Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
N. WAHL
представено на 18 януари 2018 година[1]

Дело C-633/16

Ernst & Young P/S
срещу
Konkurrencerådet

(Преюдициално запитване, отправено от Sø- og Handelsretten (Морски и търговски съд, Дания)

„Конкуренция — Контрол върху концентрациите между предприятия — Член 7, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 139/2004 — Задължение за спиране на концентрацията до обявяването ѝ за съвместима с общия пазар — Прекратяване на споразумение за сътрудничество от едно от участващите в концентрацията предприятия“

1. Твърди се, че който действа преждевременно, все едно греши. Това е особено вярно за преждевременното извършване на концентрация между предприятия.

2. За да се прецени кога извършването на концентрацията е преждевременно и поради това неправомерно, е важно да има яснота какъв е обхватът на задължението за спиране на концентрацията до евентуалното ѝ одобряване („задължението за спиране“) и на съответните правомощия на Европейската комисия да установи преждевременно извършване на концентрацията по смисъла на член 7, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 139/2004[2]. Нещо повече, *как* следва да се определи точният обхват на задължението за спиране?

3. В досегашната си практика Съдът не е отговарял на тези кратки, но важни въпроси, повдигнати по настоящото дело.

4. Когато се произнася по тях, Съдът ще трябва да прецени дали целта да се осигури ефективен предварителен контрол върху концентрациите, предполага необходимост задължението за спиране да се разпростре и отвъд материалното приложно поле на правилата за концентрациите, предвидени в Регламент № 139/2004.

5. По-нататък ще обясня защо смятам, че обхватът на задължението за спиране трябва да бъде ясно очертан и защо най-добрият начин за това е да се даде отрицателна дефиниция, тоест да се определи какво не попада в приложното поле на член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004.

1 Език на оригиналния текст: английски.

2 Регламент на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (Регламент за сливанията на ЕО) (ОВ L 24, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 201).

I. Правна уредба

A. Регламент № 139/2004

6. Съгласно член 1, параграф 1 от Регламент № 139/2004 („Приложно поле“) този „регламент се прилага по отношение на всички концентрации, които имат значение за [Съюза]“.

7. Член 3 от Регламент № 139/2004 („Понятие за концентрация“) гласи:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[…]“.

8. Член 4, параграф 1 от Регламент № 139/2004 („Предварително нотифициране за концентрации и предварителна нотификация по искане на нотифициращите страни“) гласи:

„За посочените в настоящия регламент концентрации, които имат [съюзно] измерение, Комисията се нотифицира преди тяхното извършване и след сключването на споразумение, обявяването на публичен търг или придобиването на контролен пакет.

Нотифицирането може да бъде извършено също така и когато засегнатите предприятия удостоверят пред Комисията добросъвестните си намерения да сключат споразумение или, в случаите на публичен търг, когато те са обявили публично намерението си да направят такъв търг, при условие че предвиденото споразумение или търг биха довели до извършване на концентрация [със съюзно] измерение.

За целите на настоящия регламент терминът „нотифицирани концентрации“ обхваща също така и концентрациите, които са планирани и за които се извършва нотифициране на основание втора алинея. За целите на параграфи 4 и 5 от настоящия член терминът „концентрация“ включва планираните концентрации по смисъла на втора алинея“.

9. Член 7 от Регламент № 139/2004 („[Спиране] на концентрации“) гласи:

„1. Концентрация [със съюзно] измерение съгласно член 1 […] не се извършва, преди да бъде нотифициран[а] или преди да бъде обявена за съвместима с общия пазар […].

[…]

3. Комисията може, по предявено искане, да освободи от задълженията по параграф 1 или 2. Искането за освобождаване трябва да бъде мотивирано. При произнасянето си по искането Комисията взема предвид *inter alia* и ефекта на [спирането] върху едно или повече засегнати предприятия или върху трета страна, както и заплахата, която концентрацията създава. Такова освобождаване може да бъде обвързано с изпълнението на условия и задължения с гарантиране на условия за ефективна конкуренция. Освобождаване може да бъде искано и предоставяно по всяко време, било преди нотифицирането или след операцията.

[…]“.

10. Съгласно член 8 от Регламент № 139/2004 („Правомощия на Комисията за вземане на решение“):

„[…]

4. Когато Комисията установи, че дадена концентрация:

а) е била вече извършена и че е била обявена за несъвместима с общия пазар, или

б) е била извършена в нарушение на условие, включено в решение […],

Комисията може:

– да изиска от засегнатите предприятия да развалят концентрацията, по-специално чрез анулиране на сливането или разпореждането с всички придобити акции или активи, така че да бъде възстановено положението преди извършване на концентрацията; в случаи, при които не е възможно възстановяването на съществуващото преди извършването на концентрацията положение посредством нейното разваляне, Комисията може да предприеме друга подходяща мярка за постигане на такъв резултат, доколкото това е възможно,

– да нареди друга подходяща мярка, за да гарантира, че засегнатите предприятия развалят концентрацията или предприемат мерки за възстановяване на предишното положение, както се изисква в нейното решение.

[…]

5. Комисията може да предприеме необходимите временни мерки, за да възстанови или поддържа условия за ефективна конкуренция, когато дадена концентрация:

а) е била извършена в противоречие с член 7 и все още не е взето решение за съвместимостта на концентрацията с общия пазар;

[…]

в) е вече извършена и е обявена за несъвместима с общия пазар.

[…]“.

Б. Националното право

11. Член 12c от Konkurrenceloven [3] (Закон за конкуренцията) гласи:

„1. С решение Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen [Службата за конкуренцията и потребителите, наричана по-нататък „KFST“] разрешава или забранява концентрацията.

2. Концентрация, която не би възпрепятствала съществено ефективната конкуренция, в частност в резултат на създаването или засилването на господстващо положение, се разрешава. Концентрация, която би възпрепятствала съществено ефективната конкуренция, в частност в резултат на създаването или засилването на господстващо положение, се забранява.

[…]

5. Концентрациите, за които се прилага този закон, не се извършват, преди да бъдат нотифицирани или преди [KFST] да издаде разрешението по параграф 1 […].

[…]“.

12. Според акта за преюдициално запитване в мотивите към законодателното изменение, с което е въведен член 12c, се посочва, че датските разпоредби в областта на контрола върху концентрациите се основават на разпоредбите на Регламент № 139/2004 и следва да се тълкуват в съответствие с тях, що се отнася както до дефиницията и обхвата на понятието за концентрация, така и до задължението за спиране.

II. Фактите, производството и преюдициалните въпроси

13. На 18 ноември 2013 г. дружествата KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab и KPMG Ejendomme Flintholm K/S (наричани по-нататък заедно „KPMG DK“), от една страна, и Ernst & Young P/S, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Ernst & Young Global Limited и EYGS LLP (наричани по-нататък заедно „EY“), от друга, сключват споразумение да се слеят (наричано по-нататък „споразумението за сливане“).

14. Към момента на сключване на споразумението за сливане KPMG DK и EY са одитни дружества с дейност на датския пазар за счетоводни и одитни услуги. По силата на споразумение за сътрудничество, подписано на 15 февруари 2010 г. (наричано по-нататък „споразумението за сътрудничество“), KPMG DK е член на международната мрежа независими одитни дружества KPMG International Cooperative (наричана по-нататък „KPMG International“).

3 Lovbekendtgørelse nr. 869 (Консолидиран закон № 869) от 8 юли 2015 г. (*Lovtidende* 2015 A).

15. Споразумението за сътрудничество предоставя на страните изключителното право на национално равнище да бъдат част от мрежата на KPMG и да използват марките на KPMG International в търговската си дейност. То съдържа и разпоредби за разпределянето на клиентите, задължението за обслужване на клиенти от други места и годишното възнаграждение за участието в сътрудничеството. Едно от условията по споразумението за сътрудничество е в нито един момент участващите в мрежата KPMG одитни дружества да не учредяват съвместни дружества или подобни обединения.

16. Съгласно споразумението за сливане веднага след подписването му KPMG DK е длъжно да прекрати споразумението си с KPMG International, за да може да се оттегли от сътрудничеството с нея с оглед на сливането си с EY и включването си в групата EY.

17. Не се оспорва, че споразумението за сливане подлежи на нотифициране, тъй като предвижда EY да придобие контрол върху KPMG DK, а оборотът на участващите предприятия надвишава количествените прагове, установени в датските правила за конкуренцията.

18. След подписването на споразумението за сливане с EY на 18 ноември 2013 г. KPMG DK прекратява споразумението за сътрудничество, считано от 30 септември 2014 г., първо с предварителен телефонен разговор с председателя на борда на директорите на KPMG International и след това с писмо от 18 ноември 2013 г. до KPMG International. Самото прекратяване на споразумението за сътрудничество не подлежи на одобряване от органите по конкуренция.

19. Сключването на споразумението за сливане е оповестено на 19 ноември 2013 г. От тази дата до разрешаването на концентрацията настъпват редица събития.

20. На 20 ноември 2013 г. със статия в онлайн вестника „Business.dk“ KPMG International обявява намерението си да остане на датския пазар. KPMG International решава да създаде ново одитно предприятие в Дания. Тя сключва и споразумение за сътрудничество с данъчно-консултантско дружество, макар че споразумението ѝ за сътрудничество с KPMG DK все още е в сила и сътрудничеството им продължава, както преди, въпреки предизвестието за прекратяване.

21. Наред с това някои клиенти на KPMG DK, включително двама от най-големите клиенти — групите Carlsberg и Mærsk, решават да препоръчат на общите си събрания смяна на одиторите, така че за счетоводната 2014 година техните дружества да бъдат одитирани от KPMG International. През този период други дружества също решават да сменят KPMG DK с други одитни дружества. В повечето случаи редовните общи събрания се провеждат в ранната пролет, тъй като по принцип счетоводната година за дружествата съвпада с календарната и тъй като съгласно датското дружествено право одиторът трябва да бъде избран на редовно общо събрание.

22. Веднага след оповестяването на споразумението за сливане KPMG DK и EY започват преднотификационната процедура, за да получат разрешение за концентрацията, като първите проучвателни контакти с KFST са от 21 ноември 2013 г.

23. Първият проект на нотификация е изпратен на KFST на 13 декември 2013 г., окончателната нотификация е подадена на 7 февруари 2014 г., а на 28 май 2014 г. с одобрението на Konkurrencerådet (Съвет по конкуренция, Дания) концентрацията е разрешена. След разрешението от Съвета по конкуренция KPMG DK и KPMG International се договарят да прекратят сътрудничеството помежду си, считано от 30 юни 2014 г.

24. На 17 декември 2014 г. Съветът по конкуренция издава решение, с което установява, че KPMG DK е нарушило задължението си за спиране на концентрацията по член 12c, параграф 5 от Закона за конкуренцията, като е дало предизвестие за прекратяване на споразумението за сътрудничество с KPMG International на 18 ноември 2013 г. в съответствие с условията на споразумението за сливане, преди Съветът по конкуренция да е разрешил концентрацията (наричано по-нататък „оспореното решение“).

25. KFST взема оспореното решение въз основа на цялостна преценка на обстоятелствата по случая. KFST обаче изтъква най-вече това, че прекратяването на споразумението е i) конкретно свързано с концентрацията, ii) необратимо и iii) с потенциал да породи пазарни последици в периода между отправянето на предизвестието и разрешаването на концентрацията, без обаче тези три аспекта да са посочени като единствени.

26. Що се отнася до потенциала за пораждане на пазарни последици, в оспореното решение се посочва, че може да има няколко причини за констатираните пазарни последици, включително че не е възможно да се определи конкретно контекстът на пазарните реакции, но въпреки това според Съвета по конкуренция самото прекратяване има присъщ потенциал да породи пазарни последици и съответно може да се окачествi като действие по извършване на концентрацията, поради което не е необходимо да се доказва наличието на реални последици от него.

27. Ernst & Young P/S (наричано по-нататък „Ernst & Young“) не е съгласно с оспореното решение и на 1 юни 2015 г. го обжалва пред запитващата юрисдикция. Във връзка с това запитващата юрисдикция посочва, че изходът на делото в главното производство е от значение за въпроса за възможните санкции, тъй като на 11 юни 2015 г. KFST изпраща преписката на Statsanklager for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (прокурор по въпросите на тежката икономическа и международна престъпност, Дания) за евентуално образуване на наказателно производство.

28. Тъй като има съмнения по отношение на правилното тълкуване на член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004, а трябва да тълкува член 12c, параграф 5 от Закона за конкуренцията в съответствие с него, запитващата юрисдикция решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Какви критерии следва да се прилагат при преценката дали поведението или действията на предприятието попадат в обхвата на забраната по член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004 ([задължението за спиране]) и за да е налице действие по извършване по смисъла на член 7, параграф 1, необходимо ли е съответното действие изцяло или частично, фактически или правно да е част от самата промяна в контрола или самата концентрация на продължаващите дейности на участващите предприятия, която при надхвърляне на количествените прагове поражда задължението за изпращане на нотификация?

2) Може ли прекратяването на споразумение за сътрудничество като разглежданото в случая, оповестено при обстоятелства като описаните в акта за преюдициално запитване, да съставлява действие по извършване на концентрацията в нарушение на забраната по член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004 и съответно по какви критерии трябва да се вземе решение?

3) Има ли значение за отговора на втория въпрос дали прекратяването на споразумението реално е породило релевантни от гледна точка на конкурентното право пазарни последици?

4) При утвърдителен отговор на третия въпрос: какви критерии трябва да се прилагат и каква степен на вероятност трябва да се изисква, когато в конкретния случай се преценява дали прекратяването на споразумението е породило такива пазарни последици, в това число какво е значението на възможността тези последици да се дължат на други причини?“.

29. В писмената фаза на производството становища представят Ernst & Young, датското правителство и Комисията. Устните становища на тези страни са изслушани в съдебното заседание от 15 ноември 2017 г.

III. Анализ

А. По компетентността на Съда

30. В писменото си становище Комисията изразява съмнение дали тълкуването на отправените въпроси е от компетентността на Съда, при положение че член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004 не урежда пряко разглеждания в главното производство случай. Комисията по-конкретно се съмнява дали позоваването на Регламента в документите от подготвителните работи по приемането на националния закон е достатъчно, за да е налице компетентност за Съда по член 267 ДФЕС.

31. В трайно установената си практика, произтичаща от решение Dzodzi[4], Съдът постановява, че независимо от изискванията за прилагането им, възприетите въз основа на правото на Съюза разпоредби или понятия следва да се тълкуват еднакво, за да се избегнат последващи различия в тълкуването. Този подход беше последно потвърден от Съда в решение Allianz Hungária Biztosító и др.[5]. Следователно Съдът е компетентен да се произнася по преюдициални запитвания относно разпоредби на правото на Съюза в случаи, в които фактите по главното производство не попадат пряко в приложното поле на правото на Съюза, но националният законодател е решил да приложи едно и също третиране за вътрешните положения и за положенията, уредени от правото на Съюза[6].

32. Поради това стигам до заключението, че Съдът е компетентен да отговори на преюдициалните въпроси, поставени от Sø- og Handelsretten (Морски и търговски съд, Дания).

Б. По същество

1. Предварителни бележки

33. Без да предрешавам въпроса за необходимостта от предварително нотифициране на концентрациите, бих искал да припомня, че в много правни системи не съществува (национално) задължение за спиране. В Европейския съюз например това е така в Италия[7], Латвия[8] и Обединеното кралство (където освен това нотификацията е описана като „доброволна“)[9].

4 Решение от 18 октомври 1990 г. (C-297/88 и C-197/89, EU:C:1990:360, т. 36—43). Вж. например и решения от 17 юли 1997 г., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, т. 34), от 11 януари 2001 г., Kofisa Italia (C-1/99, EU:C:2001:10, т. 32), от 14 декември 2006 г., Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, т. 19) и от 15 януари 2002 г., Andersen og Jensen (C-43/00, EU:C:2002:15, т. 18).

5 Вж. решение от 14 март 2013 г., Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 20 и цитираната съдебна практика).

6 В този смисъл вж. решение от 14 март 2013 г., Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 20 и 21).

7 Вж. член 17 от Legge 10 ottobre 1990, n. 287 — Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Закон № 287 от 10 октомври 1990 г. за приемане на разпоредби за защита на конкуренцията и пазара, GURI № 240 от 13 октомври 1990 г., стр. 3).

8 Вж. членове 15—17 от Konkurences likums (Закон за конкуренцията) от 4 октомври 2001 г. (*Latvijas Vēstnesis*, 2001 г., № 151).

9 Вж. член 96, параграф 1 от Enterprise Act 2002 (Закон за предприятията от 2002 г.) и Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure (Концентрации: насоки относно правомощията на и процедурата пред Competition and Markets Authority (Орган по конкуренцията и пазарите, Обединено кралство) от януари 2014 г. (достъпни на адрес https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2__Mergers__Guidance.pdf, последно посетен на 1 декември 2017 г.), т. 6.1 и 6.2, както и бележка под линия 298.

34. На равнището на Съюза първоначалният регламент за контрола върху концентрациите предвиждаше задължение за спиране единствено в продължение на три седмици след нотифицирането на концентрацията. Срокът на задължението можеше да бъде удължаван с решение на Комисията [10].

35. Това показва, че задължението за спиране може и да е полезно, но все пак би било прекалено да бъде квалифицирано, както прави Комисията, като абсолютно необходимо средство за контрол върху концентрациите. Функцията му е просто да възпира предприятията да не извършват концентрации преждевременно, докато се изчаква оценката на органите по конкуренция, и да намалява риска да се наложи разваляне на концентрацията, в случай че не бъде одобрена. С други думи, задължението за спиране по същество прехвърля върху участващите предприятия финансовата тежест, свързана с отлагането на концентрацията до изготвянето на оценката на органа по конкуренция, както и финансовия риск, свързан с евентуалната необходимост от разваляне на концентрацията в случай на неправомерно предварително извършване.

36. Именно с оглед на тези характеристики трябва да се изследват пределите на задължението за спиране по Регламент № 139/2004. Всъщност в контекста на правилата за концентрациите в Съюза Съдът тепърва ще трябва да изясни напълно отношението между предварителния и последващия контрол върху концентрациите съответно по членове 7 и 8 от Регламент № 139/2004.

37. Самите преюдициални въпроси могат да бъдат обособени в две групи. От една страна, първият и вторият въпрос се отнасят до обхвата на задължението за спиране и начина за определянето му (с втория въпрос конкретно се пита дали такова задължение е възникнало в случая в главното производство). От друга страна, третият и четвъртият въпрос са по-специфични. И двата са фокусирани върху значението на възможните пазарни последици за задължението за спиране, включително какви критерии може да се използват, за да се докаже наличието на такива последици, и каква степен на доказване се изисква от органа по конкуренция, когато разследва евентуално неизпълнение на това задължение.

2. По първия и втория преюдициален въпрос

38. С първите два въпроса запитващата юрисдикция по същество иска от Съда да изясни обхвата на задължението за спиране, закрепено в член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004, и обстоятелствата, при които действията на предприятията биха попадали в хипотезата на тази разпоредба. По-конкретно, запитващата юрисдикция иска насоки във връзка с начина за определяне на обхвата на задължението за спиране, като посочва специфичните критерии, използвани от датския орган по конкуренция в обжалваното в главното производство решение за установяване на нарушение.

а) Становища на страните в преюдициалното производство

39. От една страна, според Ernst & Young правилата за контрол върху концентрациите, и конкретно задължението за спиране, се прилагат единствено по отношение на мерките, които са част от подлежаща на нотифициране концентрация. Обратно, възможните последици за конкуренцията от мерки, които са извън обхвата на задължението за спиране, трябвало да се преценяват съгласно членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС. Като се позовава на решение на Общия

10 Вж. член 7, параграфи 1 и 2 от Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета от 21 декември 1989 година относно контрола върху обединенията на предприятия (ОВ L 395, 1989 г., стр. 1; повторно публикуване след поправка ОВ L 257, 1990 г., стр. 13).

съд Aer Lingus Group/Комисия [11], Ernst & Young изтъква, че понятието „концентрация“ е от ключово значение за компетентността на Комисията съгласно правилата за контрол върху концентрациите, поради което обхватът на задължението за спиране не може да се различава от обхвата на това понятие, още по-малко пък да го надхвърля. Според Ernst & Young мерките, до които се отнася задължението за спиране, без изключение са свързани с прехвърлянето на контрол.

40. От друга страна, като се позовават на решение на Общия съд Electrabel/Комисия [12], датското правителство и Комисията поставят акцент върху системата за предварителен контрол, създадена с правилата за контрол върху концентрациите, и изтъкват, че ако концентрацията не бъде разрешена, възстановяването на положението отпреди извършването ѝ може да се окаже невъзможно.

41. Датското правителство по-специално изтъква, че задължението за спиране не може да важи само за мерките, които сами по себе си водят до действителна промяна в контрола или до концентрация на дейностите на страните, а трябва да обхваща всички мерки, които предвид обстоятелствата са годни да ограничат или затруднят ефективния предварителен контрол върху концентрацията. Датското правителството обаче счита, че вътрешните подготвителни стъпки трябва да бъдат изключени от обхвата на задължението за спиране, ако са ирелевантни за разрешаването на концентрацията от органите по конкуренция и не биха могли другояче да породят структурни пазарни последици.

42. По сходен начин, като се позовава на съображение 34 от Регламент № 139/2004 [13], Комисията поддържа, че за да се квалифицира дадена мярка като действие по извършване на концентрацията по смисъла на член 7, параграф 1 от Регламента, не е необходимо тази мярка изцяло или частично, фактически или правно да е част от процеса, водещ до действителната промяна в контрола. Комисията счита, че частично извършване на концентрация може да е налице например при мерки, които i) се състоят от подготвителни стъпки в хода на процедура, водеща до промяна в контрола; или ii) позволяват на страната, която получава контрол, да придобие влияние върху структурата или пазарното поведение на целевото предприятие; или iii) по друг начин водят до изпреварваща проява на последиците от концентрацията или значително се отразяват на преобладаващото конкурентно положение.

11 Решение от 6 юли 2010 г. (T-411/07, EU:T:2010:281, т. 62 и 65). Споменава се и решение от 12 декември 2012 г., Electrabel/Комисия (T-332/09, EU:T:2012:672, т. 42).

12 Решение от 12 декември 2012 г. (T-332/09, EU:T:2012:672, т. 245—247). Жалбата е отхвърлена с решение от 3 юли 2014 г., Electrabel/Комисия (C-84/13 P, непубликувано, EU:C:2014:2040).

13 Съображение 34 от Регламент № 139/2004 гласи: „За [да] бъде гарантиран ефективен контрол, предприятията следва да бъдат задължени да уведомят предварително за концентрациите [със съюзно] измерение, следващи сключването на споразумение, обявата за публичен търг или придобиването на контролен дял. […] Извършването на концентрации следва да бъде спряно, докато не бъде взето окончателно решение от Комисията. Въпреки това обаче следва да бъде възможно да се допусне изключение от възможността за спиране по искане на засегнатите предприятия, когато това е подходящо. При вземане на решение за допускане или не на такова изключение Комисията следва да вземе предвид всички значими фактори, като естеството и степента на увреждането по отношение на засегнатите предприятия или на трети страни, както и заплахата за конкуренцията, която създава концентрацията. В интерес на правната сигурност обаче валидността на сделките трябва да бъде защитена в максимална степен“.

б) Встъпителни бележки

43. Доколкото знам, до този момент Съдът не се е произнасял конкретно по обхвата на задължението за спиране, закрепено в член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004, нито съответно по правомощията на Комисията да упражнява надзор за спазването му. Това е важно, тъй като напоследък налаганите от Комисията глоби съвсем не са незначителни[14]. Тази липса на съдебни дела видимо е позволила на Комисията да извършва регулаторната си дейност безконтролно. По настоящото дело Комисията също предлага да не се установяват критерии за очертаване на пределите на надзорните ѝ правомощия.

44. По принцип съм съгласен с Комисията, че не би било ефективно Съдът подробно да определи общ и изчерпателен списък с критерии с цел да бъдат обхванати всички възможни мерки, до които евентуално би могло да се отнася задължението за спиране. Подобно положително описание на задължението за спиране съдържа риска някои мерки да останат извън обхвата му и така потенциално да се предреши изходът на бъдещи дела, което би навредило както на регулаторната дейност на Комисията, така и на контрола на Съда върху нея. Всъщност, ако Съдът одобри използването на определени критерии за положително очертаване на обхвата на задължението за спиране, при евентуално системно прилагане на тези критерии като априори определящи би се стигнало дори до стесняване на обхвата на това задължение.

45. Затова по-скоро е необходимо отрицателно дефиниране на задължението за спиране. Това предполага Съдът да определи кои мерки не попадат в обхвата на задължението, като по този начин ще се повиши правната сигурност за засегнатите предприятия, а същевременно ще се запази гъвкавостта, необходима за упражняването на ефективен контрол върху концентрациите.

46. Преди да разгледам този подход по-обстойно, първо ще покажа защо представените от запитващата юрисдикция критерии не са подходящи за определянето на обхвата на задължението за спиране, доколкото и трите предложени критерия имат присъщи недостатъци. В анализа си след това ще изложа съображенията, които следва да бъдат взети предвид при определянето на обхвата на задължението за спиране.

в) Трите критерия от националното решение

47. Запитващата юрисдикция представя три критерия, които датският орган по конкуренция използва в обжалваното в главното производство решение, за да определи кои видове мерки ще попадат в обхвата на задължението за спиране. Според тези критерии разглежданата мярка трябва да е i) конкретно свързана с концентрацията, ii) необратима и iii) с потенциал да породи пазарни последици.

48. *Конкретната връзка с концентрацията* е предпоставка, а не критерий за прилагането на задължението за спиране. Поради това не е просто законосъобразно да се използва този фактор. Задължително е[15].

14 По делото, по което е постановено решение от 12 декември 2012 г., Electrabel/Комисия (T-332/09, EU:T:2012:672), Комисията налага глоба в размер на 20 000 000 EUR за нарушение на задължението за спиране. При обжалването Съдът не обсъжда въпроса дали е налице нарушение; вж. решение от 3 юли 2014 г., Electrabel/Комисия (C-84/13 P, непубликувано, EU:C:2014:2040). По делото, по което е постановено решение от 26 октомври 2017 г., Marine Harvest/Комисия (T-704/14, EU:T:2017:753, обжалвано пред Съда — дело по жалбата, C-10/18 P, все още е висящо), Комисията налага глоба в размер на 10 000 000 EUR на съответното предприятие за нарушение на същото задължение (в допълнение към глобата в размер на 10 000 000 EUR за нарушение на член 4, параграф 1 от Регламент № 139/2004).

15 Както всъщност отбелязва Комисията, конкретната връзка с концентрацията има отношение към въпроса дали, както е посочено в последната част от първия преюдициален въпрос, действието по извършване е част от самата промяна в контрола или самата концентрация на дейностите на участващите предприятия. И двете са свързани с понятието „концентрация“, на което ще се върна по-нататък.

49. Използването на конкретната връзка с концентрацията като критерий би могло да улесни изключването на някои мерки, които очевидно нямат нищо общо с извършването на концентрацията. В действителност обаче такъв критерий няма добавена стойност, тъй като без тази връзка поначало не би било налице основание за упражняване на правомощията на Комисията съгласно Регламент № 139/2004[16].

50. Второ, въпросът дали е *необратима* твърдяната мярка за предварително извършване на концентрацията, не ми се струва относим към задължението за спиране. В разглеждания случай отдаването на значение на необратимостта на самата мярка не само би наложило спекулативни предположения относно това дали KPMG DK би могло да възобнови отношенията си с KPMG International, но и би отделило задължението за спиране от това, което то е предназначено временно да спре, а именно концентрацията.

51. Нещо повече, съгласно член 8, параграф 5, букви а) и в) от Регламент № 139/2004 Комисията може да разпореди възстановяване на положението отпреди някои мерки, с които преждевременно се извършва концентрацията. Би било нелогично Комисията да има това правомощие, ако прилагането на задължението за спиране зависеше от необратимостта на съответната мярка.

52. Необратимостта на мерките може да е релевантен фактор по-скоро когато органът по конкуренция разглежда искания за освобождаване от задължението за спиране на основание член 7, параграф 3 от Регламент № 139/2004[17].

53. Последно, що се отнася до *потенциала за пораждане на пазарни последици*, считам, че и този критерий няма стойност при определянето на обхвата на задължението за спиране.

54. Всъщност, на първо място, търговските мерки почти винаги имат някакви последици за пазара. Ако само потенциалът за пораждане на пазарни последици беше достатъчен, за да възникне задължение за спиране, този критерий почти неизменно би бил изпълнен и следователно би бил безполезен. Обратно, ако се приеме, че предложеният критерий е свързан с наличието на действителни пазарни последици, обхватът на задължението за спиране би бил прекалено ограничен.

55. На второ място, критерият пазарни последици по същество би се припокривал с основателността на искането за разрешаване на концентрацията. Ако този критерий имаше значение, в действителност задължението за спиране би наподобявало процедура за автоматична забрана въз основа на това дали твърдяната мярка за извършване на концентрацията може да има пазарни последици. Този подход би довел до риск преценката за изпълнението на задължението за спиране изпреварващо да предопредели преценката на съвместимостта на концентрацията с общия пазар. Това би обезсмислило и правомощието на Комисията по член 8, параграф 5 от Регламент № 139/2004 да предприема необходимите временни мерки, за да възстанови или поддържа условия за ефективна конкуренция, когато задължението за спиране е било нарушено.

16 Вж. член 1, параграф 1 от Регламент № 139/2004.

17 Във връзка с това, както е видно от съображение 34 от Регламент № 139/2004, „[п]ри вземане на решение за допускане или не на такова изключение Комисията следва да вземе предвид всички значими фактори, като естеството и степента на увреждането по отношение на засегнатите предприятия или на трети страни, *както и заплахата за конкуренцията, която създава концентрацията*. В интерес на правната сигурност обаче валидността на сделките трябва да бъде защитена в максимална степен“ (курсивът е мой).

56. На последно място, обвързването на задължението за спиране с наличието на (потенциални) пазарни последици е несъобразено със сложността на подобна икономическа преценка, каквато предприятията категорично не могат да направят. Поради това член 7, параграф 3 от Регламент № 139/2004 овластява Комисията да допуска изключения от задължението за спиране, когато съответната мярка не създава сериозна заплаха за конкуренцията.

57. В обобщение, нито един от предложените критерии не изглежда полезен за определянето на обхвата на задължението за спиране. Всъщност всеки от представените от запитващата юрисдикция три критерия е добър пример защо Съдът не би трябвало да изброява положително релевантните критерии, при които е налице нарушение на задължението за спиране.

58. По-нататък ще обясня подробно защо отрицателната дефиниция е по-подходяща за очертаване на обхвата на задължението по член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004.

г) Обхватът на задължението за спиране по член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004

59. Съгласно член 1, параграф 1 Регламент № 139/2004, включително задължението за спиране на концентрацията по член 7, параграф 1, се прилага за концентрациите със съюзно измерение (или, в контекста на еквивалентните на Регламента национални законодателства, за концентрациите над приложимия праг). Член 1, параграф 2 от Регламента урежда въпроса дали дадена концентрация има съюзно измерение, а самото понятие „концентрация“ е уредено в член 3.

60. По-конкретно, съгласно член 3, параграф 1 от Регламент № 139/2004 концентрацията предполага „трайна промяна в контрола“ в резултат на сливане или придобиване. Съгласно член 3, параграф 2 самият „контрол“ се придобива „посредством права, договори или по друг начин, самостоятелно или в комбинация, като се вземат предвид релевантните фактически и правни обстоятелства, и предоставя възможността за упражняване на решаващо влияние по отношение на дадено предприятие“. Освен това съгласно член 3, параграф 3 контролът „се придобива“. Последно, конкретно по отношение на придобиванията, съгласно член 3, параграф 1, буква б) контролът може да бъде „пряк или непряк“.

61. В член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004 пък става дума за „концентрация“ със съюзно измерение съгласно определението в член 1, която не бива да „се извършва“, преди да бъде нотифицирана или разрешена.

62. Следователно понятието „концентрация“ е от основно значение за задължението за спиране. Именно това понятие или, казано по-подробно, придобиването на възможност за упражняване на решаващо влияние по отношение на (целевото) предприятие води до възникването на въпросното задължение [18]. Поради това мерките, които *предшестват* концентрацията, не следва да попадат в обхвата на задължението за спиране.

18 В този смисъл вж. също решение от 26 октомври 2017 г., Marine Harvest/Комисия (T-704/14, EU:T:2017:753, т. 58 и цитираната съдебна практика).

63. Същевременно, както посочва Комисията, задължението за спиране трябва да обхваща не само цялостното, но и *частичното* извършване на концентрация. Макар че задължението не може да се прилага спрямо чисто вътрешните подготвителни мерки, които предшестват концентрацията[19], трябва да бъдат обхванати мерките, които са присъщи за концентрацията. Както се вижда от настоящото дело, трудното е именно да се прокара границата между допустимите подготвителни мерки и частичното извършване.

64. Във връзка с това Общият съд приема, че Комисията може при определени обстоятелства да счете група взаимосвързани сделки за една-единствена концентрация, ако те са взаимозависими, поради което едните е нямало да бъдат осъществени без другите и резултатът от тях се изразява в осигуряване на едно или няколко предприятия на пряк или непряк икономически контрол върху дейността на едно или няколко други предприятия[20]. Аргументи в полза на подобен поетапен или съвкупен подход при разглеждането на понятието „концентрация“ се откриват в редакцията на член 3, параграф 1, буква а) от Регламент № 139/2004, в който става дума за (де факто) непряк контрол[21]. Този подход е обоснован с целта да се предотврати заобикалянето на правилата за концентрациите чрез изкуствено извършване на взаимосвързани сделки. Дали обаче е налице изкуствено заобикаляне на правилата за концентрациите, трябва да се преценява във всеки отделен случай. Сам по себе си фактът, че няколко сделки биха могли да бъдат взаимозависими, не означава непременно, че съставляват една-единствена концентрация[22].

65. Обратно, не може мярката автоматично да попадне в обхвата на задължението за спиране просто защото е взета в процеса, водещ до извършване на концентрация. Стига да предшества мерките, които действително водят до придобиването на възможността за упражняване на решаващо влияние по отношение на целевото предприятие, и да е *отделима* от тях, мярката остава извън обхвата на задължението за спиране и съответно на правомощията на Комисията да следи за спазването му.

66. Срещу това становище може да се изтъкне, че по съображения за ефективност задължението за спиране би трябвало да не се тълкува тясно, а обхватът му, като съвкупен резултат от „концентрацията“ и „извършването“ ѝ, дори би трябвало като предпазна мярка да е по-широк от обхвата на понятието „концентрация“. Тази теза видимо е заложена в аргументите на датското правителство и Комисията. Донякъде тя намира подкрепа в решение Aer Lingus Group/Комисия[23]. Общият съд приема, че „придобиването на [миноритарно] дялово участие в капитала, което само по себе си не предоставя контрол по смисъла на член 3 от [Регламент № 139/2004], може да попадне в приложното поле на член 7“, като така на пръв поглед отделя задължението за спиране от понятието „концентрация“.

67. Ако обаче се разгледа контекстът на този извод, се забелязва, че в точка 82 от онова решение Общият съд анализира изключението от задължението за спиране по член 7, параграф 2, а не по член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004. След това в точка 83 той излага цитирания по-горе общ извод, като го мотивира единствено с обобщение на разбирането си за подхода на Комисията. Затова значението на този извод остава някак неясно. Във всеки случай този извод е несъвместим с направеното по-нататък, в точки 84 и 85 от същото

19 Видимо всички участващи в устната фаза страни бяха съгласни, че подобни вътрешни подготвителни мерки не попадат в обхвата на задължението за спиране.

20 Във връзка с член 3, параграф 1 от Регламент № 4064/89 вж. решение от 23 февруари 2006 г., Cementbouw Handel & Industrie/Комисия (T-282/02, EU:T:2006:64, т. 109). Когато с решение от 18 декември 2007 г., Cementbouw Handel & Industrie/Комисия (C-202/06 P, EU:C:2007:814), отхвърля подадената срещу това решение жалба, Съдът не взема становище по тази констатация (вж. т. 44).

21 Посочва се и съображение 20 от Регламент № 139/2004, съгласно което „[…] е необходимо да бъдат разглеждани като [една-единствена] концентрация операции, [които са] тясно свързани във връзка с условие или са под формата на серии от операции с ценни книжа, които се осъществяват в сравнително кратък период от време“.

22 Вж. решение от 26 октомври 2017 г., Marine Harvest/Комисия (T-704/14, EU:T:2017:753, т. 126).

23 Решение от 6 юли 2010 г., Aer Lingus Group/Комисия (T-411/07, EU:T:2010:281, т. 83).

решение, заключение във връзка с обстоятелствата по делото — с което съм съгласен — че придобиването на миноритарно дялово участие в капитала не може по принцип да се разглежда като частично извършване на концентрация, годно основание за приемането на мярка въз основа на член 8, параграфи 4 и 5 от Регламента [24].

68. Освен това бих изтъкнал, че ако обхватът на задължението за спиране по член 7 от Регламент № 139/2004 се тълкува съвсем отделно от понятието „концентрация“, би възникнала „сива зона“ от мерки, които ще попадат в този обхват, въпреки че са периферни за концентрацията и не са сами по себе си неразривно свързани с прехвърлянето на контрола. Ако обаче пределите на тази сива зона надхвърлят обхвата на понятието „концентрация“, това би означавало задължението да се разпростре извън очертаното в член 1 приложно поле на Регламента. Това би било необосновано.

69. Подобно широко тълкуване би надхвърлило и границите на необходимото за поддържането на ефективен контрол върху концентрациите. Както посочих в точки 33—36 по-горе, прекомерно би било задължението за спиране да се счита за абсолютно необходимо средство. Комисията несъмнено разполага с правомощия на основание член 8, параграфи 4 и 5 от Регламент № 139/2004 да разпорежда възстановяването или поддържането на условия за ефективна конкуренция, и в частност да разпореди разваляне на концентрацията. Още само рискът да им се наложи да платят разходите, свързани с подобно разпореждане, определено действа възпиращо на участващите в концентрацията предприятия. Да се изисква от тях да изчакват разрешение дори за мерки, които сами по себе си не са неразривно свързани с прехвърлянето на контрола, би било прекомерно и би могло да причини ненужно забавяне.

70. Освен това Регламент № 139/2004 изрично предвижда при какви обстоятелства следва да бъде прилаган още преди действителното наличие на концентрация. Например съгласно член 4, параграф 1 от Регламент № 139/2004 концентрацията обикновено предполага сключването на споразумение, обявяването на публичен търг или придобиването на контролен пакет. Съгласно член 4, параграф 1, втора алинея обаче на страните се дава възможност да нотифицират концентрацията още преди възникването ѝ, ако намерението за сливане е недвусмислено, например при обявяването на публичен търг, който би довел до извършване на концентрация („планирани концентрации“). След това в член 4, параграф 1, трета алинея от Регламента се посочват конкретните обстоятелства, при които Регламент № 139/2004 следва да се прилага, въпреки че все още не е налице концентрация, и в това отношение се прокарва разграничение между „нотифицирани концентрации“ и „концентрации“ (в кавички и в самата разпоредба). Съгласно член 4, параграф 1, трета алинея, първо изречение планираните концентрации спадат към „нотифицираните концентрации“ за целите на Регламента. Съгласно второ изречение от същата алинея планираните концентрации се приравняват и на „концентрация“, но само за целите на процедурата по член 4, параграфи 4 и 5 от Регламента.

71. В този контекст и предвид факта, че терминът „нотифицирана концентрация“ не се съдържа в член 7 от Регламент № 139/2004 [25], стигам до заключението, че член 7 — а следователно и задължението за спиране — не се прилага по отношение на планираните концентрации. Това потвърждава, че законодателят на Съюза не е искал задължението за спиране да се прилага в случаите, в които концентрацията все още не се е конкретизирала.

24 Следва да се посочи и определение от 18 март 2008 г., Aer Lingus Group/Комисия (T-411/07 R, EU:T:2008:80), постановено по молбата за налагане на временни мерки по същото дело: съгласно точка 94 от това определение „дори ако член 7 […] от [Регламент № 139/2004] трябва да бъде тълкуван като забраняващ единствено промяната на контрола до произнасяне на Комисията, а не и действия, близки до промяна в контрола […], би било законосъобразно тя да изиска от страните да не предприемат действия, водещи евентуално до промяна в контрола“.

25 За разлика например от член 6, параграф 2, член 8, параграфи 1 и 2, член 9, параграф 1, член 10, параграфи 2 и 3 и член 11, параграф 5 от Регламент № 139/2004.

72. Това не означава, че терминът „извършва“, използван в член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004, не трябва да има широко значение, така че да се осигури възможност за Комисията да упражнява надзор над частичното извършване на концентрации[26]. Независимо от това дадена концентрация може да е „извършена“ само ако съществува.

73. Не намирам за убедителни доводите, с които датското правителство и Комисията обосновават схващането, че прилагането на задължението за спиране изобщо не следва да бъде свързвано с понятието „концентрация“.

74. На първо място, свързването на задължението за спиране с понятието „концентрация“ по никакъв начин не накърнява създадената с Регламент № 139/2004 система за предварителен контрол върху концентрациите.

75. На второ място, няма значение, че в административната си практика Комисията може да е възприемала широк подход по въпроса какво следва да се квалифицира като преждевременно извършване на концентрация. Практиката на Комисията не обвързва Съда.

76. На трето място, в Регламент № 139/2004 не се открива основание за прокарването на разграничение между вътрешни и външни подготвителни мерки, за каквото по същество настоява датското правителство. Вместо това в Регламента се говори за „трайна промяна в контрола“, независимо дали промяната е резултат от вътрешни или външни мерки.

77. На четвърто място, изводите на Общия съд в решение Electrabel/Комисия[27], цитирано от датското правителство и Комисията, се отнасят, както по същество отбелязва Ernst & Young, до тежестта на нарушението на задължението за спиране и пропорционалността на съответно наложената за това глоба, а не до самото наличие на подобно нарушение.

78. По изложените съображения смятам, че задължението за спиране на концентрацията, предвидено в член 7, параграф 1 от Регламент № 139/2004, не се отнася до мерките, които, макар да са взети във връзка с процеса, водещ до извършване на концентрация, предшестват мерките, които действително водят до придобиването на възможността за упражняване на решаващо влияние по отношение на целевото предприятие, и са отделими от тях.

д) Прилагане към обстоятелствата по главното производство

79. С втория преюдициален въпрос запитващата юрисдикция приканва Съда да се произнесе по обстоятелствата по отнесеното до нея дело.

80. В преюдициалното производство прилагането на даденото от Съда тълкуване на правото на Съюза към конкретните факти е от компетентността на националните съдилища, които разполагат с по-добра възможност от Съда да установят и преценят всички относими обстоятелства. Все пак Съдът може да предостави на националната юрисдикция всички насоки за тълкуване, които може да са ѝ от полза, за да се произнесе по отнесеното до нея дело[28].

81. В главното производство, от една страна, самото споразумение за сливане е подлежало на разрешаване от Съвета по конкуренция и не е трябвало да се прилага, преди да е дадено това разрешение.

26 Във връзка с това вж. *Modrall*, J.R. et *Ciullo*, S. Gun-Jumping and EU Merger Control. — European Competition Law Review, issue 9, Sweet & Maxwell, 2003, p. 424 (не изразявам мнение по посочените там хипотези).

27 Решение от 12 декември 2012 г., Electrabel/Комисия (T-332/09, EU:T:2012:672, т. 246, 247 и 280).

28 В този смисъл вж. решение от 5 юни 2014 г., I (C-255/13, EU:C:2014:1291, т. 55 и цитираната съдебна практика).

82. От друга страна, както е посочено в преюдициалното запитване, такова разрешение не се е изисквало по отношение на прекратяването на споразумението за сътрудничество между KPMG DK и KPMG International и предизвестието е било дадено преди получаването на разрешението за концентрацията.

83. В оспореното решение се посочва, че като отправя предизвестието, KPMG DK нарушава задължението за спиране. Това сочи, че KFST най-малкото имплицитно приема, че прекратяването на споразумението за сътрудничество следва да се квалифицира като частично извършване на концентрацията.

84. Очевидно съм съгласен с датското правителство, че двете операции, посочени в точки 81 и 82 по-горе, не са самостоятелни, а взаимосвързани. Според споразумението за сливане KPMG DK е трябвало да прекрати сътрудничеството си с KPMG International. Следователно прекратяването на споразумението за сътрудничество е било необходима предпоставка, за да породи концентрацията действие.

85. Това обаче не е достатъчно. Прекратяването по никакъв начин не е допринесло за прехвърлянето на контрола от KPMG DK на EY.

86. Въпреки че може да се поддържа, както прави датското правителство, че прекратяването на споразумението за сътрудничество е част от споразумението за сливане, все пак то не е неразривно свързано с прехвърлянето на контрола, даващ възможност на EY да упражнява решаващо влияние по отношение на KPMG DK съгласно определението в член 3, параграф 2 от Регламент № 139/2004[29]. Последицата от прекратяването е просто това, че KPMG DK вече не е част от мрежата KPMG и отново става независим търговец на пазара на счетоводни услуги. Макар и да е възможно да е имало някакви последици върху пазара, прекратяването не би означавало, че KPMG DK е престанало да бъде конкурент на EY[30].

87. Всъщност приемането на тези доводи би означавало, че *всяка* мярка, предприета от EY или KPMG DK между подписването на споразумението за сливане и разрешението на органа по конкуренция, би могла потенциално да попадне в обхвата на задължението за спиране. Поради съображенията, изтъкнати в точка 71 обаче, само по себе си намерението за осъществяване на концентрация не води до възникване на задължение за спиране.

88. Затова според мен подготвителна мярка от този вид не може да бъде квалифицирана като преждевременно извършване на концентрация.

3. По третия и четвъртия преюдициален въпрос

89. С третия и четвъртия преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да установи дали за задължението за спиране е от значение обстоятелството, че твърдяната мярка за преждевременно извършване на концентрацията е породила пазарни последици, и ако е от значение, какви критерии могат да се използват, за да се докаже наличието на такива последици, и каква степен на доказване се изисква в това отношение от органа по конкуренция, когато разследва твърдения за нарушение на задължението.

29 В съдебното заседание представителят на Ernst & Young всъщност изтъкна, че KPMG DK не е имало друг избор, освен да даде предизвестие за прекратяване на споразумението за сътрудничество в момента, в който го е направило, тъй като в противен случай KPMG International би имала право незабавно да прекрати споразумението за сътрудничество поради нелоялно поведение.

30 Следователно обсъжданият тук случай се различава значително от разглеждания в решение от 26 октомври 2017 г., Marine Harvest/Комисия (T-704/14, EU:T:2017:753), при който Комисията и Общият съд преценяват, че де факто до промяна в контрола води самото първоначално придобиване на 48,5 % от акциите на целевото дружество, а не последващото публично търгово предложение, с което жалбоподателят получава 87,1 % от акциите в целевото предприятие.

90. Тези въпроси са поставени, тъй като в оспореното решение се приема, че макар да не може да определи със сигурност дали прекратяването на споразумението за сътрудничество е причината за това някои от клиентите на KPMG DK да препоръчат смяна на одитора на редовните си общи събрания, KFST намира за достатъчно да докаже само потенциала за пораждане на пазарни последици. Ernst & Young възразява, че тези препоръки просто са издадени в съответствие с обичайната практика на големите датски дружества при избора и смяната на одитори и че оценката на KFST за концентрацията е направена по време от годината, когато обичайно се сменят одиторите.

91. От отговора ми на първите два въпроса, и особено от съображенията ми относно критерия, свързан с потенциала на обсъжданата мярка да породи пазарни последици (вж. точки 53—56), следва, че според мен възможните пазарни последици от мярката не са от значение за прилагането за задължението за спиране. Всъщност това задължение трябва да бъде спазвано едва когато и доколкото възникне концентрация, която достига приложимите прагове.

92. Доколкото Съдът може да възприеме различно становище, ще се ограничa със следните кратки бележки при условията на евентуалност.

93. Съдът е постановил, че необходимият прогнозен анализ при контрола върху концентрациите, който се състои в проверка как такава концентрация може да измени определящите фактори за състоянието на конкуренцията на даден пазар, за да се установи дали концентрацията ще доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция, изисква мислено да се построят различните причинно-следствени модели, за да се избере най-вероятният от тях. Този метод се прилага както по отношение на решенията за разрешаване, така и по отношение на решенията за забрана на концентрации [31].

94. Ако за разлика от мен Съдът намери критерия потенциални пазарни последици за релевантен въпреки припокриването му с преценката по същество на съвместимостта на концентрацията с общия пазар, не виждам явна причина защо посоченият в предходната точка метод за проверка да не се прилага съответно и към решенията, с които се установява извършване на концентрацията. Преценката, която трябва да се направи, ще наподобява преценката на исканията за освобождаване от задължението за спиране на основание член 7, параграф 3 от Регламент № 139/2004, при която трябва да се вземе предвид в частност създаваната от концентрацията заплаха за конкуренцията.

95. В съответствие с обичайните принципи в областта на доказването Комисията (или компетентният орган по конкуренция) носи тежестта да докаже твърдяното нарушение [32]. Следователно този орган трябва да докаже чрез анализ на различни хипотези с различни причинно-следствени модели, че най-вероятна е хипотезата разглежданата мярка да е годна да доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция [33].

31 Решение от 10 юли 2008 г., Bertelsmann и Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, т. 46—49).

32 Вж. например изменения член 2 от Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове [101 ДФЕС] и [102 ДФЕС] (ОВ L 1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167).

33 В този смисъл вж. решение от 15 февруари 2005 г., Комисия/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, т. 43).

96. Що се отнася до вида доказателства, които може да използва Комисията (или компетентният орган по конкуренция), приоритетният принцип в правото на Съюза е на свободната преценка на доказателствата. По-конкретно, стига доказателствата да са редовно представени, единственият критерий, който има значение при преценката на доказателствената им сила, е достоверността им [34]. Във връзка с това няма изискване за използването на определен метод или критерий [35].

97. Запитващата юрисдикция следва да определи дали датските органи по конкуренция са доказали чрез анализ на различни хипотези с различни причинно-следствени модели, че най-вероятна е хипотезата прекратяването на споразумението за сътрудничество да е било годно да доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция. Конкретно казано, трябва да е установено, че тази хипотеза е по-правдоподобна от тезата на Ernst & Young за обичайното поведение на големите датски дружества.

IV. Заключение

98. По изложените съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси, поставени от Sø- og Handelsretten (Морски и търговски съд, Дания), по следния начин: при правилното му тълкуване задължението за спиране на концентрацията, предвидено в член 7, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (Регламент за сливанията на ЕО), не се отнася до мерките, които, макар да са взети във връзка с процеса, водещ до извършване на концентрация, предшестват мерките, които действително водят до придобиването на възможността за упражняване на решаващо влияние по отношение на целевото предприятие, и са отделими от тях.

34 В този смисъл вж. определение от 12 юли 2016 г., Pérez Gutiérrez/Комисия (C-604/15 P, непубликувано, EU:C:2016:545, т. 38 и цитираната съдебна практика).

35 Вж. по аналогия решение от 6 октомври 2015 г., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, т. 57).