разгледано по реда на бързото производство, предвидено в членове 133—136 от ПП, и с предимство съгласно член 53, параграф 3 от ПП.

26. С две определения на председателя на Съда от 10 март 2023 г. Biocom California е допуснато да встъпи в подкрепа на исканията на Illumina по дело C-611/22 P, а молбите на Association française des juristes d'entreprise (AFJE) и European Company Lawyers Association (ECLA) да встъпят в подкрепа на исканията на Grail по дело C-625/22 P, са отхвърлени.

27. В отговорите си Комисията, Френската република, Кралство Нидерландия и ЕНО искат от Съда да отхвърли жалбите и да осъди жалбоподателите да заплатят съдебните разноски. От своя страна Grail представя отговор по дело C-611/22 P, а Illumina — по дело C-625/22 P, като всяко от тях иска от Съда да отмени обжалваното съдебно решение, да отмени оспорените решения и да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

28. Жалбоподателите представят реплика, а ответниците — дуплика. В съдебното заседание пред Съда, проведено на 12 декември 2023 г., жалбоподателите, ответниците и встъпилите страни представят своите становища.

V. Съображения

29. В подкрепа на жалбата си всеки от жалбоподателите изтъква три основания, които до голяма степен се припокриват. Затова ще разгледам тези основания заедно.

30. Съответно, първо, ще направя анализ дали Общият съд е допуснал грешка при тълкуването на значението и обхвата на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията (раздел А). Второ, ще разгледам твърденията на жалбоподателите за късно подаване на искането за препращане и за нарушение на задължението на Комисията да спазва разумен срок (раздел Б). На трето и последно място, ще разгледам твърдените нарушения на принципите на правна сигурност и за защита на оправданите правни очаквания (раздел В).

A. По първото основание: значението и обхватът на член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията

31. Първото основание на Illumina и Grail е насочено срещу точки 85—185 от обжалваното съдебно решение. В тези пасажи Общият съд отхвърля първото основание на Illumina в първоинстанционното производство — за липса на компетентност на Комисията да разгледа въпросната концентрация. По-конкретно, след като е разгледал доводите на страните, Общият съд е стигнал до следния извод:

„183. […] като се имат предвид граматическото, историческото, контекстуалното и телеологическото тълкуване на член 22 от [Регламента за сливанията], следва да се заключи, че държавите членки могат да отправят искане за препращане на основание тази разпоредба при посочените в нея условия, независимо от обхвата на тяхната национална правна уредба за контрол върху концентрациите.

184. Поради това с обжалваните решения Комисията правилно е приела искането за препращане и исканията за присъединяване на основание член 22 от [Регламента за сливанията]. […]“.

1. Доводи на страните

32. Illumina твърди, че като е одобрил прилагането от Комисията на член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията, Общият съд е допуснал грешка при тълкуването на тази разпоредба. По-конкретно, Illumina поддържа, че Общият съд: i) не е приложил някои основни принципи на правото на Съюза (като правна сигурност, пропорционалност и субсидиарност); ii) не е определил и разгледал правилно предмета на Регламента за сливанията; iii) не е тълкувал стриктно разпоредба, която представлява дерогация от общо правило; и iv) не е отчел значението на контекста и предмета на разглежданата разпоредба. Аналогично, Grail счита, че граматическото, историческото, контекстуалното и телеологическото тълкуване на член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията не подкрепя направения от Общия съд прочит на тази разпоредба.

33. По същество Biocom подкрепя доводите на жалбоподателите, като подчертава правната несигурност и непропорционалната тежест, които произтичат от обжалваното съдебно решение за сливащите се страни.

34. Комисията изтъква, че първото основание на жалбоподателите за обжалване е неотносимо и недопустимо, доколкото те се позовават на някои подготвителни документи, а при условията на евентуалност, то трябва да бъде отхвърлено по същество. Комисията счита, че Общият съд е изтълкувал правилно член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията. По-конкретно, тя поддържа, че жалбоподателите i) не преценяват правилно ясния текст на тази разпоредба и ii) погрешно смятат, че в резултат на направеното от Общия съд тълкуване системата на Регламента за сливанията няма да предостави достатъчна правна сигурност на сливащите се страни.

35. Френското и нидерландското правителство и ЕНО споделят становището на Комисията. По-специално, според френското правителство Общият съд правилно е приложил принципите на правна сигурност, пропорционалност и субсидиарност. Нидерландското правителство поддържа, че то е имало право по член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията да поиска от Комисията да оцени концентрация като разглежданата, или да се присъедини към искане, направено от друг НОК. От своя страна ЕНО смята, че жалбоподателите погрешно се позовават на системата на „едно гише“, установена в Регламента за сливанията: този механизъм се отнасял само до концентрациите с общностно измерение и не се прилагал за концентрации, които нямат такова измерение.

2. Анализ

36. По-долу първо ще анализирам някои повдигнати от Комисията предварителни възражения от процесуален характер, след което ще премина към същността на първото основание за обжалване.

а) Предварителни бележки

37. Най-напред следва да се разгледат доводите на Комисията, според които i) първото основание на жалбоподателите е неотносимо и ii) Grail се позовава на някои документи, които са недопустими.

38. Според мен тези доводи са неубедителни.

39. Първо, дадено основание за обжалване е неотносимо, когато — дори да се приеме, че е основателно — не може да доведе до отмяна на обжалваното съдебно решение [10]. Съвсем ясно е, че случаят с разглежданите тук основания за обжалване не е такъв. Безспорно е, че ако Общият съд, както твърдят жалбоподателите, е тълкувал неправилно характера и обхвата на член 22 от Регламента за сливанията, вследствие на което Комисията не е можела да разгледа въпросната концентрация, обжалваното съдебно решение би било опорочено от грешка при прилагане на правото, която би довела до отмяната му и до отмяната на оспорените решения.

40. Твърдението на Комисията, че жалбоподателите не са оспорили направените от Общия съд в някои пасажи от обжалваното съдебно решение констатации (т. 90—94 от него по отношение на Illumina и т. 183 и 184 по отношение на Grail), се опровергава от текста на жалбите. Всъщност критиката на Комисията, изглежда, се отнася до силата на доводите, изтъкнати от жалбоподателите, за да оспорят констатациите на Общия съд в тези пасажи. Този въпрос обаче се отнася до това дали основанието е обосновано, а не до твърдяната му неотносимост.

41. Второ, твърдението на Комисията за недопустимост на някои документи, на които се позовава Grail във връзка с историческото тълкуване на член 22 от Регламента за сливанията (наричани по-нататък „спорните документи“), също е неоснователно. Комисията по същество изтъква, че тези документи е трябвало да бъдат представени първо пред Общия съд, за да могат след това да бъдат допуснати при обжалването пред Съда. За тази цел Комисията се позовава на определение на председателя на Съда от 10 октомври 2023 г., Deutsche Lufthansa/Ryanair и др. [11]

42. Общо изискване обаче документите да бъдат представени първо пред Общия съд, за да бъдат след това допустими при обжалване пред Съда, нито е предвидено в ПП, нито произтича от практиката на съдилищата на Съюза. Не би могло и да бъде другояче: такова правило би било напълно неразумно и с обратен ефект. В това отношение едва ли е нужно да подчертавам, че жалбата за отмяна и производството по обжалване имат различен предмет (в първия случай — решение, а във втория — съдебно решение) и поради това правните въпроси, по които двете юрисдикции трябва да се произнесат, може да не съвпадат напълно.

43. В по-общ план, такова правило би било в противоречие с принципите относно представянето на доказателства пред съдилищата на Съюза. Съгласно постоянната практика на Съда „принципът на равни процесуални възможности, който произтича от самото понятие за справедлив процес, гарантиран по-специално в член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз [наричана по-нататък „Хартата“], предполага задължение за осигуряване на разумна възможност за всяка от страните да представи своята позиция, *включително да посочи доказателствата си*, при условия, които не я поставят в явно неблагоприятно положение спрямо противната страна“ [12]. Що се отнася до представянето на доказателства, основното правило е, че *всяко* доказателство може да бъде приведено пред съдилищата на Съюза. Въпреки това съдилищата на Съюза могат да вземат

[10] Вж. например решение от 22 юни 2023 г., DI/ЕЦБ (C-513/21 P, EU:C:2023:500, т. 47 и цитираната съдебна практика).

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

[12] Вж., наред с други, решение от 12 юли 2022 г., Nord Stream 2/Парламент и Съвет (C-348/20 P, EU:C:2022:548, т. 128 и цитираната съдебна практика). Курсивът е мой.

предвид наличието на всякакви (вътрешносъдебни или извънсъдебни) интереси, които по изключение могат да обосноват отказа да се допусне доказателството, и да претеглят тези интереси спрямо интересите, които подкрепят допускането му[13]. Такъв може да е случаят, когато например даден документ е получен по незаконен начин или съдържа поверителна информация, която не следва да се оповестява публично, за да се защитят някои обществени или частни интереси.

44. В конкретния случай спорните документи са законно получени от Grail въз основа на подадени в съответствие с Регламент (ЕО) № 1049/2001[14] заявления за достъп до документи и са представени, за да се критикуват някои конкретни пасажи от обжалваното съдебно решение. Като се има предвид, че тези пасажи се отнасят до един от ключовите за настоящото дело въпроси (дали прочитът от Общия съд на член 22 от Регламента за сливанията се подкрепя от историческото му тълкуване), не виждам убедителна причина, поради която да не се позволи на жалбоподателите да се позоват на спорните документи. Всъщност, ако тези документи бъдат обявени за недопустими, жалбоподателите ще бъдат de facto лишени от възможността да оспорят констатациите на Общия съд, направени в точки 69—117 от обжалваното съдебно решение. Това би било в противоречие с правото на ефективни правни средства за защита и на справедлив съдебен процес, закрепено в член 47 от Хартата.

45. По същия начин твърдението на Комисията, че Съдът няма право да разглежда документи, които дадена страна законно е представила, е очевидно несъстоятелно. В това отношение Съдът е постановил, че „приложимият в правото на Съюза принцип е принципът на свободата при преценката на доказателствата“[15], както и че „единственият критерий за преценката на стойността на представените доказателства е тяхната убедителност“[16].

46. Определението на председателя, на което се позовава Комисията, е без значение в настоящия контекст. Това дело се отнася до искането на дружество до Съда за поверително третиране по отношение на останалите страни по делото на някои сведения, включени в основния текст на жалбата му и в приложение към нея. Важно е да се отбележи, че информацията, за която е поискано поверително третиране, е била представена в първоинстанционното производство, но след това е била изключена от преписката, тъй като Общият съд я е счел за ирелевантна. Вследствие на това тази информация не се е ползвала от поверително третиране пред първата инстанция, тъй като Общият съд я е изключил от преписката, без да извърши претегляне на нейната поверителност и изискванията, свързани с правото на ефективна съдебна защита, както е предвидено в член 103, параграф 2 от Процедурния правилник на Общия съд. Въз основа на това председателят отхвърля искането на дружеството за поверително третиране, като подчертава, че тъй като разглежданата информация не е включена в преписката, послужила като основание за постановяване на решението на Общия съд, тя по принцип не може да бъде релевантна за проверката от Съда на законосъобразността на това

13 Вж. в този смисъл пак там, точки 130 и 131, както и с допълнителни препратки, заключението на генерален адвокат Bobek по дело Nord Stream 2/Парламент и Съвет (C-348/20 P, EU:C:2021:831, т. 120).

14 Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 30 май 2001 година относно публичния достъп до документи на Европейския парламент, на Съвета и на Комисията (ОВ L 145, 2001 г., стр. 43; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 3, стр. 76).

15 Решение от 12 юли 2022 г., Nord Stream 2/Парламент и Съвет (C-348/20 P, EU:C:2022:548, т. 129 и цитираната съдебна практика).

16 Вж. например определение от 12 юни 2019 г., OY/Комисия (C-816/18 P, EU:C:2019:486, т. 6 от заключението на генералния адвокат, цитирано в точка 4 от определението, и цитираната съдебна практика).

решение на етапа на обжалване. Затова не е имало причина да се предостави поверително третиране при обжалването на информация, която жалбоподателят доброволно е разкрил в представените от него документи.

47. Това определение представлява пряко прилагане на основните принципи, според които жалба пред Съда се подава само по правни въпроси и предметът на това производство е ограничен до предмета на първоинстанционното производство и не може да бъде променян при обжалването [17]. За разлика от това дело обаче, настоящото дело се отнася до i) правен въпрос (тълкуване на член 22 от Регламента за сливанията), а не установяване на спорни факти, и ii) въпрос, който е бил повдигнат и разискван в първоинстанционното производство и по който Общият съд се е произнесъл.

48. От това определение със сигурност не следва, че за да оспори решаващ пасаж от обжалвано съдебно решение, жалбоподателят трябва да е представил относимите доказателства още в първоинстанционното производство. Това определение не би могло да се чете и в смисъл, че правилното тълкуване на закона е въпрос, който жалбоподателят трябва да докаже в необходимата степен, да не говорим за задължение да направи това пред първата инстанция. Това би било в очевидно противоречие с добре установения принцип iura novit curia [18] и с много решения на Съда [19].

49. При това положение Комисията е права, че по принцип основните правни доводи на жалбоподателите трябва да са изложени в самата жалба, а приложените към нея документи имат само спомагателна роля. Така, макар Съдът да не е обвързан от предложеното от страните тълкуване на закона и за тази цел да е свободен да черпи вдъхновение от всеки документ, който законно е представен пред него, не може да се очаква от него да търси и идентифицира в приложенията към жалбите оплакванията и доводите, на които тези жалби могат да се основават [20]. Затова няма да взема предвид всички доводи, които не са изрично посочени в жалбите и които не могат да бъдат правилно разбрани без разглеждане на приложенията.

б) По същество

50. Сега ще премина към същината на първото основание на жалбоподателите. В основни линии това основание повдига въпроса дали Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото при тълкуването на член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията. Както споменах по-горе, този съд стига до извода, че „граматическото, историческото, контекстуалното и телеологическото“ тълкуване на тази разпоредба подкрепят тезата, че държавите членки могат да отправят искане до Комисията да разгледа концентрация, която няма общностно измерение, дори когато нямат компетентност да разгледат такава концентрация по националното право. Всъщност Общият съд постановява, че член 22 от Регламента за сливанията преследва различни цели, една от които е „да позволи, като *„коригиращ механизъм“*, ефективен контрол на всички концентрации, които могат в значителна степен да възпрепятстват ефективната конкуренция във вътрешния пазар и

17 Вж. всъщност точки 9 и 10 от горепосоченото определение.

18 Вж. отново заключението на генерален адвокат Bobek по дело Nord Stream 2/Парламент и Съвет (C-348/20 P, EU:C:2021:831, т. 177 и цитираната съдебна практика).

19 Вж. например решения от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 86), и от 25 март 2021 г., Xellia Pharmaceuticals и Alpharma/Комисия (C-611/16 P, EU:C:2021:245, т. 153).

20 Вж. по аналогия решение от 30 септември 2021 г., Сметна палата/Pinxten (C-130/19, EU:C:2021:782, т. 310 и 311 и цитираната съдебна практика).

които, тъй като не превишават праговете за оборот, остават извън приложното поле на правната уредба в областта на контрола върху концентрациите на Съюза и на държавите членки“ [21].

51. В следващите страници ще обясня защо смятам, че Общият съд е допуснал грешка при тълкуването на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. Въпреки че изтъкнатите от Комисията доводи, основани на текста на разпоредбата, които Общият съд е възприел, имат известно основание, много други тълкувателни елементи — отнасящи се до историята, контекста и целта на разпоредбата, както и до по-широко системно значение — ясно показват, че значението и обхватът на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията не са такива, каквито са възприети в обжалваното съдебно решение.

1) Граматическо тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията

52. Анализът трябва да започне с текста на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията, който е полезно да се припомни: „[е]дна или повече държави членки могат да изискат Комисията да разгледа всяка концентрация […], която няма общностно измерение […], но засяга търговията между държави членки и заплашва да застраши сериозно конкуренцията на територията на държавата членка или държавите членки, които са отправили искането“.

53. Както констатира Общият съд, тази разпоредба: i) определя някои условия, които трябва да бъдат изпълнени, за да се прилага, сред които не е изискването концентрацията да попада в приложното поле на националната правна уредба относно контрола върху концентрациите [22]; ii) използва широкия израз „*всяка* концентрация“ [23]; и iii) не провежда разграничение между държавите членки, които са създали, и тези, които не са създали национална система за контрол върху концентрациите [24]. С оглед на това Общият съд стига до извода, че граматическото тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията по принцип подкрепя предложеното от Комисията тълкуване. Доколкото обаче текстът на разпоредбата не позволява да се направи окончателен извод по този въпрос, Общият съд е счел за уместно да допълни анализа, като използва други тълкувателни методи [25].

54. Съгласен съм и по двата пункта.

55. При прочит prima facie на текста на разпоредбата даденото от Общия съд широко тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията е защитимо. Наистина може да се приеме, че изброените по-горе елементи означават, че всички държави членки могат да препратят към Комисията всяка концентрация, независимо дали имат национална система за контрол върху концентрациите, и ако имат, дали концентрацията попада в обхвата на тази система.

[21] Точка 177 от обжалваното съдебно решение. Курсивът е мой.

[22] Точки 89, 90 и 92 от обжалваното съдебно решение.

[23] Точка 91 от обжалваното съдебно решение (курсивът е мой). Така е по отношение на по-голямата част от текстовете на различните езици на Регламента и всъщност малка част от тях (като нидерландския и шведския) не използват израза „*всяка* концентрация“, а други понятия, които биха могли да се преведат с израза „*една* концентрация“.

[24] Точка 93 от обжалваното съдебно решение.

[25] Точки 94 и 95 от обжалваното съдебно решение.

56. Същевременно е вярно и това, че — както е установил Общият съд — сбитият и общ текст на тази разпоредба не дава ясен отговор на спорния тук тълкувателен въпрос.

57. Комисията не е съгласна в това отношение. Тя подчертава по-конкретно широкия обхват на разпоредбата, която според нея ясно *предполага* (или не изключва изрично), че държавите членки, които имат национална система за контрол върху концентрациите, могат да препращат и дела, които не попадат в приложното поле на техните системи. Все пак, за целите на граматическото тълкуване на дадена разпоредба, предполагането (или неизключването) на нещо не може да се приравнява на изричното му посочване. Въпросът дали *малката предпоставка* в логиката на Комисията (че обхватът на разпоредбата включва и препращания като разглежданите) е логичното продължение на *голямата предпоставка* на Комисията (че текстът на разпоредбата е широк), не може да бъде решен — както Комисията иска от Съда да направи — чрез разглеждане на само една алинея от Регламента за сливанията в „клинична изолация“ от останалата част на разпоредбата и по-общо — от останалата част на Регламента.

58. По принцип буди недоумение твърдението на Комисията, че когато текстът на дадена разпоредба изглежда достатъчно ясен, Съдът *не следва* да прилага други методи на тълкуване. Съдът очевидно е свободен да прибягва до всички методи на тълкуване, които счита за подходящи във всяка конкретна ситуация. Мисля, че си струва да се наблегне на този пункт, който има основополагащо значение: когато спорните въпроси се отнасят до *тълкуването на правото*, не се прилагат принципи като тези на диспозитивното начало, тежестта на доказване или степента на доказване. В този контекст решаващият принцип отново е iura novit curia.

59. Доводът на Комисията не отчита и постоянната практика на Съда. Както много ясно посочва Съдът в решение Cilfit и др., „*всяка разпоредба* на правото [на Съюза] трябва да бъде поставена в нейния контекст и да се тълкува в светлината на разпоредбите на това право като цяло“ [26]. Действително, съгласно постоянната съдебна практика, при тълкуването на разпоредба от правото на Съюза трябва да се взема предвид *не само* нейният текст, *но и* контекстът ѝ и целите на правната уредба, от която тя е част [27]. Следователно Съдът никога не се е колебал да извърши контекстуално и/или телеологическо тълкуване на дадена разпоредба — дори когато се твърди, че текстът ѝ е ясен — за да потвърди граматическото тълкуване [28] или, когато е уместно, да се отклони от него [29].

60. В крайна сметка няма нищо необичайно в значението, което Съдът последователно придава, по-конкретно, на контекстуалното и телеологическото тълкуване. Всъщност дори Виенската конвенция за правото на договорите, която прави известното разграничение между „общото правило на тълкуването“ и „допълнителните средства за тълкуване“ [30], включва всички тези елементи в първата група и установява неразривна връзка между тях.

[26] Решение от 6 октомври 1982 г., Cilfit и др. (283/81, EU:C:1982:335, т. 20). Курсивът е мой.

[27] Вж., наред с много други, решение от 6 октомври 2020 г., Jobcenter Krefeld (C-181/19, EU:C:2020:794, т. 61 и цитираната съдебна практика). Курсивът е мой.

[28] Пак там, точки 62—66.

[29] Вж. например решения от 19 ноември 2009 г., Sturgeon и др. (C-402/07 и C-432/07, EU:C:2009:716, т. 40—69), и от 27 октомври 2016 г., Комисия/Германия (C-220/15, EU:C:2016:815, т. 38—47).

[30] (1969 г.), Recueil des traités des Nations unies, том 1155, стр. 331. Вж. съответно член 31 и член 32.

Член 31, точка 1 от нея гласи: „Договорът трябва да се тълкува добросъвестно, в съответствие с обикновеното значение, което следва да се дава на *термините* на договора в техния *контекст*, а също така в духа на *обекта и целите* на договора“ [31].

61. Затова и ударението, което Комисията поставя върху израза „всяка концентрация“, използван в член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията, е неправилно. За да се установи какво точно означава понятието „всяка“, трябва да се разгледа видът на концентрациите, за които се отнася член 22 от Регламента за сливанията. С риск да заявя очевидното, изразът „всяка концентрация“ не може да не се отнася до всяка концентрация, която попада не само в обхвата на член 22 от Регламента за сливанията, но и a fortiori, такава, която попада в приложното поле на Регламента за сливанията. Затова контекстуалният анализ на тази разпоредба е неизбежен.

62. По същия начин е абсурдно да се поддържа, че Съдът *следва* да спре с разглеждането на текста на дадена разпоредба, *когато* на вниманието му са представени някои конкретни елементи, които поставят под въпрос текста на тази разпоредба, за който се твърди, че е ясен [32]. Именно такъв е случаят в настоящото производство: както ще покажа по-нататък, много елементи сочат различен прочит на разглежданата разпоредба.

63. Считам също така за ирелевантен довода на ЕНО, който подчертава липсата в член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията на термини, указващи, че механизмът за препращане се прилага само за концентрации, които могат да бъдат разгледани по националното право на държавите членки в областта на конкуренцията. В това отношение ЕНО изтъква разликата между текста на член 4, параграф 5 от Регламента за сливанията (който също се отнася до механизъм за препращане и съдържа тези термини) и текста на член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията. Този довод обаче не отчита факта, че за разлика от първата разпоредба, втората разпоредба първоначално е била въведена, за да обхване концентрациите, които биха могли да бъдат проблематични на национално равнище, когато въпросната(ите) държава(и) членка(и) няма(т) национална система за контрол върху концентрациите. Следователно член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията не би могъл да съдържа израз като този в член 4, параграф 5 от Регламента за сливанията, тъй като тогава той би изключил именно държавите членки, за които е била установена тази разпоредба. Всъщност в точка 126 от обжалваното съдебно решение Общият съд отказва да съпостави двете разпоредби.

64. Във всички случаи, принципните възражения на Комисията са не само неоснователни, но и безпредметни в настоящия случай, тъй като са налице поне два елемента от текста, които са достатъчни, за да породят някои съмнения във връзка с граматическото тълкуване, което според Комисията е толкова ясно, че всеки друг метод на тълкуване на член 22 от Регламента за сливанията следва да бъде категорично изключен.

65. Първо, такъв елемент е заглавието на разпоредбата. Член 22 от Регламента за сливанията е озаглавен „Препращане до Комисията“. В по-голямата част от текстовете на различни езици [33] понятието, съответстващо на „препращане“, има специфична конотация.

[31] Курсивът е мой.

[32] Както посочва генерален адвокат Wathelet, когато съответният текст е напълно ясен и недвусмислен, Съдът *може*, но *не е необходимо* да спре до граматическото тълкуване на разпоредбата (вж. в това отношение заключение по дело Франция/Парламент, C-73/17, EU:C:2018:386, т. 25 и цитираната съдебна практика).

[33] Вж., наред с други, понятията „postoupení“ (чешки), „Verweisung“ (немски), „παραπομπή“ (гръцки), „remisión“ (испански), „renvoi“ (френски), „áttétel“ (унгарски), „rinvio“ (италиански), „remessa“ (португалски) и „napotitev“ (словенски).

Всъщност то предполага, че разпоредбата се отнася по принцип за случаи, които действително или потенциално са предмет на разглеждане от националните органи и след това се *препращат* (т.е. отнасят, прехвърлят, предават, изпращат и т.н.) към Комисията. Това тълкуване би било в съответствие с правната максима nemo dat quod non habet (никой не може да прехвърли другиму това, което сам не притежава).

66. Второ, едно от условията по член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията, което трябва да е изпълнено, за да може Комисията да разгледа концентрации, които са под определените в член 1 от този регламент прагове, е въпросната концентрация да „заплашва да застраши сериозно конкуренцията *на територията на държавата членка или държавите членки*, които са отправили искането“ [34]. Този текст е напълно разумен, ако се смята, че разглежданата разпоредба има за цел, от въвеждането си в първоначалния Регламент № 4064/89, да позволи разглеждане на концентрации, които биха могли да нарушат конкуренцията в държава членка, която няма национална система за контрол върху концентрациите. Нещо повече, този текст съответства на целта на разпоредба, която след измененията си през 1997 г. и 2004 г. също е имала за цел, както ще покажа по-нататък, да укрепи характера на системата на Съюза за контрол върху концентрациите, основан на принципа на „едно гише“, като се избягва, доколкото е възможно, подаването на многократни национални нотификации.

67. Напротив, текстът на разпоредбата не е толкова очевиден, ако тя се тълкува, както посочва Общият съд, в смисъл, че представлява „[*коригиращ*] *механизъм*“ […] да позволи контрол върху концентрациите, които могат в значителна степен да възпрепятстват ефективната конкуренция *във вътрешния пазар*“ [35]. Ако това е така, защо законодателят на Съюза се е позовал само на ограниченията на конкуренцията, възникващи на равнище държава членка? Не трябва ли тази разпоредба да се отнася по-общо до — или в допълнение към — ограниченията на конкуренцията във *вътрешния пазар*? В по-същностен план, защо Комисията да се нуждае от препращане от орган на държава членка, ако проблемът с конкуренцията е на равнището на Съюза?

68. Изглежда, горепосочените текстуални елементи могат да породят някои съмнения относно предложеното от Комисията тълкуване на разпоредбата, за което се твърди, че е ясно.

69. Затова, както обикновено се случва с правните разпоредби, които са в известна степен неясни или поне не са самостоятелни (какъвто според мен е и случаят с разглежданата тук разпоредба — една-единствена алинея от член в регламент), старата английска пословица „Гърло с думи се не пълни“ изглежда съвсем уместна. Следователно, за да се определят точното значение и обхватът на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията, наистина е необходимо, както правилно е приел Общият съд, да се използват и другите тълкувателни методи, прилагани от Съда.

[34] Курсивът е мой.

[35] Точка 142 от обжалваното съдебно решение (курсивът е мой). Вж. също точки 141, 165, 177 и 182 от обжалваното съдебно решение.

2) Историческо тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията

70. В точки 96—117 от обжалваното съдебно решение, след като разглежда няколко документа, свързани с историята на Регламента за сливанията, Общият съд стига до извода, че „историческото тълкуване потвърждава тезата, че член 22, параграф 1, първа алинея от [Регламента за сливанията] позволява на държава членка независимо от обхвата на нейната национална правна уредба за контрол върху концентрациите да препраща на Комисията концентрации, които не достигат праговете за оборот по член 1 от този регламент, но при които е налице опасност да породят значителни трансгранични последици“.

71. Не съм съгласен с този анализ. По-конкретно, имам четири основни резерви в това отношение: i) на документите, посочени в обжалваното съдебно решение, са присъщи някои ограничения при изясняването на намерението на законодателя на Съюза; ii) цитираните пасажи от тези документи не подкрепят изводите на Общия съд; iii) разгледани в своята цялост, тези документи действително противоречат на направените изводи; и iv) Общият съд не е взел предвид много други документи, включително релевантните travaux préparatoires, които подкрепят предложеното от жалбоподателите тълкуване.

i) Границите на историческия анализ на Общия съд (I)

72. Първо, както правилно отбелязва Grail, съществуват две важни ограничения, *присъщи* на вида документи, които са посочени в обжалваното съдебно решение в подкрепа на направения въз основа на тях извод. Всички тези документи (Зелената книга от 1996 г.[36], Зелената книга от 2001 г.[37], Предложението на Комисията от 2003 г.[38] и работният документ на службите на Комисията от 2009 г.)[39] са *изготвени* от Комисията и *са последващи* приемането на Регламент № 4064/89. Според мен подходът на Общия съд в настоящия случай е особено озадачаващ.

73. В съдебното заседание Комисията беше запитана дали твърденият широк обхват на (настоящия) член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията: i) е съществувал още в първоначалния текст на Регламент № 4064/89, приет през 1989 г., ii) е добавен при изменението на тази разпоредба през 1997 г.; или iii) е въведен при приемането на новия Регламент за сливанията през 2004 г. Комисията без колебание отговори, че този широк обхват е съществувал от самото начало, т.е. в член 22, параграф 4 от Регламент № 4064/89, приет през 1989 г. Същото становище застъпи и ЕНО[40].

[36] Зелена книга на Комисията от 31 януари 1996 г. относно преразглеждането на Регламента за концентрациите (COM(96) 19 окончателен), посочена в точки 97 и 98 от обжалваното съдебно решение.

[37] Зелена книга на Комисията от 11 декември 2001 г. за преразглеждането на Регламент № 4064/89 на Съвета (COM(2001) 745 окончателен), посочена в точки 97, 99, 101 и 103 от обжалваното съдебно решение.

[38] Предложение на Комисията за Регламент на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия (Регламент ЕО за сливанията) (ОВ C 20, 2003 г., стр. 4), посочено в точки 97 и 106—113 от обжалваното съдебно решение.

[39] Работен документ на службите на Комисията към Съобщението на Комисията до Съвета — Доклад за функционирането на Регламент № 139/2004 от 30 юни 2009 г., SEC(2009) 808 окончателен/2), посочен в точки 97 и 115 от обжалваното съдебно решение.

[40] За съжаление, Общият съд не е заел изрична позиция по този въпрос, нито пък такава може да се изведе чрез дедукция от мотивите на обжалваното съдебно решение. Всъщност Общият съд се основава безразборно на елементи, съдържащи се в първоначалния Регламент № 4064/89, и на елементи, добавени впоследствие с Регламента от 1997 г. или с Регламента за сливанията.

74. Ако това е така, струва ми се, че за да се направи историческа оценка на значението и обхвата на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията, документите, последващи приемането на Регламент № 4064/89 през 1989 г., имат по-малко значение в сравнение с тези, които предхождат приемането на този регламент. Мисля, че не е необходимо да обяснявам защо за доказването на намерението на законодателя *подготвителните* документи (т.е. документите, използвани при изготвянето на дадена разпоредба) обикновено имат по-голямо значение от документите ex post facto.

75. Във връзка с това смятам, че обжалваното съдебно решение е противоречиво. В точка 115 от него Общият съд отказва по принцип да разгледа пет документа, изготвени от Комисията и посочени в становищата на жалбоподателите, за които се твърди, че показват, че доскоро самата Комисия не е тълкувала член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията така, както се предлага по настоящото дело.

76. Ако широкият обхват на тази разпоредба е съществувал още от приемането на Регламент № 4064/89 през 1989 г., защо Общият съд е взел предвид няколко документа, изготвени след 1989 г., но не и посочените от жалбоподателите документи? Ако, от друга страна, обхватът на разпоредбата е бил разширен с приемането на Регламента за сливанията през 2004 г., защо Общият съд не е цитирал нито един документ от законодателния процес, довел до приемането на този регламент, и по-специално документите, изхождащи от институцията, действала като единствен законодател — Съвета? Това ме води до следващия въпрос.

77. Всъщност е доста изненадващо, че за да потвърди предложеното от Комисията тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламент № 4064/89, Общият съд се основава само на документи, изготвени от самата Комисия, и не цитира нито един документ на Съвета.

78. Мога да се съглася, разбира се, че официален документ, съдържащ становището на Комисията относно значението и обхвата на дадена разпоредба от регламент или директива, има определена тежест, особено когато тази разпоредба е била включена в първоначалното предложение и не е била предмет на съществени дебати или изменения в хода на законодателния процес. Становището на Комисията обаче не може да се счита за решаващ фактор при тълкуването на разпоредбата от Съда. Това важи a fortiori, когато разпоредбата е била добавена от Съвета на сравнително късен етап от законодателния процес, след продължителни обсъждания, какъвто е случаят с (настоящия) член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията.

79. В този контекст смятам за проблематично, че нито един от документите, посочени в точки 96—117 от обжалваното съдебно решение, не е изготвен от Съвета и/или не предхожда приемането на Регламент № 4064/89 през 1989 г.

ii) Границите на историческия анализ на Общия съд (II)

80. Второ, историческите документи, на които се основава Общият съд, всъщност не потвърждават направения въз основа на тях извод по две причини: i) пасажите, които се посочват в обжалваното съдебно решение, са ирелевантни за решаването на спора и ii) други, по-относими пасажи от същите документи или не са били взети под внимание, или значението им е било погрешно омаловажено.

81. Общият съд започва историческия си анализ на разпоредбата с уточнението, че „този механизъм за препращане е въведен в отговор на желанието на Кралство Нидерландия, което по това време няма [система за контрол върху концентрациите], да накара Комисията да разгледа концентрации, които имат отрицателни последици на неговата територия, при условие че тези концентрации засягат и търговията между държавите членки, което е и причината посоченият механизъм да е наречен „нидерландска клауза“[41]. По-нататък той посочва няколко относими документа, от които следва, че: i) механизмът за препращане като цяло се счита за полезен инструмент, по-специално за държавите членки, които понастоящем нямат система за контрол върху концентрациите, но използването му в никакъв случай не е било запазено за тях[42]; ii) целта на този механизъм е да се позволи на държавите членки да поискат от Комисията да разгледа концентрация с трансгранични последици, когато не са достигнати праговете по член 1 от този регламент[43]; iii) с течение на времето целите на този механизъм са разширени, за да се даде възможност за подаване на съединени искания за препращане, с което да се избегнат многобройни национални нотификации, без да се поставя под съмнение първоначално установената му цел[44]; и iv) измененията на разпоредбата са показали, че Комисията отдава предпочитание на засилено използване на механизма за препращане[45].

82. Според мен всички тези констатации на Общия съд са фактически верни. Очевидна истина е, че член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията се прилага за концентрации с трансгранични последици, които не достигат определените в член 1 от този регламент прагове. Освен това дори не се оспорва, че механизмът за препращане, предвиден в член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията, може да се използва както от държавите членки, които *нямат* система за контрол върху концентрациите, така и от държавите членки, които *имат* система за контрол. Накрая, несъмнено е също така, че механизмът за препращане е бил изменян с течение на времето с оглед да се разширят неговите цели и да се осигури възможност за по-честото му използване.

83. Нищо в тези констатации обаче не осветлява пряко или косвено въпроса, който е в сърцевината на разглежданото основание за обжалване: дали член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията позволява на държавите членки, които *имат* национална система за контрол върху концентрациите, да препращат дела, които *не попадат* в обхвата на тази система.

84. Следователно убедителността на документите, посочени в обжалваното съдебно решение, е не само относителна, но и при по-внимателно разглеждане цитираните части от тези документи по никакъв начин не подкрепят крайния извод, направен въз основа на тях в точка 116 от това решение. Поради това констатациите на Общия съд са просто ирелевантни.

41 Точка 97 от обжалваното съдебно решение.

42 Точка 98 от обжалваното съдебно решение.

43 Точка 102 от обжалваното съдебно решение.

44 По-конкретно през 1997 г., когато разпоредбата е изменена. Вж. точка 103 от обжалваното съдебно решение.

45 Точка 109 от обжалваното съдебно решение.

iii) Границите на историческия анализ на Общия съд (III)

85. Трето, разглеждани в своята цялост, самите документи, посочени в обжалваното съдебно решение, изглежда, противоречат на констатациите на Общия съд и така потвърждават тълкуването, предложено от жалбоподателите. Следва да се подчертае значението на този въпрос. Както последователно е посочвал Съдът, документите, на които се основава Общият съд, трябва да се разглеждат в своята цялост, за да се прецени правилно доказателствената им сила. Екстраполирането на една или няколко конкретни части от документ и последващото извеждане от тях на изводи, които не съответстват на действителното съдържание на документа, разглеждан в своята цялост, са грешка при прилагане на правото [46].

86. Според мен тези принципи са релевантни в този контекст.

87. Най-напред, намирам за учудващо, че в точка 99 от обжалваното съдебно решение се омаловажава значението на частта от Зелената книга от 2001 г., в която се посочва, че — предвид факта, че към датата на приемането на тази Зелена книга само Великото херцогство Люксембург все още няма система за контрол върху концентрациите — „практически […] потенциалът за прилагане на член 22, параграф 3 в първоначалния му вид [бил] много ограничен“ [47]. Действително, както правилно е отбелязал Общият съд, този пасаж предполага, че прилагането на член 22, параграф 3 от Регламент № 4064/89 не е било изключено за държавите членки, освен за Люксембург [48]. Това обаче не е спорният въпрос. Всъщност този пасаж означава, че поради ограниченията за използване на механизма за препращане от държавите членки, които имат система за контрол върху концентрациите, практическото използване на механизма за препращане е намаляло с течение на времето. Междувременно повечето държави членки са въвели национална система за контрол върху концентрациите и поради това са имали по-ограничен интерес и по-малко възможности да препратят даден случай към Комисията.

88. Този прочит на разглеждания пасаж напълно отговаря на извадките от документите, цитирани в предходните точки от обжалваното съдебно решение, и подкрепя позицията на жалбоподателите: механизмът за препращане е създаден и се счита за полезен „по-специално“ за държавите членки без система за контрол върху концентрациите. Ако държавите членки със система за контрол върху концентрациите можеха да препращат *всяка* концентрация, независимо дали попада в обхвата на техните системи или не, използването и целесъобразността на механизма за тези държави членки нямаше да бъдат много засегнати от приемането на национален режим и механизмът със сигурност нямаше да бъде „ограничен“.

89. В допълнение, в обжалваното съдебно решение не са споменати други много ясни и важни пасажи от документите, посочени от Общия съд.

46 Вж., наред с други, решения от 18 юли 2007 г., Industrias Químicas del Vallés/Комисия (C-326/05 P, EU:C:2007:443, т. 60—68), и от 30 май 2017 г., Safa Nicu Sepahan/Съвет (C-45/15 P, EU:C:2017:402, т. 76).

47 Точка 99 от обжалваното съдебно решение.

48 Към момента на изготвянето на настоящото заключение това все още е вярно. Въпреки това разбирам, че положението може да се промени в близко бъдеще, тъй като през август 2023 г. люксембургското правителство е внесло законопроект за създаване на система за контрол върху концентрациите в страната.

90. Например, когато се обсъждат пределите на действащата тогава нормативна рамка и наличните възможности за нейното изменение, за да се обхванат повече концентрации с трансгранични последици, в Зелената книга от 1996 г. не се споменава предполагаема възможност за препращане към Комисията да разглежда концентрации, които не се обхващат от националните системи за контрол върху концентрациите по член 22 от Регламент № 4064/89. Тази разпоредба всъщност се споменава като отнасяща се просто до „*разпределението на делата* между Комисията и държавите членки“. Зелената книга от 1996 г. стига дотам, че посочва, че „под праговете, [определени в Регламент № 4064/89], концентрациите подлежат на национален контрол върху концентрациите, *ако такъв съществува*“ [49].

91. На следващо място, противоречието между Зелената книга от 2001 г. и даденото от Общия съд тълкуване на член 22, първа алинея от Регламента за сливанията е още по-ясно. Първо, в документа се посочва, че целите му („да затвърди прилагането на общностното право на конкуренцията по отношение на операциите с трансгранични последици, да гарантира принципа на едно гише и да разреши проблема с многобройните нотификации“) трябва да бъдат постигнати, като се гарантира, че операциите, водещи до *многократно нотифициране* на национално равнище, могат да бъдат разглеждани от Комисията [50]. Подразбира се, че операциите, водещи до *многократно нотифициране*, не са тези, които не достигат националните прагове. Всъщност този документ се отнася основно до препращане за случаи, които подлежат на задължително и/или доброволно нотифициране на национално равнище [51], но изобщо не споменава, че механизмът за препращане може да се използва и за концентрации, които не подлежат на нотифициране на национално равнище [52].

92. Второ, в Зелената книга от 2001 г. се посочва, че една от причините за недостатъчното използване на механизма за препращане, предвиден в член 22 от Регламент № 4064/89, са „техническите различия в националните процедури за контрол върху концентрациите, по-специално по отношение на *събитието, което задейства нотифицирането*, и правилата относно сроковете за нотифициране“ [53]. Очевидно подобно съображение нямаше да е релевантно, ако член 22 от Регламент № 4064/89 позволяваше на държавите членки да препращат концентрации към Комисията независимо дали е било задействано нотифициране на национално равнище [54]. Също така, ако възприетата от Общия съд позиция беше правилна, щяха да бъдат необясними изявленията в Зелената книга от 2001 г., според които възможността да се направят по-оперативни съединените искания за препращане по член 22, параграф 3 от Регламент № 4064/89, би била трудно осъществима, тъй като това би предполагало „достатъчна степен на хармонизация на националните законодателства“ [55].

[49] Точки 9 и 10 от Зелената книга от 1996 г. (курсивът е мой).

[50] Точка 86 от Зелената книга от 2001 г., посочена в точка 103 от обжалваното съдебно решение.

[51] Под „доброволно“ нотифициране се имат предвид нотификациите, подавани до органа по конкуренция на Обединеното кралство, тъй като Обединеното кралство (което по онова време е държава — членка на ЕС) прилага режим за контрол върху концентрациите, който, за разлика от режимите на Съюза и на другите държави членки, не се основава на задължителни, а на доброволни нотификации.

[52] Вж. по-специално стр. 4 („Резюме“) и точки 72—88 от Зелената книга от 2001 г.

[53] Точка 53 (курсивът е мой).

[54] Това е подчертано и в Зелената книга от 2001 г., която споменава, че липсва определение за „известяване на държава членка за концентрацията“, но „изглежда естествено датата на нотифициране на национално равнище да се използва като началната дата в държавите членки, в които съществува изискване за нотифициране“. Отново, Комисията несъмнено е загрижена за случаите, станали известни на националните органи, защото те са подчинени на техните национални системи за контрол върху концентрациите.

[55] Вж. по-специално точки 93, 95 и 99 от Зелената книга от 2001 г.

93. Що се отнася до Предложението на Комисията от 2003 г., точка 21 от него гласи: „Една от първоначалните функции на член 22 [от Регламента за сливанията] е била да се даде възможност на държавите членки, които нямат национално право в областта на контрола върху концентрациите, да препращат до Комисията операциите, които пораждат последици за търговията между държавите членки; понастоящем само Люксембург попада в тази категория. *Въпреки това не би трябвало да се премахва изцяло* възможността една-единствена държава членка да препраща дела на Комисията“[56]. Това означава, че едностранното използване на механизма за препращане от държавите членки, макар и възможно, е било считано за малко вероятно. Вероятно, ако член 22 от Регламента за сливанията позволяваше на държавите членки със система за контрол върху концентрациите да препращат и дела, които не могат да разгледат, използването на механизма за препращане не би могло да се счита за малко вероятно.

94. В допълнение, точки 22—25 от същия документ предвиждат и че основната празнота в системата се състояла в това, че разпоредбите относно препращането (членове 9 и 22 от Регламент № 4064/89) *са можели да бъдат прилагани едва* след като дадена концентрация бъде нотифицирана или на Комисията, или на НОК, в зависимост от случая. По-нататък, от точка 28 от същия документ става ясно, че възможността Комисията да покани държавите членки да отправят искане за препращане, е била ограничена до операциите, които вече са били нотифицирани.

95. Накрая, от точка 133 от работния документ на службите на Комисията от 2009 г. е видно, че: i) въпросът, чийто отговор далеч не е толкова ясен, колкото твърди Комисията, а именно дали следва да се позволи на държавите членки, които имат система за контрол върху концентрациите, да се възползват от член 22 от Регламента за сливанията по отношение на концентрациите, които не са обхванати от тези системи, е бил спорен, макар че текстът, изглежда, не изключва това, и повечето държави членки, заели позиция по този въпрос, са клонели към отрицателен отговор[57]; ii) някои от заинтересованите страни, с които са проведени консултации (включително НОК), дори са поставили под въпрос дали разпоредба като член 22 от Регламента за сливанията трябва изобщо да продължи да съществува, тъй като да се позволи на „държава членка, която няма компетентност, [да] отправи или да се присъедини към искане за препращане по член 22“, създава проблеми, свързани с предвидимостта, правна несигурност и прекомерна продължителност на процедурите; и iii) тъй като първоначалната причина за съществуването на член 22 вече е била почти отмряла, тази разпоредба все още е обслужвала целта, „когато, след период на оценка на дадена операция, държава членка смята, че тя би била *по-добре оценена* от Комисията“[58].

96. Ето защо стигам до извода, че документите, на които се основава Общият съд в точки 96—117 от обжалваното съдебно решение, не само не подкрепят извода, направен от същия въз основа на тях, но и всъщност, разглеждани в своята цялост, противоречат на този извод.

[56] Курсивът е мой.

[57] Вж. точка 138 от Работния документ на службите на Комисията от 2009 г: „По въпроса дали държава членка следва да може да отправи или да се присъедини към искане за препращане, *когато няма компетентност по отношение на операцията*, пет смятат, че това следва да се позволи, а девет — че не трябва. Това повдига въпроса дали държава членка следва да може да препрати дело, когато компетентността ѝ не е задействана, но дейността на страните поражда последици в тази държава членка“ (курсивът е мой).

[58] Вж. точки 133, 140—142 и 144 от Работния документ на службите на Комисията от 2009 г. (курсивът е мой). Вж. аналогично точка 86 от Зелената книга от 2001 г.

iv) Граници на историческата преценка на Общия съд (IV)

97. Четвърто, грешката, която Общият съд е допуснал, като е приел, че историческото тълкуване на член 22 от Регламента за сливанията потвърждава широкия му обхват, става още по-очевидна, ако се разгледат други релевантни документи, сред които най-вече някои travaux préparatoires, включително изготвените от Съвета.

98. Подготвителните работи съвсем ясно показват, че по време на обсъжданията и преговорите, довели до приемането на Регламент № 4064/89 от Съвета през 1989 г., някои от най-спорните теми са били определянето на материалното приложно поле на Регламента и съчетаването му с други правила (на ЕО и национални), които също са могли да бъдат еднакво приложими към операциите, подлежащи на нотифициране по този регламент. Възникнали са в частност два въпроса: дали Регламент № 4064/89 да се прилага изключително, или държавите членки също биха могли да разглеждат успоредно нотифицираните концентрации? Дали прилагането на Регламент № 4064/89 да изключва a priori прилагането на тогавашните членове 85 и 86 от Договора за ЕИО по отношение на същата операция? [59]

99. В това отношение в крайна сметка в Съвета е постигнато съгласие, че компетентността на Комисията по Регламент № 4064/89 е трябвало да бъде изключителна и напротив, концентрациите, които не достигат праговете, определени в Регламент № 4064/89, е трябвало да бъдат разглеждани само от националните органи [60]. Освен това, макар да не е било възможно да се изключи прилагането на членове 85 и 86 от Договора за ЕИО (първично право) по отношение на операциите, попадащи в приложното поле на Регламента, вместо това е имало възможност да се ограничи прилагането по отношение на тях на правните актове, имплементиращи тези разпоредби [61]. Това е довело до добавянето на два параграфа в член 22 от Предложението на Комисията [62].

100. Това съгласие в рамките на Съвета е повдигнало проблема на няколко държави членки, които по това време не са имали национална система за контрол върху концентрациите (включително Белгия, Италия, Люксембург и Нидерландия): кой ще разглежда концентрациите, които не достигат праговете по Регламент № 4064/89, но имат въздействие върху техния национален пазар? Оттук произтича и въвеждането на „нидерландската клауза“, която позволява на Комисията да „влезе в ролята“ на националните органи и да действа от тяхно име по изключение, когато няма правна уредба за контрол върху концентрациите или когато тези органи, поради относителната си неопитност или ограничените си ресурси, считат, че Комисията е „по-подходящ“ орган да разгледа концентрация, която им е нотифицирана.

[59] Вж. по-специално Съвет, Доклади от 7 ноември 1988 г. (9114/88), от 10 ноември 1988 г. (9265/88) и от 8 декември 1988 г. (10054/88).

[60] Проект на протокол от 1339-ото заседание на Съвета от 18 юли 1989 г. (8016/89 PV/CONS 47), стр. 2.

[61] Първоначално, Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 година: Първи регламент за прилагане на членове 85 и 86 от Договора [за ЕИО] (ОВ 13, 1962 г., стр. 204; Специално издание на английски език, поредица I, том 1959—1962 г., стр. 87; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 3).

[62] Комисия, Изменено предложение за Регламент (ЕИО) на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия (COM(88) 97 окончателен) (ОВ C 130, 1988 г., стр. 4). Член 22 от това предложение, озаглавен „Изключително прилагане на настоящия регламент“, е гласял следното: „Регламенти № 17, (ЕИО) № 1017/68, (ЕИО) № 4056/86 и (ЕИО) № 3975/87 не се прилагат по отношение на концентрациите, попадащи в приложното поле на настоящия регламент“.

101. Всъщност и Съветът, и Комисията са смятали, че може „разумно да се предположи“, че концентрациите, недостигащи праговете по Регламент № 4064/89, по принцип не оказват достатъчно въздействие върху търговията, за да оправдаят разглеждане на равнището на Съюза [63]. Съветът и Комисията са били наясно, че праговете по Регламент № 4064/89 могат да се основават на различни стойности и тези стойности да се определят в различни размери (всеки размер по необходимост би бил заместваща величина) [64]. Следователно за всички участници в законодателния процес, включително за тогавашния „комисар по конкуренцията“ [65], е било пределно ясно, че независимо от вида и размера на избраните прагове някои концентрации, които биха могли да засегнат общия пазар, във всички случаи, ще избегнат предварителен контрол от Комисията по Регламент № 4064/89 [66]. Това обаче се е смятало за неизбежно по много причини, например, да се запази работното натоварване на Комисията на разумно равнище [67], да се гарантира правна сигурност на сливащите се страни [68] и да се въведе балансирано и ясно разпределение на компетентността между Комисията и националните органи [69]. Във всички случаи, ясно е, че тогавашните членове 85 и 86 от Договора за ЕИО са позволявали последваща намеса за всички концентрации, които не достигат праговете [70].

102. Всъщност сред огромното количество travaux préparatoires, представени от страните във връзка с първоначалната версия на Регламент № 4064/89, няма нито един документ, който да сочи, че механизмът за препращане, предвиден в член 22, параграфи 3—5 от Регламент № 4064/89, има споменатата от Общия съд „коригираща“ цел. За да се потвърди това, в съдебното заседание Комисията бе запитана дали може да посочи такъв документ, но тя не успя. Според мен това не е изненадващо, тъй като много от обсъжданията, проведени в Съвета, по точната редакция на тази разпоредба, както са отразени в travaux préparatoires, биха станали неразбираеми, ако концентрациите под националните прагове все пак можеха да се разглеждат по механизма за препращане.

103. Същото важи mutatis mutandis и за измененията на Регламент № 4064/89 през 1997 г. Както споменах в точка 82 по-горе, действително законодателят на Съюза е възнамерявал да разшири обхвата на механизма за препращане, установен в член 22 от Регламент № 4064/89. В travaux préparatoires, свързани с преразглеждането на Регламента, обаче няма и

63 Вж. Съвет, Бележка на председателството на Съвета, 7 април 1989 г. (5857/89 (RC 9), приложение, стр. 4; Доклади от 12 април 1989 г. (6267/89, RC 12); Проект на протокол от 1339-ото заседание на Съвета от 18 юли 1989 г. (8016/89 PV/ CONS 47), стр. 13; Доклади от 9 ноември 1989 г. (9672/89 (RC 41), стр. 3. Вж. също писмо от Sir Leon Brittan до Съвета (SG (89) D/5429), 24 април 1989 г., стр. 2.

64 Вж. Доклад на Комисията до Съвета относно прилагането на Регламента за сливанията от 28 юли 1993 г. (COM(93) окончателен, стр. 14) (наричан по-нататък „докладът от 1993 г.“); Комисия, Бележка от G. Drauz до Правната служба (COMP/HT.60), Работна група на Съвета, от 6 юни 2003 г. (11430), точка 4.

65 Вж. *Brittan*, Sir Leon. Competition and Merger Control in the Single European Market. Grotius, 1991, p. 33, 49. Аналогично, *Jones*, C. Procedures and Enforcement under EEC Merger Regulation. — In: Hawk, B. (ed.). Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1990, p. 476.

66 Вж. Комисия, докладът от 1993 г., стр. 7. Вж. също Съобщение на Комисията до Съвета и Европейския парламент относно преразглеждането на Регламента за сливанията, COM(96) 313 окончателен, стр. 5). Вж. също *Levy*, N., A. Rimsa, B. Buzatu. The jurisdictional reach of EC merger control: Striking the right balance. — In: Kokkoris, I., N. Levy. Research Handbook on Global Merger Control. Edward Elgar Publishing, 2023, p. 219: „Никоя функционираща система за контрол върху концентрациите не може да обхване всяка операция, която може да засегне конкуренцията в дадена държава“.

67 Вж. Съвет, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations) [Резултати от работата на групата по икономически въпроси (контрол върху концентрациите)], 8 март 1989 г. (5770/89 RC 8) стр. 4. Вж. също писмо от Sir Leon Brittan до Съвета, 30 март 1989 г. (SG (89) D/4008), стр. 2.

68 Вж. Съвет, Доклад до Комитета на постоянните представители, 9 декември 1988 г. (10189/89 RC 36), стр. 8; и Avis du service juridique [Становище на правната служба], 11 юли 1989 г. (7896/89 JUR 98 RC 24), стр. 10. Вж. също Комисия, докладът от 1993 г., стр. 14.

69 Вж. Sir Leon Brittan, бележка под линия 65 по-горе, цит. съч., стр. 39, 48 и 53.

70 Вж. Съвет, Avis du service juridique, 11 юли 1989 г. (7896/89 JUR 98 RC 24), стр. 4.

следа, че целта на промените е била да се попълнят празноти, както смята Общият съд. Напротив, самата цел да се укрепи системата на „едно гише“ чрез избягване на многобройни нотификации, противоречи на възприетото от Общия съд тълкуване на член 22 от Регламента за сливанията.

104. Всъщност намирам вътрешен парадокс във факта, че Общият съд се позовава на документ, в който се обяснява, че обосновката за изменението през 1997 г. на член 22 от Регламент № 4064/89 е била да се избегнат *многобройни* нотификации, за да потвърди тълкуване на тази разпоредба, което — както ще обясня по-долу[71] — фактически ще насърчи предприятията, които изобщо нямат задължение по правото на Съюза и по националните системи за контрол върху концентрациите да подават каквито и да било нотификации, все пак да подават такива (потенциално до 30[72]) просто превантивно.

105. По-нататък, документите, свързани с историята на приемането през 2004 г. на Регламента за сливанията, не подкрепят изводите на Общия съд относно намерението на законодателя на Съюза да използва предвидения в член 22 механизъм за препращане, за да попълни твърдените празноти, произтичащи от строгостта на праговете, предвидени в член 1 от Регламента[73]. Идеята в основата на измененията на разпоредбите на член 22 от Регламента за сливанията е била да се укрепи функцията „обслужване на едно гише“ на механизма за препращане, която избягва необходимостта сливащите се страни да подават многобройни нотификации. Самият текст на измененията съвсем ясно показва това[74].

106. Накрая, някои документи, изготвени от Комисията след приемането на Регламента за сливанията, също дават някои полезни индикации. Както посочих по-горе, тълкувателната им стойност може да бъде само относителна. Доколкото обаче Общият съд сам се е позовавал *само* на документи на Комисията, последващи приемането на Регламент № 4064/89, тези допълнителни документи позволяват да се получи по-пълна представа, като дават интересни сведения за историческия прочит на член 22 от Регламента за сливанията от Комисията.

107. По-конкретно, в „Известие на Комисията от 2005 г. относно препращането при концентрации“[75], публикувано след приемането на Регламента за сливанията, препращанията по член 22 от Регламента за сливанията последователно се наричат препращания „след нотификация“[76]. Употребата на този израз е трудно съвместима с многократно изтъкваното от Комисията твърдение, че *винаги* е тълкувала тази разпоредба като позволяваща на държавите членки да препращат концентрации, които не достигат предвидените в националното право прагове. Ако се следват доводите на Комисията, също така би било странно, че същият документ при изброяването на „категориите дела, които обикновено са най-подходящи за препращане към Комисията съгласно член 22“, не споменава концентрации, които пораждат сериозни опасения за конкуренцията, като

71 Вж. точки 201 и 208 от настоящото заключение.

72 Това число отразява броя на държавите членки на Съюза (всички с изключение на Люксембург) и държавите от ЕИП/ЕАСТ (Исландия и Норвегия), които понастоящем имат национална система за контрол върху концентрациите.

73 Обратно, приемането на Регламента за сливанията е имало за цел да подсили положителните страни на Регламент № 4064/89. Вж. Комисия, Бележка от G. Drauz до Правната служба (COMP/HT.60), Работна група на Съвета, от 6 юни 2003 г. (11430), стр. 7; и Предложението на Комисията от 2003 г., стр. 10.

74 Вж. по-горе бележки под линия 5 и 6.

75 ОВ C 56, 2005 г., стр. 2.

76 Вж. по-специално точки 33, 45, 47 и 50 от Известието.

същевременно не попадат в обхвата на нито една система за контрол върху концентрациите в Европейския съюз[77]. Вероятно това положение трябва да е било на първо място в списъка.

108. По подобен начин в изготвената от Комисията Бяла книга от 2014 г. „Към по-ефективен контрол на ЕС върху сливанията“ тя предлага, наред с останалото, да „се използва […] по-ефикасна и ефективна система за препращане на дела чрез […] изменение на член 22, така че да се заздрави придържането към принципа за „обслужване на едно гише“[78]. Интересно е, че предложените изменения на член 22 от Регламента за сливанията изрично сочат, че само държави членки, които са „компетентни съгласно своето национално право да разгледат сделка“, биха могли да поискат препращане до Комисията или да му се противопоставят[79]. Основателно може да възникне съмнение, че с тези предложения Комисията е възнамерявала да ограничи обхвата на член 22 от Регламента за сливанията, тъй като това би било в противоречие както с основната цел системата за разглеждане на концентрациите да стане по-ефективна и ефикасна, така и с по-конкретната цел да се подобрят механизмите за препращане „както преди, така и след уведомлението“[80]. Мимоходом отбелязвам, че в този документ Комисията отново нарича механизма по член 22 от Регламента за сливанията „препращане след уведомяване“[81].

109. Накрая, изготвената от Комисията през 2016 г. „Пътна карта за оценка относно процедурните и юрисдикционните аспекти на контрола върху концентрациите в ЕС“ също, изглежда, представлява интерес. В този документ Комисията разглежда възможността за допълване на съществуващите прагове за компетентност въз основа на оборот с други, основани на алтернативни критерии, както и необходимостта от рационализиране на системата за препращане. Според мен едва ли могат да се посочат две теми, които да са по-тясно свързани с разглеждания тук въпрос. Следователно е изненадващо, че в този документ изобщо не се споменава твърдяният широк обхват на член 22 от Регламента за сливанията. Между другото, в документа системата за препращане се нарича също система, която се отнася до „правилното разпределение на делата“, а препращането от държавите членки до Комисията — механизъм „след уведомяване“[82].

110. Междинният ми извод е, че историческо тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията недвусмислено подкрепя извода, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото по отношение на значението и обхвата на разглеждания механизъм за препращане.

3) Контекстуално тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията

111. Сега ще премина към точки 118—139 от обжалваното съдебно решение, в които Общият съд е направил контекстуално тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. За тази цел Общият съд разглежда *12* елемента от контекста, включени в *пет* разпоредби (или групи разпоредби) от Регламента за сливанията. След като разглежда тези елементи, Общият съд прави извода, че „от контекстуалното тълкуване

77 Вж. точка 45 от Известието.

78 Точки 2 и 79 от Бялата книга от 2014 г.

79 Точки 69 и 70 от Бялата книга от 2014 г.

80 Точка 61 от Бялата книга от 2014 г.

81 Точки 21, 63 и 69 от Бялата книга от 2014 г.

82 Достъпна на уебсайта на Комисията. Вж. по-специално раздели А.1, Б.2 и Б.3.

следва, че искане за препращане по член 22 от [Регламента за сливанията] може да бъде отправено независимо от обхвата на национална правна уредба за контрол върху концентрациите“ [83].

112. Не съм съгласен с този извод поради четири различни причини: i) разпоредбите на Регламента за сливанията, освен член 22, не потвърждават тълкуването, възприето от Общия съд, ii) другите параграфи и алинеи на член 22 също не го потвърждават; iii) Общият съд неправилно е омаловажил значението на някои елементи от контекста, които — макар и в никакъв случай да не са определящи — изглежда, имат известна тежест, когато бъдат разгледани правилно; и iv) Общият съд не е взел под внимание и някои други елементи от контекста, които, изглежда, са в противоречие с изводите му.

i) Границите на контекстуалния анализ на Общия съд (I)

113. Общият съд започва контекстуалния си анализ с разглеждане дали текстът на други разпоредби, освен член 22, от Регламента за сливанията може да хвърли светлина върху значението и обхвата на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. За тази цел той първо разглежда четири разпоредби (или групи разпоредби) от Регламента.

114. На първо място, Общият съд констатира, че избраните от законодателя на Съюза правни основания (понастоящем членове 103 и 352 ДФЕС [84]) за приемането първоначално на Регламент № 4064/89, а впоследствие и на Регламента за сливанията, не дават индикация за правилното значение и обхват на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. Така Общият съд отхвърля твърдението на Illumina, че правните основания подкрепят предложеното от него тълкуване на тази разпоредба [85].

115. Тази констатация според мен е правилна. Както от преамбюлите на Регламент № 4064/89 и на Регламента за сливанията [86], така и от travaux préparatoires [87] е видно, че законодателят на Съюза е възприел позицията, че член 103 ДФЕС — който позволява приемането на правни актове, „необходими за прилагането на принципите, залегнали в членове 101 и 102 [ДФЕС]“ — сам по себе си не е достатъчен за установяването на система за контрол върху концентрациите, която има за цел да предотврати самото създаване на господстващо положение (за разлика от *злоупотребата* с него, която член 102 ДФЕС забранява), както и да обхване концентрациите на пазара на селскостопански продукти, които съгласно член 38, параграф 3 ДФЕС и приложение I към ДФЕС [88] могат да са предмет на специфичен правен режим, който включва изключения от пълното прилагане на правилата на Съюза в областта на конкуренцията. В съответствие с това законодателят на Съюза е счел за необходимо да основе Регламента и на член 352 ДФЕС [89].

83 Точка 139 от обжалваното съдебно решение.

84 По-рано членове 87 и 235 от Договора за ЕИО.

85 Точки 119 и 120 от обжалваното съдебно решение.

86 Вж. седмо съображение от Регламент № 4064/89 и съображение 7 от Регламента за сливанията.

87 Вж., наред с останалото, Съвет, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations) [Резултати от работата на групата по икономически въпроси (контрол върху концентрациите)], 29 май 1989 г. (7752/89 RC 20) стр. 5; Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations) [Резултати от работата на групата по икономически въпроси (контрол върху концентрациите)], 22 юни 1989 г. (7827/89 RC 22), стр. 1, приложение II, стр. 3; и Avis du service juridique, [Становище на правната служба] 11 юли 1989 г. (7896/89 JUR 98 RC 24), стр. 4.

88 Тогава член 38 от Договора за ЕИО и приложение II към Договора за ЕИО.

89 Всъщност член 352, параграф 1 ДФЕС позволява на Съвета да приема необходимите мерки, ако действие на Съюза изглежда необходимо в рамките на определените от Договорите политики с оглед постигането на посочена в Договорите цел, без последните да предвиждат необходимите за това правомощия.

116. В съдебното заседание беше подробно разисквано и дали правните основания на Регламента за сливанията могат да имат значение за настоящия въпрос. Комисията от своя страна поддържа, че изборът на законодателя косвено потвърждава нейната позиция, тъй като член 352 ДФЕС е разпоредба, която може да създаде нова компетентност на държавите членки да поискат от Комисията да разгледа дадена концентрация, дори и при липса на правомощия за това по националното право. Независимо дали член 352 ДФЕС може да се чете по този начин обаче, в нито един исторически документ не открих следа от такова съображение на законодателя. Както посочих, и от преамбюла, и от travaux préparatoires става пределно ясно, че изборът на правното основание от законодателя не е бил повлиян от обхвата на член 22 от Регламента за сливанията [90].

117. На второ място, Общият съд изтъква член 1, параграфи 1 и 2 от Регламента за сливанията, който определя праговете, над които се счита, че концентрацията има „общностно измерение“ (и следователно подлежи на задължително нотифициране), и пояснява, че тези прагове са налице, „[б]ез да се накърняват член 4, параграф 5 […] и член 22“. От член 1, параграфи 1 и 2 от Регламента за сливанията Общият съд извежда, че „приложното поле на [Регламента за сливанията] и оттам компетентността на Комисията да разглежда концентрациите, зависят главно от превишаването на праговете за оборот, които определят европейското измерение, а при условията на евентуалност, от механизмите за препращане, предвидени в член 4, параграф 5 и в член 22 от този регламент, които допълват посочените прагове, като разрешават *някои* концентрации, които нямат европейско измерение, да бъдат разглеждани от Комисията“ [91].

118. И в това отношение констатацията на Общия съд е напълно правилна и никоя от страните не оспорва, че член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията дава възможност на Комисията да разглежда *някои* концентрации, които не достигат праговете, посочени в член 1 от Регламента за сливанията. Въпреки това констатацията на Общия съд не хвърля никаква светлина върху същинския спорен въпрос: *кои* концентрации под праговете по Регламента за сливанията могат да бъдат разгледани от Комисията съгласно член 22 от него.

119. На трето място, Общият съд взема предвид текста на член 4, параграф 5 от Регламента за сливанията. Тази разпоредба съдържа друг механизъм за препращане, който позволява на страните по концентрация, която няма общностно измерение и която може да бъде разглеждана по вътрешното законодателство в областта на конкуренцията на най-малко три държави членки, да поискат тази концентрация да бъде разгледана от Комисията. Както отбелязва Общият съд, тези две разпоредби се различават съществено по отношение на условията за прилагане и целта си. Затова Общият съд отказва да тълкува член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията в светлината на член 4, параграф 5 от него [92].

120. Поради изложените в точка 63 по-горе съображения смятам този подход за оправдан. Според мен текстът на член 4, параграф 5 от Регламента за сливанията просто не е решаващ по отношение на тълкуването на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията.

[90] По този въпрос вж. също *Dashwood*, A. Community Report, XIVth FIDE Congress, Мадрид, 2010.

[91] Точки 121—124 от обжалваното съдебно решение. Курсивът е мой.

[92] Точки 125 и 126 от обжалваното съдебно решение.

121. На четвърто място, Общият съд приема, че член 22 от Регламента за сливанията „не може да се тълкува в светлината на механизмите за препращане, предвидени в член 4, параграф 4 и в член 9 от този регламент[93]. Според Общия съд различията в текста на тези разпоредби показват, че тези механизми „не са съгласувани“, и следователно не може да се направи извод относно значението и обхвата на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията[94].

122. Отново изводът на Общия съд е правилен: доводите на жалбоподателите в това отношение са неубедителни. Същевременно е добре да се добави, че тези разпоредби не подкрепят и доводите на Комисията: всъщност те не съдържат нищо по спорния тук въпрос.

ii) Границите на контекстуалния анализ на Общия съд (II)

123. Накрая, в точки 130—138 от обжалваното съдебно решение Общият съд разглежда значението и обхвата на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията в светлината на други параграфи и алинеи от тази разпоредба. За тази цел Общият съд е разгледал *осем* елемента в член 22 от Регламента за сливанията.

124. Първо, обратно на приетото от Общия съд[95], текстът на член 22, параграф 1, втора алинея от Регламента за сливанията — който предвижда, че искането за препращане се отправя „най-много в срок 15 работни дни от датата на постъпване на *нотификацията* за концентрация или, в случай че не се изисква нотифициране, от датата, на която то е *станало известно* по друг начин на съответната държава членка“[96] — не означава, че първата алинея от него „урежда […] положенията, при които концентрациите не са нотифицирани, а само са съобщени на съответната държава членка *или защото не са обхванати от посочената система*, или защото такава система не съществува“[97].

125. Общият съд не е взел под внимание очевидния факт, че изразът „станало известно“ е необходим, за да може разпоредбата да изпълнява основната си функция на „нидерландска клауза“: да даде възможност на държавите членки, които нямат национална система за контрол върху концентрациите, да поискат от Комисията да разгледа концентрации, които могат да бъдат проблематични на национално равнище.

126. В допълнение, Общият съд не е взел под внимание измененията, направени с течение на времето в член 22, параграф 1, втора алинея от Регламента за сливанията. В първоначалния текст на Регламент № 4064/89 тази разпоредба споменава само, че искане се отправя „в срок от един месец […] от датата, на която концентрацията е *станала известна* на държавата членка, *или* датата, на която е била *осъществена*“. След изменението на Регламент № 4064/89 през 1997 г. тази разпоредба гласи: „искането се отправя в срок от един месец […] от датата, на която концентрацията е *станала известна*

93 Член 4, параграф 4 от Регламента за сливанията позволява на участниците в концентрация да поискат от Комисията да отнесе изцяло или отчасти разглеждането на концентрация, която има общностно измерение, до органите на държава членка, когато тази концентрация „може съществено да засегне конкуренцията на пазар в дадена държава членка, който има всички характеристики на обособен пазар“. На свой ред член 9 от Регламента за сливанията дава възможност на Комисията при определени обстоятелства да препрати концентрация, за която е получила нотификация, на компетентните органи на засегнатите държави членки.

94 Точки 127—129 от обжалваното съдебно решение.

95 Точка 130 от обжалваното съдебно решение.

96 Курсивът е мой.

97 Точка 130 от обжалваното съдебно решение. Курсивът е мой.

на държавата членка или на всички държави членки, отправили *съединено искане*, или е била осъществена“. Накрая, едва с приемането на Регламента за сливанията тази разпоредба е изменена, така че да включва споменаване и на концентрацията, за която има „*нотификация*“ [98].

127. Какво ни казват тези изменения? Според мен те ясно потвърждават това, което е видно от анализа на travaux préparatoires: i) член 22 от първоначалния Регламент № 4064/89 е бил предназначен да урежда препращания от държави членки, които нямат система за контрол върху концентрациите (затова не се споменава нотифициране); ii) член 22 от Регламент № 4064/89 е изменен през 1997 г., за да се позволи препращането от няколко държави членки с цел избягване на многобройни нотификации, когато се счита, че Комисията е най-подходящият орган (поради което е въведено споменаването на съединени искания); и iii) член 22 от Регламента за сливанията консолидира достиженията на правото по член 22 и укрепва функцията на тази разпоредба за обслужване на едно гише (поради което е въведено споменаването на нотификации) [99]. Затова според мен изводът на Общия съд въз основа на текста на член 22, параграф 1, втора алинея от Регламента за сливанията е неправилен.

128. Второ, Общият съд приема, че жалбоподателите не могат да се позовават на текста на член 22, параграф 2, първа алинея от Регламента за сливанията, който задължава Комисията да информира „компетентните органи на държавите членки“ за искане за препращане. Този текст е общ и не означава, че е извършено или е възможно да се извърши нотифициране на национално равнище [100].

129. Съгласен съм отчасти с Общия съд. Ако се разглежда сам по себе си, този елемент не изглежда решаващ за определяне на значението и обхвата на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. Въпреки това, както ще обясня в точки 152—162 от настоящото заключение, въпросната разпоредба не е лишена от значение, ако бъде оценена във връзка с други релевантни разпоредби.

130. Трето, Общият съд приема, че член 22, параграф 2, втора алинея от Регламента за сливанията — който предвижда, че „[*в*]*сяка друга* държава членка има право да се присъедини към първоначалното искане [за препращане]“ — е „в съответствие с [член 22,] параграф 1 [от Регламента за сливанията,] и потвърждава, че всяка държава членка може да подаде искане за препращане или за присъединяване на основание този член независимо от обхвата на своята национална правна уредба за контрол върху концентрациите“ [101].

131. Трябва да се признае, че това е елемент, който, както посочва Общият съд, изглежда, подкрепя позицията на Комисията. Убедителността на този елемент обаче е доста ограничена поради следните четири причини:

– най-напред, както Общият съд сам отбелязва, текстът на член 22, параграф 2, втора алинея от Регламента за сливанията е сходен с този на член 22, параграф 1, първа алинея

98 Курсивът в тези разпоредби е мой.

99 Вж. точки 100, 103 и 105 от настоящото заключение. Що се отнася по-конкретно до Регламента за сливанията, вж. също съображение 12 от него. Това развитие, което се дължи също на все по-малкия обхват на използване на механизма за препращане, е подчертано и в доктрината: вж. например *Albors-Llorens*, A., D. G. Goyder, J Goyder. Goyder's EC Competition Law. 5. ed. Oxford University Press, 2009, p. 431, и *Frenz*, W. Handbook of EU Competition Law. Springer, 2016, p. 1308.

100 Точка 131 от обжалваното съдебно решение. Курсивът е мой.

101 Точка 132 от обжалваното съдебно решение. Курсивът е мой.

от Регламента за сливанията. Предвид стриктната и вътрешноприсъща връзка между двете разпоредби (уреждащи съответно кой може да отправи искане и кой може да отправи съединено искане), това е съвсем логично. Затова не е изненадващо, че и двете разпоредби съдържат термини, които по сходен начин са неуточнени. Доколкото обаче се твърди, че първата разпоредба е неясна, не може да се счита, че съответният текст на втората разпоредба дава надеждни насоки за значението на първата;

– текстът на член 22, параграф 2, втора алинея от Регламента за сливанията е неясен и поради друга причина. Всъщност съображение 15 от Регламента за сливанията — което се отнася до член 22 от Регламента за сливанията — гласи, че „[д]руги държави членки, *които са също компетентни* да разгледат концентрацията, следва да имат възможност да се присъединят към искането [за препращане]“ [102]. Това съображение, най-малкото, поражда известни съмнения относно направеното от Общия съд тълкуване на член 22, параграф 2, втора алинея, тъй като това подсказва, че държавата членка, която отправя препращането, трябва да е компетентна;

– в допълнение, дори да се съгласим с направеното от Общия съд тълкуване на член 22, параграф 2, втора алинея от Регламента за сливанията, това не би довело до несъответствие с тълкуването на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията, предложено от жалбоподателите. Комисията получава потенциална компетентност да разгледа концентрация, която е под праговете, определени в член 1 от Регламента за сливанията, когато искане за препращане е отправено от държава членка, която е компетентна по член 22 от този регламент. Следователно, когато една или повече държави членки се присъединят към (валидно отправено) искане за препращане от друга държава членка, концентрацията вече е попаднала в приложното поле на Регламента за сливанията. Следователно не е нито проблематично, нито необичайно, че всяка държава членка може да се присъедини към такова искане;

– накрая, фактът, че една или повече държави членки се присъединяват (ab initio или впоследствие) към искане за препращане, (валидно) отправено или в процес на отправяне от друга държава членка, няма неблагоприятни последици за засегнатите предприятия от гледна точка на правната сигурност и предвидимостта на процедурите [103]. Това рязко контрастира с последиците, които биха произтекли в това отношение от тълкуването на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията по предложения от Комисията начин [104].

132. Четвърто, според Общия съд фактът, че според член 22, параграф 2, трета алинея от Регламента за сливанията „[в]сички национални срокове, отнасящи се до концентрацията, спират да текат“, не потвърждава предложеното от жалбоподателя тълкуване на член 22, параграф 2, първа алинея от този регламент [105].

[102] Курсивът е мой. Към този въпрос ще се върна в точки 155 и 156 от настоящото заключение.

[103] Всъщност процедурата е била валидно задействана и най-малкото, съединено искане за препращане от няколко държави членки укрепва последователността на системата: ако искането бъде прието, всички засегнати държави членки „не могат да прилагат повече националното си законодателство в областта на конкуренцията по отношение на [въпросната] концентрация“ (член 22, параграф 3 от Регламента за сливанията), включително разпоредбите си относно антиконкурентните споразумения и злоупотребата с господстващо положение по отношение на въпросната концентрация. По последния въпрос вж. точка 134 от обжалваното решение.

[104] Вж. обстойно точки 206—214 от настоящото заключение.

[105] Точка 133 от обжалваното съдебно решение.

133. И по този въпрос споделям непосредствения извод на Общия съд: член 22, параграф 2, трета алинея от Регламента за сливанията, разглеждан самостоятелно, не внася никаква яснота относно обхвата на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията [106].

134. Пето, Общият съд е разгледал текста на член 22, параграф 3, трета алинея от Регламента за сливанията, съгласно който „[д]ържавата членка или държавите членки, които са отправили искането, не могат да прилагат повече националното си законодателство в областта на конкуренцията по отношение на концентрацията“. В това отношение Общият съд констатира, че тази разпоредба не подкрепя доводите на жалбоподателите: въпросното национално законодателство включва и националните разпоредби относно антиконкурентните споразумения и злоупотребите с господстващо положение [107].

135. В това отношение напълно споделям анализа на Общия съд. Всъщност член 22, параграф 2, трета алинея от Регламента за сливанията не подкрепя изтъкнатото от жалбоподателите (и по същия начин — предложеното от Комисията) тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията.

136. Шесто, Общият съд разглежда член 22, параграф 4, първа алинея от Регламента за сливанията, според който член 2, член 4, параграфи 2 и 3 и членове 5, 6 и 8—21 от него се прилагат, когато Комисията приеме да разгледа концентрация, за която е направено препращане, а член 7 от Регламента за сливанията се прилага, „доколкото концентрацията не е била осъществена до датата, на която Комисията е информирала засегнатите предприятия за отправеното искане“. От текста на тази разпоредба Комисията прави извод, че задължението за прекратяване по член 7 от Регламента за сливанията е приложимо „както [за] положенията, при които концентрацията, за която е отправено искането за препращане, не попада […] в приложното поле на нито една национална правна уредба, така и [в] хипотезите, при които такава правна уредба е приложима, но не предвижда нейното прекратяване“ [108].

137. Изводът на Общия съд е озадачаващ. Взет буквално, той е правилен [109]. Същевременно той е и ирелевантен за разглеждания тук спорен въпрос. Ето защо разбирам извода на Общия съд в смисъл, че предвиденото в член 7 от Регламента за сливанията задължение за прекратяване се прилага и по отношение на концентрации, които не попадат в приложното поле на националната система за контрол върху концентрациите на *държавата членка, която подава искането*.

138. Въпреки това изглежда, че в съображенията на Общия съд има празнота: всъщност не е очевидно как този извод следва от текста на член 22, параграф 4, първа алинея от Регламента за сливанията. Във всеки случай, смятам този извод за погрешен.

106 Вж. обаче точки 152—162 от настоящото заключение.

107 Точка 134 от обжалваното съдебно решение.

108 Точки 135 и 136 от обжалваното съдебно решение.

109 Наистина, i) ако държава членка, която няма национална система за контрол върху концентрациите, отправи искане за препращане, задължението за прекратяване по член 7 от Регламента за сливанията се прилага по отношение на въпросната концентрация, независимо дали тази концентрация попада в приложното поле на една или повече от другите национални системи за контрол върху концентрациите, и ii) ако държава членка отправи искане за препращане, задължението за прекратяване по член 7 от Регламента за сливанията се прилага по отношение на въпросната концентрация по силата на Регламент № 4064/89 и следователно независимо от това дали законодателството на тази държава членка предвижда равностойно задължение.

139. Член 22, параграф 4, първа алинея от Регламента за сливанията прави задължението за прекратяване приложимо по отношение на всички концентрации, за които е отправено искане за препращане, за да се гарантира ефективността на системата за контрол и да се предотврати нарушаването на конкуренцията, преди да е взето решение дали Комисията ще разгледа случая.

140. Фактът, че задължението за прекратяване се прилага само доколкото „концентрацията не е била осъществена до датата, на която Комисията е информирала засегнатите предприятия за отправеното искане“, е неизбежен резултат от факта, че концентрация, за която е отправено искане за препращане, може да е била осъществена (законосъобразно) преди това искане. Съществуват различни причини, поради които това е възможно. По-конкретно, искането за препращане може да е отправено от държава членка (или държава от ЕИП/ЕАСТ [110]): i) която няма система за контрол върху концентрациите; ii) която има система за контрол върху концентрациите, която не предвижда задължение за прекратяване [111]; и iii) в която, макар да съществува задължение за прекратяване, в конкретния случай е било неприложимо. Що се отнася до последния въпрос, наистина е важно да се отбележи, че обхватът на задълженията за прекратяване, включително освобожданията и възможните дерогации от тях, както и приложимите срокове на изчакване се различават в отделните държави членки [112].

141. Следователно констатацията на Общия съд по отношение на член 7 от Регламента за сливанията представлява non sequitur. Според мен член 22, параграф 4, първа алинея от Регламента за сливанията не внася никаква яснота относно правилното тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията.

142. Седмо, Общият съд отбелязва, че в съответствие с член 22, параграф 5 от Регламента за сливанията „Комисията може да информира една или няколко държави членки, че счита, че дадена концентрация отговаря на критериите по параграф 1 [от този член]“. Тъй като тази формулировка се отнася само за тези критерии, които изглеждат изчерпателни, Общият съд приема, че разпоредбата не изисква посочената концентрация да попада в приложното поле на национална правна уредба за контрол върху концентрациите [113].

143. Според мен Общият съд тълкува тази разпоредба твърде разширително. Член 22, параграф 5 от Регламента за сливанията допълва член 22, параграф 1 от този регламент: въпросният механизъм за препращане може да бъде иницииран от една или повече държави членки, но също и от Комисията — и в двата случая трябва да бъдат изпълнени двете материалноправни условия, които член 22 от Регламента за сливанията изисква, и това обяснява доста сходните текстове на двете разпоредби. Всъщност би било странно, ако член 22, параграф 5 от Регламента за сливанията беше по-подробен от член 22, параграф 1 от този регламент или имаше съществена разлика с него. Затова, както посочих в точка 131 по-горе, тази разпоредба не може да се използва като надежден източник за контекстуално тълкуване на разпоредбата, чийто текст отразява.

110 Както правилно отбелязва в становището си ЕНО, Регламентът за сливанията е акт, който съгласно член 57 от Споразумението за ЕИП се прилага и в „държавите от ЕИП, членки на ЕАСТ“ (Исландия, Лихтенщайн и Норвегия). Една от тези държави, Лихтенщайн, няма национален режим за контрол върху концентрациите.

111 Известен е случаят с Обединеното кралство, което все още е било държава членка, когато са били приети Регламент № 4064/89 и Регламентът за сливанията.

112 За добър преглед на тези специфични аспекти на системата вж. „Образци за нотификации и процедури за концентрации“, представени на Международната мрежа за защита на конкуренцията от много държави — членки на Съюза (достъпни на уебсайта на Мрежата).

113 Точка 137 от обжалваното съдебно решение.

144. В допълнение, дори да се приеме, че текстът на член 22, параграф 5 от Регламента за сливанията е релевантен, виждам поне две други обяснения за такава формулировка и те не само не подкрепят позицията на Комисията, но дори може да се счита, че са в полза на позицията на жалбоподателите.

145. Едното от тези обяснения става очевидно, ако разгледаме точка 110 от обжалваното съдебно решение. В този пасаж Общият съд отбелязва, че по предишно дело (решение Kesko) вече е постановил, че „Комисията не следва да се произнася относно компетентността на национален орган по конкуренция да подаде искане за препращане съгласно член 22 от [Регламента за сливанията], а може да провери само дали това искане prima facie е отправено от държава членка“ [114]. Това решение е правилно в смисъл, че въпросът дали дадена концентрация подлежи на нотифициране по националното право, не е въпрос на правото на Съюза, а на националното право. Следователно Комисията не може да е длъжна да информира държава членка по член 22, параграф 5 от Регламента за сливанията, че според нея не само са изпълнени материалноправните условия за препращане, но и са достигнати националните прагове.

146. Друго обяснение произтича от липсата на каквато и да било индикация в член 22, параграф 5 от Регламента за сливанията относно критериите, които Комисията следва да използва, за да определи „една[та] или няколко[то] държави членки“, с които първо може да установи контакт по тази разпоредба и след това да ги покани да отправят искане. Това държавите членки, на чиято територия конкуренцията може да бъде застрашена, ли са? Ако е така, може ли Комисията свободно да избере само някои от тях (и въз основа на какви критерии?), или е длъжна да ги третира еднакво? На пръв поглед текстът на разпоредбата може да изглежда до известна степен двусмислен в това отношение. Или може би не. Може да се твърди, че на Комисията е предоставено широко право на преценка по този въпрос, защото, наред с останалото, може да се наложи да прецени във всеки конкретен случай кои държави членки са prima facie компетентни да препратят дадена концентрация и кои не са.

147. В съответствие с това смятам, че член 22, параграф 5 от Регламента за сливанията също не помага за определяне на естеството и обхвата на член 22, параграф 1, първа алинея от този регламент.

148. Накрая, Общият съд приема, че в другите разпоредби на член 22 от Регламента за сливанията „няма нищо, което може да допринесе за изясняването в по-голяма степен на съдържанието на член 22, параграф 1, първа алинея от посочения регламент“ [115]. Както ще обясня в следващите раздели на настоящото заключение, не съм съгласен с последната констатация.

149. Въз основа на различните елементи от контекста, онагледени по-горе, Общият съд прави извода, че контекстуално тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията потвърждава, че искане за препращане по член 22 от този регламент може да бъде отправено независимо от обхвата на национална правна уредба за

[114] Решение от 15 декември 1999 г., Kesko/Комисия (T-22/97, EU:T:1999:327, т. 84).

[115] Точка 138 от обжалваното съдебно решение.

контрол върху концентрациите. Както обаче обясних, този извод не следва от извършения от Общия съд контекстуален анализ. При този анализ Общият съд се позовава на общо 12 елемента от контекста. От тези разгледани елементи:

– според самия Общ съд седем са ирелевантни за тълкуването на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. Всъщност тези елементи са били разгледани основно, за да се отхвърлят някои доводи на жалбоподателите. Общият съд не посочва (или дори не намеква), че тези елементи могат да подкрепят позицията на Комисията; и

– Общият съд се е позовал на един елемент в подкрепа на пункт, който обаче не е спорен и нещо повече — не дава никакви насоки по отношение на спорното тълкуване.

150. Следователно, дори да се следват изцяло съображенията на Общия съд, quod non, изводът му се основава само на *четири* контекстуални елемента. Както обаче беше обяснено, преценката на три от тези елементи е погрешна, а един от тях, макар да признавам, че е в подкрепа на позицията на Комисията, се оказва не особено убедителен.

151. Освен това считам, че контекстуалният анализ, направен в обжалваното съдебно решение, е проблематичен поради две допълнителни причини: i) Общият съд неправилно е изключил значението на някои елементи от контекста, които — макар в никакъв случай да не са определящи — имат индикативна стойност, ако бъдат правилно разгледани; и ii) Общият съд не е взел под внимание други елементи от контекста, които, изглежда, са в противоречие с изводите му.

iii) Границите на контекстуалния анализ на Общия съд (III)

152. Най-напред, някои елементи от контекста, чието значение Общият съд е изключил [116], придобиват според мен известна херменевтична стойност, когато се вземат предвид два аспекта, които Общият съд не е взел под внимание: връзката им и времевия фактор.

153. Нека обясня. Елементите, които имам предвид, са разпоредби и съображения от Регламента за сливанията, които, разгледани поотделно, могат да изглеждат без особено значение за тълкуването на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. В действителност обаче, ако се направи крачка назад и тези разпоредби и съображения бъдат разгледани заедно, като се вземе предвид кога и защо са били въведени в Регламента, всъщност могат да се извлекат някои полезни индикации.

154. В първоинстанционното производство жалбоподателите се позовават на няколко разпоредби и съображения от Регламента за сливанията, които, изглежда, се основават на предпоставката, че: i) концентрацията, за която се прави препращане по член 22 от Регламента за сливанията, е нотифицирана или подлежи на нотифициране на национално равнище [117]; ii) тази концентрация трябва при всички случаи да бъде разгледана някъде, дори ако Комисията реши да не направи това [118]; или iii) националните органи, които правят препращането, трябва да са компетентни да разгледат концентрацията. Последната точка заслужава кратко обяснение.

116 Вж. точки 129—133 от настоящото заключение.

117 Вж. по-конкретно член 22, параграф 2, трета алинея от Регламента за сливанията. „Всички *национални срокове, отнасящи се до концентрацията*, спират да текат […]“. Курсивът е мой.

118 Вж. отново член 22, параграф 2, трета алинея от Регламента за сливанията: „[…] докато в съответствие с предвидената по настоящия член процедура не бъде решено [*къде*] концентрацията да бъде оценявана“. Курсивът е мой.

155. Както споменах по-горе, член 22, параграф 2, първа алинея от Регламента за сливанията изисква Комисията да „информира *компетентните* органи на съответните държави членки и засегнатите предприятия за всички искания [за препращане]“. Също като Общия съд съм склонен да разбирам понятието „компетентни органи“ като отнасящо се до националните органи, които по принцип отговарят за концентрациите, за разлика от органите, компетентни да разгледат конкретната концентрация по националното право.

156. Както обаче споменах в точка 131 по-горе, този прочит се поставя под въпрос от съображение 15 от Регламента за сливанията — съображение, което се отнася точно до въпросния механизъм за препращане, и по-конкретно до условията, които трябва да бъдат изпълнени за неговото прилагане по член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. Това съображение гласи следното: „Една държава членка следва да препрати към Комисията концентрация, която няма общностно измерение, но която засяга търговията между държавите членки и заплашва сериозно да засегне конкуренцията на територията на Общността. Други държави членки, които са *също компетентни* да разгледат концентрацията, следва да имат възможност да се присъединят към искането“ [119]. Не означава ли текстът на това съображение, както твърдят жалбоподателите, че държавата членка, която прави препращане, трябва да е компетентна по националното си право да разгледа въпросната концентрация?

157. Общият съд отхвърля доводите на жалбоподателите: тези разпоредби и съображения не могат да се четат в смисъл, че за да бъде препратена дадена концентрация, тя трябва да бъде нотифицирана или да подлежи на нотифициране в държавата членка, която задейства механизма [120]. Това несъмнено е правилно. Едва ли е нужно да изтъквам отново, че механизмът за препращане по член 22 от Регламента за сливанията може да се използва от — и всъщност е бил замислен основно за — държавите членки, които нямат национална система за контрол върху концентрациите.

158. Въпреки това е някак твърде опростено да се спре правният анализ дотук, както е направил Общият съд. Също така съм изненадан, че в становището си Комисията също не се е спряла по-задълбочено на текста на тези разпоредби, като се има предвид огромното значение, което тя отдава на граматическото тълкуване в контекста на настоящото дело.

159. В този контекст не може да не се зададе въпросът дали няма известна непоследователност в доводите на Комисията и в мотивите на обжалваното съдебно решение. И двете се основават до голяма степен на (ясния според твърденията) текст на някои разпоредби, след което отхвърлят това, което, изглежда, следва от (ясния според твърденията) текст на други разпоредби, просто поради факта, че последните не могат да бъдат съвместени с даденото на първите тълкуване. Според мен отхвърлянето на индикациите, дадени от някои разпоредби, защото тези индикации не съответстват на направения преди това междинен извод, не представлява задълбочено контекстуално тълкуване. Това наподобява на разсъждения в омагьосан кръг.

[119] Курсивът е мой.

[120] По отношение на член 22, параграф 2, трета алинея от Регламента за сливанията вж. точки 133 и 150 от обжалваното съдебно решение. Общият съд обаче разглежда само израза „всички национални срокове“, а не израза „докато [...] не бъде решено [*къде*] концентрацията да бъде оценявана“. Що се отнася до съображение 15 („също компетентни“), вж. точки 149—151 от обжалваното съдебно решение.

160. Считам, че по-предпазлив тълкувател е трябвало да се запита защо някои разпоредби и съображения от Регламента за сливанията може да не означават това, което предполага текстът им. Според мен причината за особеността на тези съображения и разпоредби се дължи на факта, че никое (никоя) от тях не е било (била) включено (включена) в първоначалния текст на Регламент № 4064/89 през 1989 г. Всички те са въведени впоследствие, когато Регламент № 4064/89, след изменението си през 1997 г. в тази част, в крайна сметка е отменен с Регламента за сливанията.

161. Тъй като този въпрос вече беше разгледан подробно, не е необходимо да се спирам отново на него. Регламентът за сливанията е бил предназначен да развие целта за „обслужване на едно гише“ на механизма за препращане. Ето защо, понеже тази цел се отнася само до концентрациите, които са нотифицирани или подлежат на нотифициране, е съвсем очевидно, че текстът на тези разпоредби и съображения е бил написан с оглед на тези операции.

162. Разгледан в тази светлина, текстът на тези разпоредби и съображения е напълно смислен и съответства на останалата част от Регламента за сливанията. Следователно тези елементи от контекста също подсказват, че член 22 от Регламента за сливанията никога не е бил предназначен да позволи на държавите членки да препратят към Комисията концентрации, които са под националните прагове. В противен случай те вероятно щяха да бъдат съставени по различен начин. Затова бих казал, използвайки друг английски фразеологизъм, че по отношение на тези разпоредби и съображения Общият съд „от дърветата не е видял гората“.

iv) Границите на контекстуалния анализ на Общия съд (IV)

163. По-нататък, Общият съд не е взел под внимание други аспекти на правния контекст, които според мен също, изглежда, подкрепят предложеното от жалбоподателите тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията.

164. По този въпрос отново мога да бъда кратък. Всъщност в предишни части от настоящото заключение вече споменах някои от тези елементи.

165. Най-напред, съображение 15 in fine гласи, че по член 22 от Регламента за сливанията Комисията получава „правомощия да преценява и да разглежда концентрация *от името на* държавата членка или държавите членки, направила(и) искането“ [121]. Текстът на това съображение трудно се съвместява с разпоредба, която — според Комисията и Общия съд — предоставя на Комисията правомощието да разглежда някои концентрации, които застрашават конкуренцията на *вътрешния пазар*. Ако проблемът е във вътрешния пазар, защо Комисията трябва да действа *в интерес*, *вместо* или *от името на* [122] национален орган, още повече такъв, който не е компетентен да разгледа въпросната концентрация?

[121] Курсивът е мой.

[122] Вж. също подобните изрази, например в текста на немски („für“), гръцки („για λογαριασμό“), испански („en nombre de“), френски („au nom d[e]“) и италиански („per conto di“) език на Регламента. За източник, който подчертава, че Комисията, изглежда, действа в рамките на своеобразно делегиране на правомощията, с които разполага съответният национален орган, вж. *Cohen-Tanugi*, C. et al. La pratique communautaire du contrôle des concentrations. De Boeck Université, 1995, p. 56. Вж. също в този смисъл *Brittan*, Sir Leon, бележка под линия 65 по-горе, цит. съч., стр. 52.

166. Съмненията ми по този въпрос се засилват от текста на член 22, параграф 5 от Регламент № 4064/89, който гласи: „В съответствие с параграф 3 Комисията предприема *само* мерките, стриктно необходими за защита или възстановяване на ефективната конкуренция на *територията на държавата членка*, по искане на която се е намесила. […]“ [123]. Изричното ограничаване на правомощията, предоставени на Комисията при тези обстоятелства [124], според мен недвусмислено показва, че член 22 от Регламента за сливанията не е бил предназначен да има широката коригираща функция, приписана му от Общия съд.

167. Интересно е също да се отбележи, че в обжалваното съдебно решение не се споменава член 1, параграфи 4 и 5 от Регламента за сливанията, който предвижда опростена процедура [125], позволяваща на Съвета, по предложение на Комисията, да „промени праговете и критериите“, които съгласно същата разпоредба определят приложното поле на Регламента за сливанията [126]. Важно е да се отбележи, че тази разпоредба споменава не само „прагове“ (има се предвид прагове за оборот), но и „критерии“. Това означава, че ако сметне за необходимо, законодателят на Съюза може да реши да замени или интегрира праговете за оборот с критерии, основани на други видове стойности (например платена от купувача цена, стойност на сделката, пазарни дялове, дял на предлагане, стойност на местните активи, които ще бъдат прехвърлени, потенциално въздействие върху съответните пазари и т.н.). Следователно Регламентът за сливанията съдържа системен коригиращ механизъм, който позволява бързо адаптиране на приложното поле на този регламент, ако поради развитието на пазара използваните критерии за компетентност вече не са подходящи за обхващане на потенциално вредоносни концентрации.

168. Съгласен съм с Комисията, че сама по себе си херменевтичната стойност на този елемент не бива да се надценява. Въпреки това тя повдига въпроси за необходимостта в Регламента да има коригиращ механизъм ad hoc като констатирания от Общия съд. Освен това този елемент от контекста става много по-релевантен за тълкувателя, когато се разгледа от друга гледна точка.

169. Трябва да се има предвид, че разпоредба, подобна на член 1, параграфи 4 и 5 от Регламента за сливанията, вече се е съдържала в първоначалния Регламент № 4064/89 и в последния връзката между механизма за адаптиране на праговете и механизма за

123 Курсивът е мой. Разпоредбата е била предмет само на незначително изменение през 1997 г. и е отменена с Регламента за сливанията, тъй като вече не е била в съответствие с новата функция за „обслужване на едно гише“ на член 22 от Регламента за сливанията. Вж. *Cook*, J., C. Kerse. EC Merger Control. 5. ed. Sweet&Maxwell, 2005, p. 343.

124 Фактът, че ограничените правомощия на Комисията означават ограничено приложно поле на механизма за препращане, предвиден в тогавашния член 22 от Регламент № 4064/89, е подчертан например в *Cook*, J., C. Kerse. EEC Merger Control — Regulation 4064/89. 1. ed. Sweet&Maxwell, 1991, p. 60, 61.

125 Наистина, за изменението на Регламента за сливанията обикновено се изисква единодушие (поради правното основание, което е член 352 ДФЕС), но член 1, параграф 5 от Регламента за сливанията позволява на Съвета да променя праговете „с квалифицирано мнозинство“.

126 Вж. също съображение 9 от Регламента за сливанията, което гласи: „[…] Комисията докладва на Съвета за прилагането на съответните прагове и критерии, така че Съветът, действайки в съответствие с член 202 от Договора, да може да [ги] преглежда *редовно* […] в светлината на придобития опит; това изисква държавите членки да предоставят статистическа информация на Комисията, за да може тя да подготвя такива доклади, както и възможни предложения за промени. Докладите на Комисията, както и предложенията следва да се основават на актуалната информация, *редовно* предоставяна от държавите членки“ (курсивът е мой). В светлината на това съображение схващам член 1, параграфи 4 и 5 от Регламента за сливанията като позволяващ използването на опростената процедура във *всеки момент* след предаването на доклада, дължим до 1 юли 2009 г. Същевременно признавам, че текстът на разпоредбата оставя място за двусмислие, което може да ни доведе до разбирането, че опростената процедура е била приложима само за измененията, предложени след приемането на доклада от 2009 г. Въпреки това, дори да оставим настрана конкретната формулировка на съображение 9 от Регламента за сливанията, идеята, че тази разпоредба е приложима само веднъж, е нелогична. Наистина, с течение на времето нуждата от адаптиране на праговете става дори по-явна.

препращане е била пряка и изрична. Впрочем механизмът за препращане, предвиден в член 22, параграфи 3—5 от Регламент № 4064/89, първоначално е замислен като *временен*. Всъщност член 22, параграф 6 от Регламент № 4064/89 е предвиждал, че „[п]араграфи 3—5 се прилагат до промяна на праговете, определени в член 1, параграф 2“. Това означава, че през 1989 г. законодателят на Съюза е смятал, че механизмът за препращане е обречен да отпадне, след като „практическият“ опит позволи да се направят съответните корекции на праговете за оборот [127]. Очевидно такова съображение щеше да е напълно безсмислено, ако механизмът за препращане беше предназначен, както твърди Комисията, да обхване и концентрациите, които са под националните прагове: неговата полезност изобщо не би била засегната от каквато и да било промяна на праговете по Регламент № 4064/89. A fortiori, ако намерението беше механизмът за препращане да обхване концентрациите под националните прагове, защо да се предвижда като временен?

170. Междинното ми заключение е, че като цяло контекстуалното тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията също подкрепя извода, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, що се отнася до значението и обхвата на въпросния механизъм за препращане. Всъщност, въпреки че има елементи и в двете посоки, тези, които сочат по-тесен обхват на тази разпоредба, са много повече и по-релевантни от онези, които сочат по-широк обхват.

4) Телеологическо тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията

171. На следващо място, в точки 140—151 от обжалваното съдебно решение Общият съд прави телеологическо тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията, като се съсредоточава основно върху текста на преамбюла. По-конкретно, той подчертава, че видно от съображения 5, 6, 8, 24 и 25 от този регламент, целта му е „да позволи ефективен контрол върху всички концентрации, които имат съществени последици за структурата на конкуренцията в Съюза“. Общият съд подчертава също, че в съображение 11 механизмите за препращане се наричат „[коригиращи] механизм[и]“, което показва, че те създават „субсидиарна компетентност на Комисията, като ѝ предоставят необходимата гъвкавост за постигане на целта на този регламент“. Въз основа на това е направен изводът, че „телеологическото тълкуване потвърждава, че искане за препращане по член 22 от [Регламента за сливанията] може да бъде отправено независимо от обхвата на национална правна уредба за контрол върху концентрациите“.

172. Отново не мога да се съглася с Общия съд. За да обясня защо, ще се опитам да отговоря на два въпроса, които в този контекст осветляват значението и обхвата на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. Първо, какви са конкретните цели на тази разпоредба? Второ, дали преследваната с тази разпоредба цел, която се твърди, че е да се попълнят празноти, е в съответствие с общите цели на Регламента за сливанията?

[127] За източник, който подчертава временния характер на механизма, вж. *Downes*, T. A., J. Ellison. The legal control of mergers in the EC. Blackston, 1991, p. 63—65.

i) Границите на телеологическата преценка на Общия съд (I)

173. На този етап от анализа ми отговорът на първия въпрос е отчасти ясен. Всъщност както историческият, така и контекстуалният анализ на Регламента за сливанията разкриват две цели, които механизмът за препращане, установен в член 22 от него, несъмнено преследва. Първата цел, наложила включването на механизма за препращане в първоначалния Регламент № 4064/89 („нидерландската клауза"), е била да се позволи разглеждане на концентрации, които биха могли да нарушат конкуренцията на местно равнище, когато въпросната държава членка няма национална система за контрол върху концентрациите. Втората цел, въведена с реформата на Регламент № 4064/89 през 1997 г. и след това укрепена с приемането на Регламента за сливанията, е „обслужване на едно гише": да се позволи на Комисията да разгледа концентрация, която е нотифицирана или подлежи на нотифициране в няколко държави членки, за да се избегнат многобройни национални нотификации.

174. Първата цел не е очевидна в текста на преамбюла на първоначалния Регламент № 4064/89. Общият съд обаче е установил, че механизмът за препращане е бил въведен първоначално с оглед на тази цел, и това е безспорно между страните. Във всеки случай, не е изненадващо, че тази цел не е посочена в преамбюла на Регламент № 4064/89, тъй като, както обясних по-горе, нейният обхват и значение първоначално са били предназначени да бъдат много ограничени. Всъщност първоначално се е предвиждало тя да се прилага само *временно*, т.е. до промяна на праговете за оборот, и *по изключение*, предвид тясното си приложно поле, както изрично посочва тогавашният комисар по конкуренцията [128].

175. Втората цел, обратно, е изрично (и категорично) посочена в преамбюла както на Регламента от 1997 г., така и на Регламента за сливанията [129]. Това също не е изненадващо, като се има предвид значението на промените, направени във въпросния механизъм за препращане.

176. Сега ще разгледам въпроса дали може да се идентифицира трета цел, за която се твърди, че е преследвана от член 22 от Регламента за сливанията — тази за попълването на празноти, позволяваща контрол върху концентрации, които са под праговете както на равнището на Съюза, така и на национално равнище. Общият съд намира потвърждение на тази цел в съображение 11 от Регламента за сливанията, според което „[п]равилата, които регулират препращането на концентрации от Комисията към държавите членки и от държавите членки до Комисията, следва да оперират като ефективен механизъм".

177. В това отношение считам, че Общият съд прави погрешен прочит на това съображение. Изразът „коригиращ механизъм" не трябва да се чете изолирано, а да се разглежда в правилния си контекст.

178. Първо, какъв е предметът на съображение 11? Контекстът му е важен. Съображение 8 изяснява основните принципи за разпределението на компетентност между Комисията и НОК. Съображения 9 и 10 от Регламента за сливанията се отнасят до праговете за оборот по Регламента за сливанията, за да имат концентрациите „общностно измерение". На свой

[128] Вж. *Brittan*, Sir Leon, бележка под линия 65 по-горе, стр. 42: „Тази разпоредба е *тясно дефинирана* и не позволява на Комисията да разглежда *на общо основание* концентрации, които не достигат прага, дори ако тя иска по този начин да *заобиколи духа на разпоредбата за прага*" (курсивът е мой). Вж. също, пак там, The Law and Policy of Merger control in the EEC. — European Law Review, 1990, p. 245.

[129] Вж. по-специално съображение 10 от Регламента от 1997 г. и съображения 11, 12 и 14 от Регламента за сливанията.

ред съображение 12 се отнася до концентрациите, които попадат под праговете за оборот по Регламента за сливанията, но „подлежат на оценяване от националните системи за контрол върху концентрациите“. Що се отнася до последното, в съображение 12 се отбелязва, че „[м]ногократното нотифициране за една и съща операция увеличава правната несигурност, усилията и разходите на предприятията и може да доведе до противоречащи си оценки“, и поради това се заключава, че „механизмът, по който държавите членки да могат да нотифицират концентрации за разглеждане от Комисията, следва да бъде допълнително развит“. След това съображения 13—16 сочат сътрудничеството, което трябва да се установи за тази цел между Комисията и НОК, и илюстрират функционирането на различните механизми за препращане.

179. Според мен горепосоченият контекст подсказва, че съображение 11 се отнася до механизъм с коригираща функция във връзка с *разпределението на компетентност* между Комисията и НОК. Това съображение не се отнася до установяването, както е посочил Общият съд, на „субсидиарна компетентност на Комисията, като ѝ предоставя необходимата гъвкавост за постигане на целта на този регламент“ [130].

180. Допълнително подкрепя горната констатация, първо, фактът, че това съображение не е фигурирало в първоначалния текст на Регламент № 4064/89, а е въведено едва в Регламента за сливанията. Всъщност полезността на механизма за препращане по отношение на разпределянето на преписките между различните органи, всеки от които е компетентен да разгледа дадена концентрация, се появява едва през 1997 г., а след това придобива по-голямо значение през 2004 г.

181. Всъщност точка 94 от Зелената книга от 2001 г. потвърждава това; тя гласи, че „за да може член 22, параграф 3 да функционира като общоприложим коригиращ механизъм по отношение на *проблема с многократното нотифициране*, системата най-вероятно ще се нуждае от по-голяма промяна, отколкото промяна само в Регламента за сливанията“ [131]. Тази точка позволява да се направят два извода. Първо, че изразът „коригиращ механизъм“ в съображение 11 от Регламента за сливанията се отнася до единичния проблем с многократното нотифициране, а не до по-широкия въпрос за всички недостатъци, присъщи на основана на прагове система за контрол върху концентрациите. Освен това проблемът с многократното нотифициране възниква само защото концентрациите могат да *подлежат* на уреждане от няколко национални системи за контрол върху концентрациите, а не защото те *избягват* такива системи. Второ, използването на член 22 като средство за решаване на проблема с многократното нотифициране е изисквало обсъждане и законодателни изменения и следователно не е било първоначалната цел на член 22. От това следва, че използването на член 22 за решаване на други, по-широки проблеми също ще изисква обсъждане и изменения.

182. Когато съображение 11 се чете в своята цялост, горните констатации се потвърждават още повече. Това съображение гласи: „[п]равилата, които регулират препращането на концентрации […] следва да оперират като ефективен механизъм в светлината на принципа на субсидиарност; тези правила защитават интересите, свързани с конкуренцията на държавите членки, по адекватен начин и надлежно отчитат правната сигурност и принципа на „едно гише“. От този текст правя два извода. Първо, позоваването на принципа на субсидиарност и на адекватната защита на конкуренцията в държавите членки потвърждава тесния обхват на механизма за препращане: той е

130 Както се посочва в точка 142 от обжалваното съдебно решение.

131 Курсивът е мой.

предназначен само за коригиране на положения, при които конкуренцията е засегната *на местно равнище*. Второ, позоваването на правната сигурност и на принципа на „едно гише“ също навежда на мисълта, че механизмите за препращане имат за цел да заменят няколко национални процедури с една централизирана процедура, което предполага, че въпросните концентрации достигат националните прагове.

183. Поради това намирам за неубедителен направения от Общия съд прочит на съображение 11 от Регламента за сливанията. Не считам за убедително и позоваването от Общия съд на съображения 6 и 24 от Регламента за сливанията, доколкото те се отнасят до ефективен контрол върху *всички* концентрации.

184. Още веднъж отбелязвам, че когато тези съображения се прочетат в своята цялост и в правилния си контекст, изглежда съвсем ясно, че думата „всички“ не означава, че абсолютно всяка концентрация в света, която може да породи опасения във връзка с конкуренцията в някоя държава членка, трябва да подлежи на „ефективен“ контрол по Регламента за сливанията. Съображение 6 гласи: „Поради това е необходим специфичен правен инструмент, който да даде възможност за ефективен контрол върху всички концентрации по отношение на тяхното въздействие върху структурата на конкуренцията в Общността, като същевременно е единственият инструмент, приложим по отношение на такива концентрации“. По подобен начин съображение 24 гласи: „настоящият регламент трябва да позволява ефективен контрол върху всички концентрации от гледна точка на техния ефект върху конкуренцията в Общността“.

185. Няколко елемента в текста на тези съображения ясно противоречат на заключението, че те се отнасят до въпросния механизъм за препращане. Първо, не „всички концентрации“ подлежат на контрол по Регламента за сливанията: ако не са достигнати определените в него прагове, концентрацията обикновено се разглежда от други органи по конкуренция (на държавите — членки на Съюза, и/или на трети държави). Второ, по отношение на концентрациите, които — ако се следва теорията на Комисията — биха попаднали в приложното поле на Регламента за сливанията „през задната врата“ (т.е. тези, по отношение на които по принцип не са компетентни нито Комисията, нито съответните НОК), не може да се каже, че Регламентът за сливанията ще бъде „единственият инструмент, приложим по отношение на такива концентрации“. Всъщност член 22 от Регламента за сливанията позволява успоредни процедури пред Комисията (когато това е поискано от един или повече НОК) и пред един или повече НОК (тези, които не се присъединят към искането за препращане). Трето, съгласно член 22 от Регламента за сливанията Комисията не разглежда концентрациите „от гледна точка на техния ефект върху конкуренцията *в Общността*“, както гласят съображения 6 и 24[132], а само на територията на държавите членки, които правят препращането (член 22, параграфи 1 и 5 от Регламента за сливанията). Всъщност съдилищата на Съюза последователно тълкуват израза „всички концентрации“, фигуриращ в преамбюла на Регламента за сливанията, като отнасящ се до концентрациите „с общностно измерение“[133].

186. Ако е така обаче, възниква въпрос: какво означава думата „всички“ в контекста на тези съображения? Отговорът отново се крие в текста на тези съображения и се потвърждава от тяхната история и цел. Използваните в тези съображения изрази могат да се проследят

[132] Курсивът е мой.

[133] Вж., наред с други, решение от 4 март 2020 г., Marine Harvest/Комисия (C-10/18 P, EU:C:2020:149, т. 108 и цитираната съдебна практика). Вж. също решение от 12 декември 2012 г., Electrabel/Комисия (T-332/09, EU:T:2012:672, т. 246).

назад във времето до седмото съображение от първоначалния Регламент № 4064/89[134] и имат за цел да покажат абсолютно ясно, че по Регламента за сливанията всички концентрации ще бъдат оценявани „от гледна точка на техния *ефект върху конкуренцията*“. Това уточнение, което днес действително може да изглежда очевидно и следователно ненужно, по времето на приемането на Регламент № 4064/89 в никакъв случай не е било незначително. Всъщност друга причина, която е забавила преговорите в Съвета в продължение на много години, е било много ясно изразеното различие във възгледите на различните държави членки за критериите, които трябва да прилага Комисията, когато решава дали да разреши дадена концентрация. Докато Комисията и много държави членки са предпочитали чист антитръстов анализ, някои държави членки са се противопоставили на тази идея, считайки, че концентрациите трябва да се оценяват и с оглед на други съображения, по-конкретно съображения, свързани с индустриалната политика. В крайна сметка първото мнение е надделяло и компромисът е бил в Регламента да се включи така наречената „германска клауза“ (тогава член 21, параграф 3 от Регламент № 4064/89, понастоящем член 21, параграф 4 от Регламента за сливанията), която предоставя на държавите членки някои остатъчни правомощия за намеса[135]. Изглежда, практиката на съдилищата на Съюза потвърждава моя прочит на съображението[136].

187. В съответствие с това позоваването от Общия съд на съображения 6, 11 и 24 в този контекст според мен е неуместно. При по-внимателно разглеждане, в преамбюла на нито един от трите регламента за сливанията не се споменава и не се прави извод за функция за попълване на празноти, която се приписва на член 22 от Регламента за сливанията. Мълчанието по този въпрос е доста значимо, като се има предвид потенциално извънредното въздействие, което такава разпоредба би имала върху функционирането на система за контрол върху концентрациите, която i) се „основава на принципа на точно разпределение на компетентността между Комисията и [националните органи]“[137] и ii) чието приложно поле е „ограничено от количествени прагове“[138].

188. При това положение друг въпрос в този контекст е дали целта за попълване на празноти, която ѝ приписва Общият съд, е съвместима с общите цели на Регламента за сливанията.

[134] Това съображение гласи: „като има предвид, че поради това следва да се създаде нов правен инструмент под формата на регламент, който да даде възможност за ефективен контрол върху всички концентрации по отношение на тяхното въздействие върху структурата на конкуренцията в Общността, и да е единственият инструмент, приложим по отношение на такива концентрации“.

[135] Според тази разпоредба, независимо от изключителната компетентност на Комисията да разглежда концентрациите, попадащи в приложното поле на Регламента за сливанията, „държавите членки могат да предприемат необходимите мерки за защита на законни интереси, различни от тези, които са предвидени в настоящия регламент, и които са съвместими с общите принципи и другите разпоредби на правото на Общността“.

[136] Вж. в този смисъл решение от 7 септември 2017 г., Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, т. 21). Вж. също решения от 25 март 1999 г., Gencor/Комисия (T-102/96, EU:T:1999:65, т. 314), и от 22 септември 2021 г., Altice Europe/Комисия (T-425/18, EU:T:2021:607, т. 299).

[137] Вж. решение от 22 юни 2004 г., Португалия/Комисия (C-42/01, EU:C:2004:379, т. 50), и съображение 8 от Регламента за сливанията.

[138] Вж. съображение 9 от Регламента за сливанията.

ii) Границите на телеологическия анализ на Общия съд (II)

189. В точка 140 от обжалваното съдебно решение Общият съд разглежда преамбюла на Регламента за сливанията и прави извода, че целта да се отстранят празноти, възложена на въпросния механизъм за препращане, е в съответствие с „целта [на този регламент, която] е да позволи ефективен контрол върху всички концентрации, които имат съществени последици за структурата на конкуренцията в Съюза“ [139].

190. В този анализ откроявам два основни проблема: Общият съд не е взел под внимание някои ключови елементи от преамбюла и е направил неправилен прочит на някои съображения.

191. Първо, Общият съд неколкократно подчертава целта на Регламента за сливанията да осигури *ефективен* контрол върху концентрациите, като стига дотам, че я нарича „*целта*“, т.е. единствената цел.

192. Според мен не може да има съмнение, че целта да се осигури ефективен контрол върху концентрациите, е самото raison d'être на Регламента и нейното значение е съответно подчертано в преамбюла на Регламента за сливанията. Това обаче не може да бъде *единствената* цел или, казано по друг начин, тази цел не съществува във вакуум. На практика член 2 от Регламента за сливанията посочва, че „[к]онцентрациите, попадащи в приложното поле на настоящия регламент, [трябва да] се оценяват в съответствие с *целите* на настоящия регламент“ [140].

193. Действително, преследването на целта да се позволи *ефективен* контрол върху концентрациите, върви ръка за ръка с преследването на други цели, някои от които са особено релевантни за настоящото дело. Първата от тези цели, която е резултат от продължителните и (смея да твърдя) разгорещени дискусии, довели в крайна сметка до приемането на Регламент № 4064/89, след преговори в Съвета, продължили почти 20 години, е да се създаде система, при която компетентността се *поделя* между Комисията и НОК [141]. Втората цел е да се изгради на равнището на Съюза ефективна система, основана на принципа на „*едно гише*“: Комисията е единствено компетентна да разглежда концентрациите, за които е подадена нотификация по Регламента за сливанията и за които не е необходимо да се подават допълнителни нотификации на равнището на държавите членки, а националните органи вече не могат да прилагат националните си правни уредби в областта на конкуренцията по отношение на тези операции [142]. Третата цел е да се създаде ефективна и предвидима система, която да може да предложи правна сигурност на засегнатите предприятия [143]. В точка 226 от обжалваното съдебно решение Общият съд сам се позовава на „основните цели за ефикасност и бързина, които стоят в основата на

[139] Вж. по-специално точка 140 от обжалваното съдебно решение.

[140] Курсивът е мой. Всъщност в правната доктрина Регламентът за сливанията също се споменава като инструмент, който преследва няколко цели: вж. например *Varona*, Navarro et al. Merger Control in the EU: Law, Economics and Practice. 1. ed. Oxford University Press, 2001, 1—5.

[141] Вж. позоваванията на принципа на субсидиарност в съображения 6, 8, 11 и 14. Вж. също съображение 8 in fine: „Концентрациите, които не са обхванати от настоящия регламент, по принцип попадат под юрисдикцията на държавите членки“.

[142] Вж. позоваванията на принципа на „едно гише“ в съображения 8 и 11, на „изключителната компетентност“ на Комисията в съображение 17 и на произтичащите ограничения за действията на държавите членки в съображения 18 и 19.

[143] Вж. позоваванията на ефикасността в съображения 14, 15 и 16, на предвидимостта в съображение 15 и на правната сигурност в съображения 11, 25 и 34. Вж. също Зелената книга от 1996 г., точка 29. В правната доктрина вж., наред с други, *Blaise*, J. B. Concurrence — Contrôle des opérations de concentration. — Revue trimestrielle de droit européen, 1990, p. 743, и *Venit*, J. The "merger" control regulation: Europe comes of age… or Caliban's dinner. — Common Market Law Review, 1990, p. 44.

[Регламента за сливанията]“, както и на намерението на законодателя на Съюза „да въведе ясно разграничение между случаите на намеса от страна на националните органи и от страна на Съюза“.

194. Докато първите две цели, споменати в предходната точка, по очевидни причини са специфични характеристики на системата на Съюза за контрол върху концентрациите, третата не е такава. Всъщност всяка съществуваща на глобално равнище система за контрол върху концентрациите се стреми към баланс между ефективния контрол върху конкуренцията и избягването на ненужни разходи и забавяния както за сливащите се страни, така и за самата публична администрация[144]. За да се осигури този баланс, правилата за концентрациите обикновено се основават на прагове, които определят подлежащите на разглеждане операции и налагат на органите конкретни срокове за извършване на оценка. Затова е невъзможно да се надцени значението, което имат предвидимостта и правната сигурност, особено за сливащите се страни. Предприятията, които потенциално имат задължения за нотифициране и прекратяване, трябва да знаят с относително висока степен на доверие дали планираната от тях операция ще бъде обект на антитръстова проверка, от кои органи и кога може да се очаква окончателен отговор от тези органи[145].

195. Както споменах, това важи на глобално равнище. То обаче се отнася в още по-голяма степен за концентрациите, които могат да бъдат разгледани в Европейския съюз. Не само защото в рамките на Съюза съществуват едновременно различни правоприлагащи органи (Комисията и НОК) — с цялата произтичаща от това сложност — но и защото, за разлика от голяма част от режимите за контрол върху концентрациите в света, Регламентът за сливанията налага на сливащите се страни *забрана за приключване в целия свят*. Това означава, че осъществяването на нотифицирана операция по принцип трябва да се прекрати *изцяло* до приемането на окончателно решение от Комисията. Вследствие на това сливащите се страни не могат да ускорят осъществяването, като например отделят някои местни активи, звена или предприятия до получаване на очакваното одобрение. Следователно разходите и рисковете за сливащите се страни са още по-значителни и следователно тези предприятия трябва да са в състояние да вземат подходящи предпазни мерки в това отношение.

196. За тази цел, както е постановил Съдът, Регламентът за сливанията „съдържа разпоредби, които от съображения за правна сигурност и в интерес на засегнатите предприятия имат за цел да ограничат продължителността на контрола, който Комисията трябва да извършва“. Всъщност законодателят на Съюза целял „да осигури осъществяването на контрол върху концентрациите в срокове, съответстващи както на изискванията за добра администрация, така и на тези на търговската дейност“[146].

197. В светлината на гореизложеното съм съгласен, че първостепенната цел на Регламента за сливанията е да осигури ефективността на системата (разбирана като способност да обхване потенциално вредоносните концентрации). Тази ефективност обаче не може да бъде постигната за сметка на задоволително изпълнение на другите цели на Регламента. Следователно позоваванията на „ефективността“ в преамбюла не могат да водят

144 Вж. в същия смисъл *Whish*, R., D. Bailey. Competition Law. 8. ed. Oxford University Press, 2018, p. 832, 833.

145 Вж., в общ план, *Irarrazabal Philippi*, F. Merger control procedure. — Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. Nº 12342.

146 Решение от 22 юни 2004 г., Португалия/Комисия (C-42/01, EU:C:2004:379, т. 51 и 53). Вж. също заключението на генерален адвокат Kokott по дело Cementbouw Handel & Industrie/Комисия (C-202/06 P, EU:C:2007:255, т. 44).

тълкувателя до максимално разширяване на обхвата и целта на разпоредбите на Регламента за сливанията до такава степен, че те да надхвърлят ясните намерения на законодателя на Съюза, нарушавайки внимателно предвидения от него баланс между различните цели.

198. В този контекст съвместима ли е целта на член 22 от Регламента за сливанията да се попълват празноти, която Комисията защитава и Общият съд приема, с другите описани по-горе цели и с установения баланс между тях? Според мен отговорът на този въпрос определено е „не“. Струва ми се, че възприетото от Общия съд тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията е в разрез с трите цели, посочени в точка 193 по-горе, и може да наруши баланса между тях, който законодателят на Съюза се е стремял да постигне.

199. Първо, „сандвичът на компетентността“, който следва от тълкуването на Общия съд на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията — Комисията (големи концентрации)/НОК (концентрации под праговете по Регламента за сливанията, но над националните прагове)/Комисията (концентрации под националните прагове) — изглежда, не съответства на система, както посочва Съдът, „основана на принципа на точно разпределение на компетентността между националните и контролните органи [на ЕС]“ [147].

200. Тази конструкция изглежда странна и в светлината на принципа на субсидиарност — принцип, посочен в най-малко четири съображения от Регламента за сливанията [148]. Това е регламент, който — по думите на тогавашния комисар по конкуренцията — представлява „отличен пример за това как [този принцип] може да се приложи на практика“ [149]. Субсидиарността е принцип, който, просто казано, има предимно низходящ ефект: в област на споделена компетентност той често прехвърля компетентността за конкретно действие върху държавите членки [150]. Естествено, при някои обстоятелства този принцип може да има и възходящ ефект: компетентността се издига към Европейския съюз, когато поради своя мащаб или последици дадено действие изглежда по-ефективно, ако бъде предприето на равнището на Съюза. Въпреки това се питам дали положение, при което компетентността за извършване на действие (тук — разглеждане на концентрация) е предоставена на институция на Съюза (в случая — Комисията) именно поради причината, че държава членка е счела, че мащабът или последиците от положения като разглежданото *не са достатъчно значителни*, за да оправдаят действия на национално равнище, не противоречи на логиката на субсидиарността.

201. Второ, между страните е безспорно, че една от последиците от възприетото от Общия съд тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията е, че предприятията, които искат да имат сигурност, че планирана концентрация не може да бъде оспорена от Комисията след осъществяването си, въпреки че тази концентрация не подлежи на нотифициране никъде в Съюза и за нея няма задължение за прекратяване, ще трябва: i) да спрат временно изпълнението; и ii) да известят (потенциално) всички

147 Вж. решение от 22 юни 2004 г., Португалия/Комисия (C-42/01, EU:C:2004:379, т. 50). Вж. също съображение 8 („Концентрациите, които не са обхванати от настоящия регламент, по принцип попадат под юрисдикцията на държавите членки“) и съображение 9 („Приложното поле на настоящия регламент […] може да бъде ограничен от количествени прагове с цел да обхване тези концентрации, които имат общностно измерение“).

148 Вж. бележка под линия 141 по-горе.

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

150 Член 5, параграф 3, първа алинея ДЕС: „По силата на принципа на субсидиарност, […] Съюзът действа само в случай и доколкото целите на предвиденото действие не могат да бъдат постигнати в достатъчна степен от държавите членки, както на централно, така и на регионално и местно равнище, а поради обхвата или последиците от предвиденото действие могат да бъдат по-добре постигнати на равнището на Съюза“.

държави — членки на Съюза, и държави от ЕИП/ЕАСТ (общо 30 различни национални органа) за концентрацията, за да задействат предвидения в член 22, параграф 1, втора алинея от Регламента за сливанията срок от 15 работни дни.

202. В този контекст изглежда важно да се добави, че според Комисията уведомлението на сливащите се страни до въпросните национални органи трябва да съдържа всички данни и информация, необходими на тези органи, за да определят дали двете материалноправни условия по член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията — концентрацията да засяга търговията между държавите членки и да заплашва сериозно да застраши конкуренцията на територията на въпросната държава членка — са изпълнени. Независимо от това за мен е очевидно, че сериозната преценка на тези условия не е лесна задача, още повече в рамките само на 15 работни дни. Поради това е вероятно в много случаи да се наложи неформалните уведомления до националните органи да бъдат доста подробни и прецизни и следователно да не се различават твърде много от документите, които обикновено се изискват за формална нотификация.

203. На практика това означава, че предприятията, които сключват сделка, която по принцип не попада в обхвата на всяка система за контрол върху концентрациите в Съюза, могат да бъдат принудени в крайна сметка да подадат неформални уведомления до *всички* национални органи, само за да избегнат използване на въпросния механизъм за препращане в бъдеще, което от тяхна гледна точка може да има драматични последици.

204. Освен това, ако един НОК, който не е компетентен да разгледа дадена концентрация, подаде искане за препращане, с което задейства механизма за препращане, и един или повече НОК, които, напротив, са компетентни да я разгледат, решат да не се присъединят към искането, механизмът за препращане може да доведе до *умножаване* на успоредно протичащите процедури. Всъщност процедурите пред компетентните НОК биха съществували заедно с допълнителна процедура пред Комисията, която не би съществувала, ако не беше механизмът за препращане.

205. Гореизложеното показва, че тълкуването на Общия съд на член 22 от Регламента за сливанията би довело до въвеждането на широкообхватно изключение от принципа на „едно гише“, което не е в съответствие с една от основните цели на Регламента за сливанията, а също така е в противоречие с целта, преследвана от законодателя на Съюза при измененията на член 22 през 1997 г. и 2004 г.

206. Трето — и това е най-проблематичният аспект според мен — процедурата(ите), произтичащи от разширително тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията, няма да са ефикасни, предвидими и годни да гарантират на страните правна сигурност.

207. Най-напред, ясно е и не се оспорва от Комисията, че ако сливащите се страни не предприемат положителни действия, за да информират 30-те национални органа за осъществяването на концентрация, която не подлежи на нотифициране, тези страни не могат да имат никаква правна сигурност *дали* в някакъв бъдещ момент няма да бъде отправено искане до Комисията да разгледа концентрацията на основание член 22 от Регламента за сливанията, и ако това стане, *в* какъв срок.

208. Комисията отвръща, че сливащите се страни все пак *могат* да получат правна сигурност, ако, както вече споменах, известят тези 30 органа за планираната концентрация чрез неформални уведомления. Това ще „задейства часовника“ и ако в срок от 15 работни дни не бъде подадено искане за препращане, тези страни могат да бъдат сигурни, че концентрацията ще избегне разглеждане в Съюза.

209. Въпреки това не съм сигурен, че този начин на действие осигурява на тези страни много повече или поне *адекватна* степен на правна сигурност. Основният проблем е, че това е неформална процедура, която не е предвидена никъде в Регламента за сливанията или, доколкото ми е известно, в законодателствата на държавите членки. Следователно концентрациите, които не подлежат на нотифициране, не са предмет нито на националните процесуални правила, нито на тези, предвидени в самия Регламент за сливанията. Действително, член 22, параграф 4 от Регламента за сливанията прави някои правила на този регламент приложими по отношение на разглеждането на тези концентрации, но само *след като* Комисията е приела препращането. Периодът преди това е своеобразна правна „ничия земя“, по отношение на която няма много яснота и предвидимост.

210. Например кой има право да задейства неформалната процедура? Трябва ли това да са само сливащите се страни, или могат да го направят и трети страни (например конкуренти на сливащите се страни)? Текстът на член 22, параграф 1, втора алинея от Регламента за сливанията насочва към втората възможност. Ако това е така, би ли могъл НОК да отправи препращане по член 22 от Регламента за сливанията въз основа на предоставената от тези трети страни информация и евентуално, без да изслушва сливащите се страни? Като се има предвид, че органът разполага само с 15 работни дни да вземе решение, не може да се изключи повърхностно разглеждане на положението. Какво става, ако тази информация е неточна или непълна? Последиците за сливащите се страни от погрешна оценка от национален орган на материалноправните условия за препращане могат да не са незначителни.

211. Комисията обаче счита, че срокът започва да тече едва след като НОК разполагат с *достатъчно* информация, за да извършат анализа, изискван от член 22 от Регламента за сливанията. Същевременно това означава, че срокът от 15 работни дни вероятно ще стане илюзорен, като се има предвид, че той може (и вероятно ще) бъде често удължаван от един или повече органи посредством едно или повече искания за информация, като по този начин сливащите се страни ще останат без предвидим срок.

212. Освен това в Регламента за сливанията не може да се открие индикация за вида и степента на подробност на информацията, която може да се очаква от сливащите се страни да включат в неформалните си уведомления. Разбира се, страните биха могли да използват за образец официалните формуляри на Съюза (с последните изменения: формуляр CO, кратък формуляр CO, формуляр RS и формуляр RM [151]). Въпреки това дори Комисията не стига дотам, че да го предложи. Това очевидно би означавало, че процедурата за нотифициране по Регламента за сливанията може фактически да се прилага за концентрации, които не подлежат на нотифициране. Вместо това в съдебното заседание Комисията изтъкна, че страните могат да черпят вдъхновение от информацията, която

[151] Вж. Регламент за изпълнение (ЕС) 2023/914 на Комисията от 20 април 2023 година за прилагане на Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия и за отмяна на Регламент (ЕО) № 802/2004 на Комисията (ОВ L 119, 2023 г., стр. 22).

според член 14 от Акта за цифровите пазари[152] предприятията, определени като контролиращи достъпа предприятия, трябва да предоставят на Комисията, когато планират да извършат някои концентрации. Въпреки това, освен че е странно да се предлага на страните да открият насоки в различен нормативен акт, приет след Регламента за сливанията и приложим само за някои специфични сектори на икономиката, не съм убеден, че изброената в този акт информация е достатъчна за целите на член 22 от Регламента за сливанията.

213. Освен това има една малка, но важна подробност: на какъв език се предоставя тази информация? Комисията твърди, че всеки език, който е общоразбираем за служителите на съответния национален орган (например английски), би бил подходящ. Трудно ми е да разбера на какво основание Комисията може да поддържа това становище. Във всички случаи, съмнявам се, че националните органи биха приели да извършат един доста сложен анализ в рамките на много кратък срок въз основа на изложение (евентуално с някои приложения), изготвено на език, който не е техният.

214. В светлината на гореизложеното смятам, че направеното от Общия съд телеологическо тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията е погрешно, тъй като е несъвместимо с някои цели, преследвани от установената с този регламент система за контрол върху концентрациите, и може да наруши предвидения от законодателя на Съюза баланс между тези цели. Важността на този баланс не е убягнала на Съда. Така например в неотдавнашното си решение Комисия/CK Telecoms UK Investments Съдът отбелязва, че „изискването за бързина, което е присъщо на общата система на [Регламента за сливанията]“, е от такова значение, че дори вредна концентрация ще се счита за одобрена, ако Комисията не вземе решение в определения срок[153].

5) Други съображения относно тълкуването на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията

215. Накрая ще обясня накратко защо тълкуването, дадено от Общия съд на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията, според мен повдига редица системни въпроси, когато се вземат предвид различни общи принципи на правото на Съюза.

216. Важно е да се подчертае в самото начало, че прочитът на разпоредбата, направен от Общия съд, води до много значително разширяване на приложното поле на Регламента за сливанията и на компетентността на Комисията[154]. С един замах, чрез официално тълкуване на член 22 от Регламента за сливанията, Комисията получава правомощието да разглежда всяка концентрация, която се осъществява където и да е по света, независимо от оборота и присъствието на предприятията в Европейския съюз и стойността на операцията, и във всеки един момент, включително доста след осъществяването на концентрацията. Това е ясно и безспорно. Всъщност, когато в съдебното заседание ѝ беше зададен конкретен въпрос във връзка с това, Комисията потвърди, че на теория това е вярно. Тя

[152] Регламент (ЕС) 2022/1925 на Европейския парламент и на Съвета от 14 септември 2022 година за достъпни и справедливи пазари в цифровия сектор и за изменение на директиви (ЕС) 2019/1937 и (ЕС) 2020/1828 (ОВ L 265, 2022 г., стр. 1).

[153] Решение от 13 юли 2023 г., Комисия/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2023:561, т. 72 и цитираната съдебна практика).

[154] Както се подчертава от всички автори в доктрината; вж. например *Bushell, G.* Chapter II. — In: Jones, C., L. Weinert (eds.). EU Competition Law. Vol. II. Book One. Edward Elgar Publishing, 2021, p. 41.

обаче добави, че на практика това няма да се случи, тъй като Комисията няма интерес да използва често това правомощие, и следователно ще действа дисциплинирано в това отношение. Според Комисията въпросната концентрация е имала някои специфични характеристики, за разлика от по-голямата част от другите концентрации, които могат да попаднат в обхвата на член 22 от Регламента за сливанията.

217. Въпреки това в настоящия случай не става въпрос само за прилагането на това (възможно ново) правомощие за контрол по отношение на разглежданата концентрация. Всъщност Съдът за първи път е сезиран да тълкува значението и обхвата на член 22 от Регламента за сливанията, който има потенциал да се прилага в неопределен брой случаи. Позицията на Комисията не може да не предизвика безпокойство в няколко отношения.

218. Първо, съмнявам се, че това становище е в съответствие с принципа на институционално равновесие — принцип, характеризиращ институционалната структура на Съюза и произтичащ от член 13, параграф 2 ДЕС, който по същество изисква всяка институция да упражнява своите правомощия при зачитане на правомощията на останалите институции [155].

219. Един от най-съществените елементи на Регламента за сливанията е определението за праговете, които съгласно член 1, параграфи 1—3 от него задействат задължението за нотифициране. Съгласно тълкуването на Комисията на член 22 от Регламента за сливанията обаче стойността на тези прагове и косвено — на праговете и критериите, предвидени в националните закони, става само относителна. Една концентрация може да не подлежи на нотифициране *никъде* в Европейския съюз, но това по никакъв начин не изключва възможността Комисията да претендира за компетентност да я разгледа по член 22 от Регламента за сливанията [156].

220. По никакъв начин не изключвам, че в свят, който все повече се основава на „икономика 2.0“, може да е желателно, а вероятно дори необходимо, да се променят настоящите прагове за контрол върху концентрациите. В този контекст е интересно да се отбележи, че съвсем наскоро две държави членки (Австрия и Германия) измениха вътрешното си законодателство, така че то да включи прагове, основани на стойностите на операциите. Други държави прилагат различни прагове на компетентност, специално създадени, за да позволят разглеждането на концентрации, макар целевото дружество да не генерира местни приходи (например Обединеното кралство, което прилага „критерий за дела на предлагане“). Тези и други варианти могат естествено да бъдат разгледани с оглед на изменение на Регламента за сливанията. Но това е задача на законодателя на Съюза, а не на Комисията.

221. Второ, направеното от Общия съд широко тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията създава значителен потенциал за случаи, в които би могло да възникне стълкновение с принципа на териториалност на правото на Съюза. Следва да се припомни, че за да се спази международното право, прилагането на правото на Съюза предполага адекватна връзка с територията на Съюза [157]. По-конкретно, от решения Intel/Комисия и Gencor/Комисия следва, че прилагането на правото на Съюза в

[155] Вж. наскоро решение от 22 ноември 2022 г., Комисия/Съвет (Присъединяване към Женевския акт) (C-24/20, EU:C:2022:911, т. 83).

[156] Това важи a fortiori, ако заемем позицията, както правя, че опростената процедура, предвидена в член 1, параграфи 4 и 5 от Регламента за сливанията за изменението на тези прагове, е все още приложима. Вж. бележки под линия 125 и 126 по-горе.

[157] Вж., наред с много други, решение от 24 ноември 1992 г., Poulsen и Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453, т. 28).

областта на конкуренцията по отношение на поведението на предприятията е законосъобразно, независимо от мястото, където се извършва, доколкото това поведение може да има предвидими, непосредствени и съществени последици в Съюза („критерий за квалифицираните последици“) [158].

222. Безспорно съм съгласен с Комисията, че материалноправните условия по член 22, параграф 1 от Регламента за сливанията по принцип могат да осигурят адекватна връзка с територията на Съюза. Трябва обаче да се има предвид, както споменах, че проверката на тези условия се извършва само prima facie и в рамките на особено кратък срок (15 работни дни). Затова не може да се изключи, че по член 22 от Регламента за сливанията Съюзът би могъл да претендира за компетентност да разгледа концентрация (с всички произтичащи от това последици, включително внезапното задействане на задължението за прекратяване в световен мащаб на всякакви действия по нейното осъществяване), която впоследствие ще се окаже, че няма предвидими, непосредствени и съществени последици на територията на съответната държава членка.

223. Трето, това положение може да породи проблеми във връзка с принципа на международната *вежливост*. Напълно съм наясно, че очертанията на този принцип и неговите правни последици са доста неясни [159]. Струва ми се обаче, че от този принцип може да се изведе, най-малкото, общо изискване за държавите да *преценят*, преди да заявят компетентност по дела със значителен чуждестранен елемент и със съвсем слаба вътрешна връзка, дали прилагането на тяхната правна уредба няма да доведе до компрометиране на ефективното прилагане на законите на трети държави, които имат по-силна териториална връзка с тези дела. Такъв прочит на принципа като цяло изглежда в съответствие със съображенията на други изтъкнати генерални адвокати [160], с международните споразумения на Съюза по този въпрос [161], както и с констатациите на други съдилища, включително по дела в областта на конкурентното право [162]. В този контекст се питам дали становището на Комисията за нейната широкообхватна компетентност да разглежда концентрации по член 22 от Регламента за сливанията, е напълно в съответствие с принципа на международната вежливост.

224. Четвърто, твърдението на жалбоподателите, че възприетото от Общия съд тълкуване на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията е в разрез с принципите на равнопоставеност и пропорционалност, не ми се струва неоснователно, както твърди Комисията. Всъщност предприятията с ограничени или никакви продажби в Съюза фактически биха се оказали в значително по-лошо положение от това на предприятията с по-значителна дейност в Съюза.

158 Решения от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 40—47), и от 25 март 1999 г., Gencor/Комисия (T-102/96, EU:T:1999:65, т. 243).

159 Вж. заключението на генерален адвокат Darmon по съединени дела Ahlström Osakeyhtiö и др./Комисия (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 и 125/85—129/85, EU:C:1988:258, т. 57).

160 Вж. например, що се отнася до конкурентното право, заключенията на генерален адвокат Wathelet по дело InnoLux/Комисия (C-231/14 P, EU:C:2015:292, т. 39—42), и на генерален адвокат Wahl по дело Intel Corporation/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2016:788, т. 283 и 300); и в друг контекст — заключението на генерален адвокат Szpunar по дело Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:281, т. 88).

161 Вж. например член I, параграф 2, буква b) и член IV от Споразумението между Европейските общности и правителството на Съединените американски щати за прилагане на положителни и взаимно признати принципи при изпълнение на [техните] закони за конкуренцията от 4 юни 1998 г. (ОВ L 173, 1998 г., стр. 28; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 37).

162 Вж. по-конкретно Становище на Върховния съд на САЩ, *F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A.* (124 S. Ct. 2359 (2004).

225. Последните могат да се възползват от установената с Регламента за сливанията система на „едно гише“ или, като алтернатива, ще трябва да подадат само една или повече национални нотификации в държавите, в които отговарят на националните прагове. Броят на тези нотификации може да се изчисли предварително и сливащите се страни са наясно кои органи ще разгледат концентрацията, по какъв начин и в какъв срок. Напротив, както обясних по-горе, предприятията, които са страни по концентрация, която не подлежи на нотифициране, не разполагат със средства да предвидят съдбата на тази концентрация, освен ако не подадат в ЕИП най-малко 30 неформални уведомления; а дори тогава много аспекти на процедурите, включително тяхната продължителност, остават несигурни.

226. Според мен това положение изглежда проблематично от гледна точка на принципа на равнопоставеност, който изисква да не се третират по различен начин сходни положения и да не се третират еднакво различни положения, освен ако такова третиране не е обективно обосновано [163]. Също така то, изглежда, създава непропорционална тежест, що се отнася до разходите и рисковете за сключилите сделки предприятия, които, както казах, имат съвсем ограничена дейност в Съюза [164].

227. Пето, принципът на ефективност не може да доведе до разширяване на обхвата на въпросната разпоредба отвъд разумното и необходимото за целите на Регламента за сливанията. В точка 197 по-горе обясних становището си по този въпрос. В този контекст е необходимо да добавя само един последен елемент: за мен не е убедително твърдението на Комисията за необходимостта да се попълни празнота в приложното поле на Регламента за сливанията.

228. Както Съдът последователно приема, последно в решение Towercast [165], членове 101 и 102 ДФЕС се прилагат по отношение на концентрации, които не достигат предвидените в Регламента за сливанията прагове (включително тези, които не отговарят на националните прагове). Тези разпоредби позволяват на НОК да се намесват ex post по отношение на концентрации, за които се оказва, че нарушават правилата на конкуренцията. Действително, последващата намеса може да се окаже „втората най-добра“ в сравнение с предварителния контрол. Разликите между тези две форми на контрол обаче, както недвусмислено следва от travaux préparatoires, са били аспект, който законодателят на Съюза надлежно е взел предвид в процеса, довел до приемането на Регламента за сливанията. Следователно съображенията на Комисията не могат да поставят под въпрос конкретен избор, направен от законодателя на Съюза.

229. В допълнение, според мен е неубедителен и доводът, изтъкнат от Комисията и някои от правителствата, встъпили по настоящото дело, че прилагането на членове 101 и 102 ДФЕС би било неефективно и времеемко.

230. Както неотдавна потвърди Съдът в решение European Superleague Company, злоупотреба с господстващо положение е налице, когато поведението има „за действителен или потенциален резултат или дори за цел да попречи на един предварителен етап, чрез въвеждането на бариери за навлизане на пазара или чрез използването на други

163 Вж., наред с други, решение от 17 декември 2020 г., Centraal Israëlitisch Consistorie van België и др. (C-336/19, EU:C:2020:1031, т. 85). Що се отнася до прилагането на този принцип в настоящия контекст, вж. mutatis mutandis точка 236 от обжалваното съдебно решение.

164 Както отбелязва V. Korah, за предприятията може да е много скъпо да комуникират с няколко органа и да им предоставят информация на различни езици, в различни формуляри, в рамките на различни, но във всички случаи, кратки срокове (вж. An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice. 8. ed. Hart, 2004, p. 356).

165 Решение от 16 март 2023 г. (C-449/21, EU:C:2023:207).

блокиращи мерки или на други средства […], потенциални конкурентни предприятия дори само да имат достъп до този пазар или пазари и по този начин да възпрепятства развитието на конкуренцията на тези пазари в ущърб на потребителите, като ограничава производството, разработването на алтернативни продукти или услуги или нововъведения“ [166]. Според мен така нареченото „killer acquisition“ попада точно в това описание и представлява типичен пример за злоупотреба с господстващо положение „с оглед на целта“ [167].

231. В този смисъл смятам, че за установяването на нарушение не е необходимо прекалено дълго или сложно разследване. Особено защото последващият контрол на осъществена концентрация — дейност, която не е необичайна в много държави [168] — може да е свързан с известно неудобство, но има и много съществено предимство: органите не трябва да правят *прогнози* за бъдещото поведение на предприятията. Всъщност при оценката си органът по конкуренция може да разгледа както доказателства отпреди концентрацията (например за да установи намерението на придобиващото предприятие и дали то е смятало придобиваното предприятие за реална заплаха за положението си на пазара), така и *доказателства след концентрацията*, които показват какво действително се е случило на пазара след придобиването (например за да установи дали е имало съществени последици за цените, производството и иновациите и дали дейността на придобитото предприятие е била прекратена или значително намалена) [169].

232. Освен това трябва да се има предвид, че когато се разследват възможни нарушения на членове 101 и 102 ДФЕС, НОК трябва да имат правомощията, очертани в така наречената Директива [170]. Според тази директива, когато се установи нарушение, компетентният орган е оправомощен не само да налага имуществени санкции (членове 13—16 от нея), но и по член 10, параграф 1 от посочената директива, да задължи засегнатите предприятия „да прекратят нарушението. За тази цел [органът може] да наложи поведенчески или структурни мерки, които са съразмерни на извършеното нарушение и необходими за ефективното му прекратяване“. Това може да включва, в особено сериозни случаи, частично или пълно прекратяване на предприятието, създадено в резултат на концентрацията [171]. В допълнение, съгласно член 11, параграф 1 от тази директива НОК може също „да действа по собствена инициатива като разпореди с решение налагането на временни мерки на предприятия[…], най-малко в случаите, в които е налице спешност, поради риск от сериозни и непоправими вреди за конкуренцията въз основа на prima facie констатация за нарушение на член 101 или член 102 от ДФЕС“. Такива мерки могат например да бъдат под формата на преустановителни заповеди [172].

166 Решение от 21 декември 2023 г. (C-333/21, EU:C:2023:1011, т. 131).

167 Вж., mutatis mutandis, United States Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines [Департамент на правосъдието на САЩ и Федерална търговска комисия, Насоки за хоризонталните концентрации], 2010, точка 6.4.

168 Вж., с препратки, Организация за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР), Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges [Разбиране на осъществени концентрации: опит и предизвикателства], Информационна бележка на кръглата маса за политиката в областта на конкуренцията, 2022 г.

169 По тази тема вж. например *Ginsburg*, D. H., K. W. Wong-Ervin. Challenging Consummated Mergers Under Section 2. Competition Policy International, May 2020.

170 Директива (ЕС) 2019/1 на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2018 година за предоставяне на правомощия на органите по конкуренция на държавите членки, за да бъдат по-ефективни в правоприлагането, и за гарантиране на правилното функциониране на вътрешния пазар (ОВ L 11, 2019 г., стр. 3). За тази директива вж. общо *Arsenidou*, E. The ECN+ Directive. — In: Dekeyser, K. et al. (eds.). Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement — A Systematic Guide. Wolters Kluwer, 2023, 143—149.

171 Вж. заключението на генерален адвокат Kokott по дело Towercast (C-449/21, EU:C:2022:777, т. 63).

172 Най-общо относно временните мерки вж. наскоро *Emin*, C., M. Kadar. Comment to Article 8 of Regulation No 1/2003. — In *Dekeyser*, K. et al. (eds.), бележка под линия 170 по-горе, стр. 255—272.

233. Шесто, много широкият обхват, който Общият съд придава на разпоредба, която несъмнено представлява изключение от разпоредбите на член 1 от Регламента за сливанията, противоречи на общоприетия принцип на тълкуване, според който изключенията и дерогациите от общата уредба или общите правила на даден правен акт трябва да се тълкуват стриктно, за да не бъдат изпразнени от съдържание тези правила [173]. Всъщност Общият съд вече е приел, че този принцип е релевантен при тълкуването на обхвата на механизма за препращане, предвиден в член 9 от Регламента за сливанията [174]. За мен не е ясно на какво основание в обжалваното съдебно решение той е решил да отхвърли релевантността на този тълкувателен принцип по отношение на предвидения в член 22 от Регламента за сливанията механизъм за препращане [175].

234. Въз основа на гореизложените съображения считам, че Общият съд е допуснал грешка при тълкуването и прилагането на член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията. Поради това обжалваното съдебно решение следва да бъде отменено.

235. Ако обаче Съдът не се съгласи с направения от мен анализ на първото основание за обжалване, считам, че той трябва да отхвърли жалбите. В следващия раздел ще обясня накратко защо считам второто и третото основание на жалбоподателите за необосновани.

Б. По второто основание: момента на подаване на искането за препращане и задължението на Комисията да действа в разумен срок

236. **Второто основание на Illumina и Grail за обжалване се отнася до отхвърлянето от Общия съд на второто основание на Illumina в първоинстанционното производство, изведено от твърдения за късно подаване на искането за препращане, а при условията на евентуалност, нарушение на принципите на правна сигурност и на „добра администрация“. По-конкретно, жалбоподателите оспорват точки 190—211 от обжалваното съдебно решение, в които Общият съд прави извода, че:**

„изразът „станал[а] известн[а] […] на съответната държава членка“, съдържащ се в член 22, параграф 1, втора алинея от [Регламента за сливанията], трябва да се тълкува в смисъл, че изисква на тази държава членка да бъде активно предоставена релевантна информация, чрез която да може предварително да прецени дали са изпълнени условията, за да отправи искане за препращане на основание тази разпоредба. Ето защо според това тълкуване срокът от 15 работни дни, предвиден в посочената разпоредба, когато не се изисква нотифициране на концентрацията, започва да тече от предаването на тази информация“.

237. Жалбоподателите оспорват също точки 240 и 242—245 от обжалваното съдебно решение, в които Общият съд приема по-специално, че i) „[Illumina] не е бил[о] в състояние да уточни в достатъчна степен твърдените „значителни фактически грешки“, допуснати в обжалваното решение, които опорочили още поканата и следователно можели да окажат решаващо влияние върху съдържанието на искането за препращане на ACF“; и ii) „тези [жалбоподатели] […] са имали не една възможност да изложат становищата си в хода на административната процедура, довела до приемането на [обжалваните] решения“.

[173] Вж. например решение от 28 октомври 2022 г., Generalstaatsanwaltschaft München (Екстрадиция и ne bis in idem) (C-435/22 PPU, EU:C:2022:852, т. 119 и цитираната съдебна практика).

[174] Решение от 3 април 2003 г., Royal Philips Electronics/Комисия (T-119/02, EU:T:2003:101, т. 354).

[175] Вж. точка 182 от обжалваното съдебно решение. Според мен смисълът на този пасаж е твърде неясен.

1. Доводи на страните

238. С второто си основание за обжалване жалбоподателите твърдят, че Общият съд е допуснал грешки при прилагане на правото, като: i) не е извел никакви правни последици от правилната констатация, че Комисията не е изпратила в разумен срок поканата до всички държави членки във връзка с разглежданата концентрация, и ii) е приел, че Комисията не е нарушила правото на защита на страните в хода на процедурата, довела до приемането на спорните решения.

239. Комисията поддържа, че това основание за обжалване е неоснователно и отчасти недопустимо.

2. Анализ

240. Според мен доводите на жалбоподателите са неубедителни.

241. Първо, считам, че Общият съд не е допуснал грешка при прилагане на правото в тълкуването на израза „станал[а] известн[а] […] на съответната държава членка“, съдържащ се в член 22, параграф 1, втора алинея от Регламента за сливанията. Както се посочва в точка 192 от обжалваното съдебно решение, сравнението на текстовете на Регламента на различните езици показва, че за да започне да тече срокът от 15 работни дни, не е достатъчно концентрацията да бъде публично оповестена в съответната държава членка — например чрез прессъобщения или отразяване в медиите [176] — за да могат съответните органи да бъдат известени за нея. Вместо това тази разпоредба изисква активно уведомяване на тези органи за концентрацията. Струва ми се, че този прочит е в съответствие с целта на разпоредбата, която е да позволи на органите да извършат предварителна оценка дали prima facie са изпълнени материалноправните условия, посочени в член 22, параграф 1, първа алинея от Регламента за сливанията [177].

242. Според мен жалбоподателите не са изтъкнали нито един довод, който да поставя под съмнение това тълкуване на член 22, параграф 1, втора алинея от Регламента за сливанията.

243. Второ, въпреки че не съм напълно убеден в правната рамка, приложена от Общия съд за определяне на последиците, произтичащи от неизпращането на поканата от страна на Комисията в разумен срок, считам, че изводът, направен в обжалваното съдебно решение, е правилен.

244. Според мен същността на въпроса не е в това дали жалбоподателите са могли да докажат, че правото им на защита е било нарушено поради забавянето на Комисията да предприеме действия. Всъщност решаващо е дали жалбоподателите са могли да представят достатъчно косвени доказателства, че без въпросното процесуално нарушение изходът от процедурата *би могъл* да бъде различен.

245. Както обясних в заключението си по дело HSBC, практиката на съдилищата на Съюза, изглежда, разграничава две основни форми на процесуални грешки: нарушения на „съществени процесуални правила“, които *автоматично* водят до недействителност на въпросния акт, и нарушения на други процесуални правила, които се преценяват по

176 Вж. в това отношение точка 203 от обжалваното съдебно решение.

177 Вж. в това отношение точка 199 от обжалваното съдебно решение.

„критерий за несъществената грешка“. Това означава, че „обикновените“ процесуални грешки водят до отмяна на оспорения акт, освен ако грешката може да се счита за безобидна, в смисъл че не е имала или не е могла да има никакво въздействие върху изхода от производството. Важно е да се отбележи, че в зависимост от характеристиките на нарушеното правило този критерий се прилага в три различни форми: i) нарушения от сериозно и структурно естество водят до (оборима) *презумпция*, че грешката е повлияла на изхода от производството, като тежестта за оборване на презумпцията е върху ответника; ii) „стандартни“ грешки, които може да са повлияли или да не са повлияли на изхода от производството, за които жалбоподателят трябва да докаже, че при липса на грешка оспореният акт е *можел* да бъде различен; и iii) не толкова сериозни нарушения, които водят до отмяната на въпросния акт, ако жалбоподателят докаже, че при липсата на грешка изходът от производството е *щял* да бъде различен [178].

246. С оглед на текста на приложимата разпоредба (която не предвижда конкретен срок [179]), както и на целта и логиката на създадената с Регламента за сливанията система за контрол върху концентрациите (която има за цел да осигури ефективен контрол върху потенциално антиконкурентни концентрации чрез ефективна и предвидима система, годна да предложи правна сигурност на засегнатите предприятия [180]) ми се струва, че неспазването от страна на Комисията на разумен срок не може да се счита за нарушение на съществено процесуално правило и че следва да се приложи стандартният критерий за процесуални грешки [181].

247. Както в представените в първоинстанционното производство становища, така и в контекста на настоящото производство жалбоподателите не са посочили конкретен елемент, който би могъл да покаже, че ако Комисията беше действала в разумен срок, оценката ѝ за възможността и годността на разглежданата концентрация да бъде предмет на препращане по член 22 от Регламента за сливанията, *можеше* да бъде различна.

248. Във всички случаи, споделям и становището на Комисията, че жалбоподателите i) не са се позовали изрично на нарушение на правото им на защита в първоинстанционното производство, поради което тази част от основанието за обжалване е недопустима, и ii) не са доказали в достатъчна степен, че възможността им да упражнят правото си на защита в хода на процедурата, довела до приемането на спорните решения, е била неблагоприятно засегната. Що се отнася до последния въпрос, вярно е, че жалбоподателите са изтъкнали няколко обстоятелства, които сочат, че по отношение на тези предприятия Комисията може да не е действала със степента на прозрачност и безпристрастност, която обикновено се очаква от публичната администрация [182]. За това очевидно може да се съжалява, тъй като подобни форми на поведение могат да въздействат върху начина, по който обществеността възприема функционирането на служба, която — поради предоставените ѝ значителни правомощия — трябва да действа последователно с максимална безпристрастност и обективност. Същевременно е вярно, че поведението на Комисията не е лишило жалбоподателите от възможността да изложат своите фактически и правни доводи в рамките на процедурата, започната по член 22 от Регламента за сливанията, с цел да повлияят върху нейния изход.

178 Вж., с допълнителни препратки, заключението ми по дело HSBC Holdings и др./Комисия (C-883/19 P, EU:C:2022:384, т. 38—59).

179 Вж. в това отношение точка 221 от обжалваното съдебно решение.

180 Вж. в това отношение точка 226 от обжалваното съдебно решение.

181 Вж. по аналогия практиката на Съда, посочена в точка 240 от обжалваното съдебно решение.

182 В частност, трудно е да се разбере защо Комисията се е свързала с жалбоподателите и впоследствие ги е информирала за своите опасения почти *три месеца* след като е получила жалба във връзка с концентрацията, въпреки че през този период Комисията е имала многобройни контакти с жалбоподателя, няколко НОК, органите на други държави членки и CMA.

249. По гореизложените съображения второто основание за обжалване следва да бъде отхвърлено.

B. По третото основание: принципи на правна сигурност и на оправдани правни очаквания

250. С третото си основание за обжалване, насочено срещу точки 254—260 от обжалваното съдебно решение, Illumina и Grail упрекват Общия съд, че е отхвърлил третото основание на Illumina в първоинстанционното производство, изведено от нарушение на принципите на правна сигурност и за защита на оправданите правни очаквания. В тези точки Общият съд е анализирал само доводите относно оправданите правни очаквания, тъй като доводите относно правната сигурност не са развити в достатъчна степен.

251. Що се отнася до принципа за защита на оправданите правни очаквания, Общият съд приема, че основните елементи, на които се позовава Illumina, не подкрепят „наличието на предполагаемата политика на Комисията, на която се основава [Illumina]“, и не може да се счита, че представляват „конкретни, безусловни и непротиворечиви уверения от страна на Комисията относно разглеждането на спорната концентрация“.

1. Доводи на страните

252. Жалбоподателите са на мнение, че мотивите на обжалваното съдебно решение са опорочени от няколко грешки при прилагане на правото. По-конкретно, те твърдят, че Общият съд: i) е изопачил смисъла на довода на Illumina в първоинстанционното производство относно оправданите правни очаквания; ii) неправилно е приел, че оправдани правни очаквания може да има само ако уверенията, на които се основават тези очаквания, се отнасят конкретно до разглежданата концентрация; iii) неправилно е преценил значението на речта на г-жа Margrethe Vestager, изпълнителен заместник-председател на Комисията и комисар по конкуренцията, произнесена само няколко месеца преди Комисията да изпрати поканата [183]; и iv) не е разгледал доводите им, основани на нарушение на принципа на правна сигурност.

253. Комисията отговаря, че Общият съд не е допуснал грешка при прилагане на правото по този въпрос.

2. Анализ

254. И в този случай, макар да смятам някои от релевантните пасажи от обжалваното съдебно решение за неубедителни, считам, че Общият съд не е допуснал грешка, като е отхвърлил третото основание на Illumina.

255. Най-напред, твърдението на жалбоподателите, че Общият съд неправилно е определил смисъла на доводите, основани на оправданите правни очаквания, е неоснователно. Жалбоподателите твърдят, че доводът на Illumina е бил, че Комисията е създала очакване, че няма да *насърчава* искания за препращане на концентрации под

[183] Реч, озаглавена „The Future of EU Merger Control“ [„Бъдещето на контрола върху концентрациите на ЕС“], произнесена в рамките на проведената на 11 септември 2020 г. 24-та годишна конференция относно конкуренцията на Международната асоциация на адвокатските колегии.

националните прагове, докато Общият съд е разгледал дали Комисията може законосъобразно да *приема* такива препращания. Това, струва ми се, е твърде педантично, тъй като е ясно, че двата аспекта са взаимно допълващи се и трудно могат да се отделят един от друг.

256. Доводите на жалбоподателите по същество се свеждат до това, че те не са могли да предвидят внезапната промяна на политиката на Комисията във връзка с тълкуването на член 22 от Регламента за сливанията. Това, което наистина има значение в това отношение, е дали жалбоподателите са могли, поради получената от Комисията информация, легитимно да вярват, че концентрацията им няма да бъде предмет на препращане по член 22 от Регламента за сливанията. Според мен в този контекст е без значение дали въпросното препращане е задействано от един или повече НОК, действащи по собствена инициатива, или защото са били поканени от Комисията да го направят.

257. В допълнение, според мен доводите на жалбоподателите, с които те се оплакват, че Общият съд не е разгледал твърденията им за нарушение на принципа на правна сигурност, също са неубедителни. След като се запознах със съображенията им в първоинстанционното производство, трябва да се съглася с Общия съд, че жалбоподателите не са изтъкнали никакъв конкретен довод в това отношение; с други думи, няма такъв, който да може да се разграничи от доводите им относно оправданите правни очаквания, които Общият съд изрично е разгледал в обжалваното съдебно решение.

258. По-нататък, считам, че в настоящото дело не са изпълнени всички условия, при които страна може да се позове на принципа на оправданите правни очаквания.

259. Действително, някои части от обжалваното съдебно решение според мен са неправилни. В точка 254 от това решение Общият съд се позовава на съдебна практика, според която конкретните, безусловни и непротиворечиви сведения, предоставени от администрацията, могат да породят оправдани правни очаквания, при условие че наред с останалото, тези сведения „са съобразени с приложимите норми“. След това в точка 265 от това решение, като се позовава на тази съдебна практика, Общият съд добавя, че „доколкото от първото основание се установява, че в основата на обжалваните решения стои правилно тълкуване на обхвата на този член, жалбоподателят не може да се позовава на преориентирането в практиката на Комисията при вземането на решения“.

260. В това отношение не мога да се съглася с Общия съд. Съдебната практика, на която се позовава Общият съд (която, както виждам, по същество се състои от негови собствени решения), не може логично да означава, че правните субекти могат да се позовават на оправдани правни очаквания само ако предоставените от администрацията уверения са съобразени с приложимите правила. Всъщност, ако уверенията са в съответствие с приложимото право, не би било необходимо въпросните субекти да се позовават на защитата на оправданите правни очаквания: позицията им би била надлежно защитена от самите разпоредби, посочени от администрацията. Смисълът на принципа на оправданите правни очаквания очевидно е да се защитят правните субекти, които не по своя вина са подведени от тълкуването на приложимото право от страна на администрацията.

261. Според мен тази съдебна практика може да се приеме само ако се разбира в смисъл, че изключва възможността правните субекти да се позовават на принципа на оправданите правни очаквания, когато всяко съобразително в разумни граници лице би разбрало, че дадените от администрацията уверения не са съобразени с приложимите правила.

Следователно, ако в разглеждания случай жалбоподателите действително са получили от Комисията „конкретни, безусловни и непротиворечиви уверения“, фактът, че впоследствие тази институция е приложила правилно член 22 от Регламента за сливанията, не би могъл да попречи на тези предприятия да се позоват на нарушение на принципа на оправданите правни очаквания.

262. При това положение съм съгласен с Общия съд, че във всички случаи, от речта на комисаря, на която се позовават жалбоподателите, не могат да се извлекат такива уверения. Както правилно посочва Общият съд, и предметът на речта (която „засяга общата политика на Комисията в областта на концентрациите и в нея не е спомената разглежданата концентрация“ [184]), и същността и духа на последната (която сочи, че в миналото „Комисията е имала практиката да възпира националните органи да препращат концентрации, за чието разглеждане те самите не са били компетентни“ [185]) изключват възможността тази реч да се разглежда като пораждаща уверения, които са „конкретни, безусловни и непротиворечиви“ по смисъла на практиката на Съда [186].

263. В светлината на гореизложеното третото основание за обжалване също следва да бъде отхвърлено.

VI. Последици от анализа: решаването на настоящото дело

264. Съгласно член 61, първа алинея, второ изречение от Статута на Съда на Европейския съюз, ако решението на Общия съд бъде отменено, Съдът може сам да постанови окончателно решение по делото, когато фазата на производството позволява това.

265. Според мен случаят в настоящото производство очевидно е такъв. Общият съд е допуснал грешка при тълкуването и прилагането на член 22 от Регламента за сливанията. При правилно тълкуване тази разпоредба не оправомощава Комисията да приема решения като оспорените от жалбоподателите в настоящото производство. Следователно тези решения трябва да бъдат отменени.

266. Въпреки това искането на ACF и информационното писмо на Комисията не могат да бъдат отменени, тъй като: i) първият акт не е бил предмет на обжалване в първоинстанционното производство [187] (отделно от факта, че не е акт на институциите на Съюза), и ii) що се отнася до информационното писмо, макар и оспорено в първоинстанционното производство, Общият съд е приел, че то не е обжалваем акт [188]. Съответните части от обжалваното съдебно решение също не са били обжалвани от жалбоподателите.

184 Вж. в това отношение точка 260 от обжалваното съдебно решение.

185 Вж. в това отношение точка 261 от обжалваното съдебно решение.

186 Вж. например решения от 20 май 2021 г., Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:402, т. 49), и от 31 март 2022 г., Сметна палата на Република България (C-195/21, EU:C:2022:239, т. 65).

187 Вж. в това отношение точка 62 от обжалваното съдебно решение.

188 Вж. в това отношение точки 79 и 80 от обжалваното съдебно решение.

VII. По съдебните разноски

267. Съгласно член 138, параграф 1 и член 184, параграф 1 от ПП загубилата делото страна се осъжда да заплати разноските, ако е направено такова искане от спечелилата делото страна. Тъй като жалбоподателите са поискали присъждане на съдебните разноски и жалбите им са уважени, Комисията следва да бъде осъдена да заплати съдебните разноски по настоящото производство.

268. В съответствие с член 140 и член 184, параграф 1 от ПП държавите членки, встъпили в производството, ЕНО и Biocom следва да понесат направените от тях съдебни разноски.

VIII. Заключение

269. С оглед на изложеното по-горе предлагам на Съда:

– да отмени решението на Общия съд от 13 юли 2022 г., Illumina/Комисия (T-227/21, EU:T:2022:447),

– да отмени решение C(2021) 2847 final на Комисията от 19 април 2021 г., с което се уважава искането на Autorité de la concurrence française (френския орган по конкуренция) тя да разгледа концентрацията, свързана с придобиването от страна на Illumina, Inc. на изключителния контрол върху Grail, Inc. (преписка COMP/M.10188 — Illumina/Grail), решения C(2021) 2848 final, C(2021) 2849 final, C(2021) 2851 final, C(2021) 2854 final и C(2021) 2855 final на Комисията от 19 април 2021 г., с които се уважават исканията на белгийския, нидерландския, гръцкия, исландския и норвежкия орган по конкуренция да се присъединят към искането за препращане, и писмото на Европейската комисия от 11 март 2021 г., с което уведомява Illumina и Grail за посоченото искане за препращане,

– да осъди Комисията да заплати съдебните разноски по производството, и

– да осъди Френската република, Кралство Нидерландия, Надзорния орган на Европейската асоциация за свободна търговия и Biocom California да понесат направените от тях съдебни разноски.