



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 31 de mayo de 2018*

«Procedimiento prejudicial — Control de las operaciones de concentración entre empresas — Reglamento (CE) n.º 139/2004 — Artículo 7, apartado 1 — Ejecución de una concentración antes de la notificación a la Comisión Europea y la declaración de compatibilidad con el mercado común — Prohibición — Alcance — Concepto de “concentración” — Resolución de un contrato de cooperación con un tercero por una de las empresas participantes en la concentración»

En el asunto C-633/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Sø- og Handelsretten (Tribunal de lo Mercantil y Marítimo, Dinamarca), mediante resolución de 25 de noviembre de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de diciembre de 2016, en el procedimiento entre

Ernst & Young P/S

y

Konkurrencerådet,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. J.L. da Cruz Vilaça, Presidente de Sala, el Sr. A. Tizzano (Ponente), Vicepresidente del Tribunal de Justicia, y el Sr. A. Borg Barthet, la Sra. M. Berger y el Sr. F. Biltgen, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Wahl;

Secretario: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de noviembre de 2017;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Ernst & Young P/S, por la Sra. G. Holtsø y el Sr. J. Plum, advokater;
- en nombre del Gobierno danés, por el Sr. C. Thorning, en calidad de agente, asistido por el Sr. J. Pinborg, advokat;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. G. Conte y la Sra. T. Vecchi, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. H. Peytz, advokat;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 18 de enero de 2018;

* Lengua de procedimiento: danés.

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto el artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DO 2004, L 24, p. 1).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un recurso de anulación interpuesto por Ernst & Young P/S ante el Sø- og Handelsretten (Tribunal de lo Mercantil y Marítimo, Dinamarca) contra una resolución del Konkurrencerådet (Consejo de la Competencia, Dinamarca) mediante la que este declaró que, por una parte, Ernst & Young, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Ernst & Young Global Limited y EYGS LLP (en lo sucesivo, conjuntamente, «sociedades EY») y, por otra parte, KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab y KPMG Ejendomme Flintholm K/S (en lo sucesivo, conjuntamente, «sociedades KPMG DK») habían infringido la prohibición de completar una operación de concentración antes de su autorización por el Consejo de la Competencia (en lo sucesivo, «obligación de suspensión»), con arreglo al artículo 12 c, apartado 5, de la konkurrencelov (Ley danesa de competencia).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 Los considerandos 5, 6, 20 y 34 del Reglamento n.º 139/2004 tienen la siguiente redacción:
 - «(5) [E]s necesario garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio duradero a la competencia; el Derecho comunitario debe, por consiguiente, contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
 - (6) Por consiguiente, es preciso un instrumento jurídico específico que permita un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único instrumento aplicable a estas concentraciones. [...]
 - [...]
 - (20) Es preciso definir el concepto de concentración de forma que abarque las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado. En consecuencia, resulta adecuado incluir también en el ámbito de aplicación del presente Reglamento las empresas en participación que ejerzan de forma duradera todas las funciones propias de una entidad económica autónoma. Es preciso, además, considerar como una sola concentración transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición o adoptar la forma de una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo.
 - [...]
 - (34) Para garantizar un control eficaz es preciso obligar a las empresas a notificar con carácter previo las concentraciones de dimensión comunitaria, una vez que hayan concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control. [...] La

ejecución de una concentración debe suspenderse hasta la adopción de una decisión definitiva. No obstante, cuando resulte adecuado ha de permitirse la dispensa de esta obligación de suspensión a solicitud de las empresas afectadas. [...]»

4 El artículo 3 del citado Reglamento, titulado «Definición de concentración», dispone lo siguiente en sus apartados 1 y 2:

«1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o
- b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

2. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

- a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;
- b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.»

5 El artículo 4 del mencionado Reglamento, titulado «Notificación previa de las concentraciones y remisión previa a la notificación a instancias de las partes notificantes», establece, en su apartado 1, párrafo primero:

«Las concentraciones de dimensión comunitaria objeto del presente Reglamento deberán notificarse a la Comisión antes de su ejecución en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control.»

6 El artículo 7 del citado Reglamento, titulado «Suspensión de la concentración», establece en sus apartados 1 a 3:

«1. Una concentración de dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, o una concentración que haya de ser examinada por la Comisión conforme al apartado 5 del artículo 4, no podrá ejecutarse antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común en virtud de una decisión con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 6 o a los apartados 1 o 2 del artículo 8 o sobre la base de una presunción conforme al apartado 6 del artículo 10.

2. El apartado 1 no impedirá realizar una oferta pública de adquisición o una serie de transacciones de títulos —incluidos los convertibles en otros títulos— admitidos a negociación en un mercado como, por ejemplo, una bolsa de valores, por las que el control en el sentido del artículo 3 sea adquirido a varios vendedores, siempre y cuando:

- a) la concentración sea notificada sin demora a la Comisión con arreglo al artículo 4, y
- b) el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los títulos en cuestión o solo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la Comisión con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3.

3. La Comisión, previa solicitud, podrá conceder una dispensa de las obligaciones previstas en los apartados 1 o 2. La solicitud de dispensa debe estar motivada. Al pronunciarse al respecto, la Comisión tendrá en cuenta, entre otros factores, los efectos de la suspensión para una o varias empresas afectadas por la concentración o para un tercero, así como la amenaza que la concentración represente para la competencia. Tal dispensa podrá ir acompañada de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar las condiciones de una competencia efectiva. Podrá ser solicitada y concedida en cualquier momento, tanto antes de la notificación como después de la operación.»
- 7 El artículo 21 del Reglamento n.º 139/2004, titulado «Aplicación del presente Reglamento y competencias», establece lo siguiente en su apartado 1:

«El presente Reglamento solo será aplicable a las concentraciones definidas en el artículo 3, y los Reglamentos (CE) n.º 1/2003 [del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1)], (CEE) n.º 1017/68 [...], (CEE) n.º 4056/86 [...] y (CEE) n.º 3975/87 [...] no serán aplicables, salvo a las empresas en participación sin dimensión comunitaria cuyo objeto o efecto sea coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes.»

Derecho danés

- 8 El artículo 12 c de la Ley danesa de competencia establece:
- «1. La Autoridad danesa de la competencia y de los consumidores decidirá si una concentración debe ser autorizada o denegada.
- [...]
5. La concentración que esté sujeta a las disposiciones de esta Ley no se ejecutará sin su previa notificación o hasta que haya sido autorizada por parte de la Autoridad danesa de la competencia y de los consumidores conforme al apartado 1 del presente artículo.
- [...]
6. La Autoridad danesa de la competencia y de los consumidores podrá conceder una exención a lo dispuesto en el apartado 5 y podrá imponer condiciones y cargas destinadas a garantizar condiciones de competencia efectiva.»
- 9 De la exposición de motivos del artículo 12 c de la Ley danesa de competencia se desprende que las normas danesas relativas al control de concentraciones están basadas en las disposiciones del Reglamento n.º 139/2004 y deben interpretarse de conformidad con este, en lo tocante a la definición y alcance tanto del concepto de concentración como de la obligación de suspensión.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 10 El 18 de noviembre de 2013, las sociedades KPMG DK celebraron un acuerdo de concentración con las sociedades EY (en lo sucesivo, «acuerdo de concentración»).
- 11 En el momento de los hechos, las sociedades KPMG DK y EY eran sociedades de auditoría que prestaban servicios de auditoría y contabilidad en Dinamarca.

- 12 En la fecha de celebración del acuerdo de concentración, las sociedades KPMG DK eran miembros de una red internacional de sociedades independientes de auditoría denominada KPMG International Cooperative (en lo sucesivo, «KPMG International»). Dado que las sociedades KPMG DK no estaban integradas estructuralmente en la red de KPMG International, el 15 de febrero de 2010 se celebró un acuerdo de cooperación entre las sociedades KPMG DK y KPMG International (en lo sucesivo, «acuerdo de cooperación»). En virtud de este acuerdo, las sociedades KPMG DK disponían del derecho exclusivo a formar parte de KPMG International en Dinamarca y a hacer uso de las marcas de KPMG International para sus actividades mercantiles en ese Estado miembro.
- 13 El acuerdo de cooperación incluía también cláusulas relativas al reparto de clientes, a la obligación de dar servicio a clientes de otros territorios y una compensación anual para poder formar parte de la red. Además, dicho acuerdo establecía que las sociedades de auditoría participantes no podían celebrar entre ellas contratos mercantiles como asociaciones o empresas conjuntas. El acuerdo establecía también una cooperación voluntaria e integrada entre las sociedades de auditoría participantes, que trabajaban sobre la base de reglas y procedimientos comunes y que, frente a sus clientes, se presentaban como una red global, pese a que cada una de ellas era una empresa autónoma e independiente desde el punto de vista del derecho de la competencia.
- 14 En virtud de los términos del acuerdo de concentración, desde el momento de su firma, las sociedades KPMG DK debían anunciar que, a la vista de la fusión con las sociedades EY, se retiraban de KPMG International a partir de, como muy tarde, el 30 de septiembre de 2014. En virtud del acuerdo de cooperación, su resolución por una de las partes debía llevarse a cabo mediante un preaviso de al menos seis meses antes del cierre del ejercicio fiscal de KPMG International.
- 15 Es pacífico entre las partes en el procedimiento principal que la fusión de que se trata no tenía dimensión comunitaria, a efectos del Reglamento n.º 139/2004, que debía ser objeto de notificación a las autoridades competentes danesas y que su ejecución estaba sujeta a la previa autorización de dichas autoridades.
- 16 Tras haber firmado el acuerdo de cooperación el 18 de noviembre de 2013, las sociedades KPMG DK resolvieron el acuerdo de cooperación ese mismo día, con efectos desde el 30 de septiembre de 2014. La resolución del acuerdo de cooperación no estaba en sí misma sujeta a la aprobación de las autoridades de la competencia.
- 17 La celebración del acuerdo de concentración se hizo pública el 19 de noviembre de 2013.
- 18 El 20 de noviembre de 2013, KPMG International hizo pública su intención de mantener una presencia en el mercado danés y, para ello, el 21 de noviembre de 2013, creó una nueva actividad de auditoría y de revisión de cuentas en Dinamarca, aunque el acuerdo de cooperación seguía vigente.
- 19 Varios clientes de las sociedades KPMG DK decidieron cambiar de auditores o de interventores de cuentas y recurrir a KPMG International o a otras empresas.
- 20 Las sociedades KPMG DK y EY llevaron a cabo el procedimiento de notificación previa en cuanto el acuerdo de concentración se hizo público y los primeros contactos con las autoridades danesas se produjeron a partir del 21 de noviembre de 2013.
- 21 La operación fue notificada el 13 de diciembre de 2013 a la Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (Autoridad de la competencia y de los consumidores, Dinamarca) y la concentración fue autorizada por resolución del Consejo de la Competencia de 28 de mayo de 2014, siempre que se respetasen determinados compromisos que debían contraer las partes. Tras esta autorización, las sociedades KPMG DK y KPMG International convinieron en poner término al acuerdo de cooperación a partir del 30 de junio de 2014.

- 22 Mediante resolución de 17 de diciembre de 2014, (en lo sucesivo, «resolución impugnada»), el Consejo de la Competencia declaró que las sociedades KPMG DK incumplieron la prohibición, establecida por la Ley danesa de competencia, de ejecutar la concentración antes de obtener dicha autorización, al resolver el acuerdo de cooperación el 18 de noviembre de 2013, conforme al acuerdo de concentración, es decir, antes de que el Consejo de la Competencia hubiese autorizado la concentración.
- 23 El Consejo de la Competencia basa la resolución impugnada en una apreciación global de las circunstancias de hecho, con arreglo a la cual la resolución del acuerdo de cooperación es, en particular, inherente a la concentración, irreversible y capaz de producir efectos en el mercado durante el período comprendido entre la propia resolución y la autorización de la concentración. En concreto, el Consejo de la Competencia consideró que no era necesario acreditar que dicha resolución era la causante de los efectos que se produjeron en el mercado, sino que era suficiente el hecho de que fuera capaz de producirlos.
- 24 El 1 de junio de 2015, Ernst & Young interpuso un recurso de anulación ante el Sø- og Handelsretten (Tribunal de lo Mercantil y Marítimo) contra la resolución impugnada, rebatiendo, en particular, la interpretación hecha por el Consejo de la Competencia del alcance de la prohibición de ejecutar la concentración antes de obtener la autorización de dicha concentración por el Consejo de la Competencia, los fundamentos de la resolución impugnada y el supuesto impacto de la resolución del acuerdo de cooperación en el mercado.
- 25 Por otra parte, Ernst & Young destacó que la resolución del litigio principal tendrá incidencia sobre la cuestión de una posible sanción penal, dado que, el 11 de junio de 2015, la Autoridad danesa de la competencia y de los consumidores se dirigió al Statsanklageren for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (Fiscal para delitos económicos e internacionales graves, Dinamarca) con el fin de que examinase las actuaciones de las sociedades EY en el ámbito penal.
- 26 Dado que las normas danesas sobre el control de concentraciones se basan en el Reglamento n.º 139/2004 y que el Consejo de la Competencia se refiere en la resolución impugnada esencialmente a la práctica decisoria de la Comisión y a la jurisprudencia del juez de la Unión, el órgano jurisdiccional remitente consideró que la interpretación del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 planteaba interrogantes.
- 27 En estas circunstancias, el Sø- og Handelsretten (Tribunal de lo Mercantil y Marítimo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Qué criterios deben aplicarse para determinar si una conducta o actuación empresarial que está encaminada a una concentración queda comprendida en el ámbito de la prohibición del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 (prohibición de ejecutar la concentración antes de obtener una autorización)? ¿Cabe entender que una actuación ejecutoria, en el sentido del artículo 7, apartado 1, presupone que la actuación, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, constituye un efectivo cambio de control o una continuación conjunta de las actividades de las sociedades participantes que —de alcanzar el umbral cuantitativo— daría lugar a la obligación de notificación?
- 2) ¿Es posible que la resolución de un acuerdo de cooperación, como el del caso que nos ocupa, que se anunció en las circunstancias que se describen [en la petición de decisión prejudicial], constituya una actuación ejecutoria comprendida en la prohibición del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004? ¿Qué criterios han de aplicarse en tal supuesto al tomar una decisión?
- 3) ¿Influye en la respuesta a la segunda cuestión el que la citada resolución produzca o no efectos reales en el mercado relevantes para el Derecho de la competencia?

- 4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión, se solicita aclaración sobre los criterios y el grado de probabilidad que se han de aplicar para decidir [en el presente asunto] si la resolución produce dichos efectos en el mercado, tomando en consideración la incidencia de la posibilidad de que tales efectos puedan atribuirse a causas ajenas.»

Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

- 28 La Comisión ha planteado dudas sobre la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la presente cuestión prejudicial, dado que el Derecho de la Unión no es aplicable en el litigio principal y que la ley aplicable no se refiere al Derecho de la Unión, pues únicamente los trabajos preparatorios de dicha ley precisaban que esta debía interpretarse a la luz del Reglamento n.º 139/2004 y de la jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- 29 A este respecto, procede recordar que, en virtud del artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados y de los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea. En el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el referido artículo, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales se refieren a la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia, en principio, debe pronunciarse (sentencia de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11, EU:C:2013:160, apartado 19 y jurisprudencia citada).
- 30 En aplicación de esta jurisprudencia, el Tribunal de Justicia se ha declarado en repetidas ocasiones competente para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Derecho de la Unión en supuestos en los que los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación directa del Derecho de la Unión, pero en los que dichas disposiciones habían sido declaradas aplicables por el Derecho nacional, que se atenía, para resolver una situación puramente interna, a las soluciones adoptadas por el Derecho de la Unión. En efecto, en tales supuestos existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse (sentencia de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11, EU:C:2013:160, apartado 20 y jurisprudencia citada).
- 31 En lo que atañe a la presente petición de decisión prejudicial, procede señalar que, contrariamente a la ley italiana de competencia controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros (C-280/06, EU:C:2007:775), apartados 23 y 24, la Ley danesa de competencia no lleva a cabo una remisión directa a las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita.
- 32 Del mismo modo, contrariamente a las disposiciones de la ley húngara de competencia controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 21, la Ley danesa de competencia no reproduce de manera fiel las disposiciones correspondientes del Reglamento n.º 139/2004.
- 33 No obstante, por una parte, de la información obrante en los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que los trabajos preparatorios de la Ley danesa de competencia muestran que la intención del legislador danés era armonizar la normativa nacional sobre competencia en materia de control de concentraciones con la de la Unión, dado que las disposiciones nacionales se basan, esencialmente, en el Reglamento n.º 139/2004. En efecto, el artículo 12 c, apartado 5, de la Ley danesa de competencia

impone la prohibición de llevar a cabo cualquier operación de concentración antes de que sea notificada o autorizada por las autoridades competentes, prohibición esencialmente idéntica a la prevista en el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004.

- 34 Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente, en su examen de las particularidades del asunto que debe resolver y, en concreto, de los trabajos preparatorios de la ley nacional aplicable que debe interpretar, consideró que el Derecho danés debía interpretarse a la luz, en particular, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- 35 En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

Sobre las cuestiones prejudiciales primera a tercera

- 36 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera a tercera, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 debe interpretarse en el sentido de que una concentración solo se ejecuta mediante una operación que, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, contribuye al cambio de control de la empresa objetivo. En concreto, dicho órgano jurisdiccional desea saber si puede considerarse que la resolución de un acuerdo de cooperación, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, conlleva la ejecución de una concentración y si, a este respecto, es relevante la cuestión de si tal resolución produjo efectos en el mercado.
- 37 Para responder a estas cuestiones, es preciso recordar que el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 se limita a prever que una concentración no podrá ejecutarse antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común.
- 38 Así, esta disposición no proporciona ninguna indicación respecto a las condiciones cuya concurrencia hace que se considere ejecutada una concentración y, en concreto, no precisa si la ejecución de una concentración puede producirse a raíz de una operación que no contribuye al cambio de control de la empresa objetivo.
- 39 Por tanto, es preciso señalar que el tenor del mencionado artículo 7 no permite, por sí solo, precisar el alcance de la prohibición que establece.
- 40 Pues bien, cuando la interpretación literal de una disposición del Derecho de la Unión no permite apreciar su alcance exacto, procede interpretar la normativa en cuestión basándose tanto en su finalidad como en su sistema general (sentencia de 7 de septiembre de 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, apartado 20 y jurisprudencia citada).
- 41 En lo que atañe a los objetivos perseguidos por el Reglamento n.º 139/2004, se desprende en particular de su considerando 5 que este pretende garantizar que las reestructuraciones de empresas no causen un perjuicio duradero a la competencia. Por ello, el Derecho de la Unión debe contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Para ello, conforme al considerando 6 del mencionado Reglamento, este debe permitir un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de septiembre de 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, apartado 21).
- 42 Precisamente para garantizar la eficacia de ese control, como se desprende del considerando 34 del Reglamento n.º 139/2004, las empresas están obligadas a notificar previamente sus concentraciones y su ejecución debe quedar suspendida hasta la adopción de una resolución definitiva.

- 43 Pues bien, procede señalar que, para ello, el artículo 7, apartado 1, del mencionado Reglamento, al prohibir la ejecución de una concentración, limita esta prohibición únicamente a las concentraciones, tal como se definen en el artículo 3 del propio Reglamento, y excluye así que quede prohibida cualquier operación que no pueda considerarse que contribuye a la ejecución de una concentración.
- 44 De ello resulta que, para definir el alcance del artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004, es preciso tomar en consideración la definición del concepto de concentración recogida en el citado artículo 3.
- 45 Pues bien, conforme al tenor de esta disposición, se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas, debiendo entenderse que el control resultará de la posibilidad, conferida por derechos, contratos u otros medios, de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa.
- 46 De ello se sigue que la ejecución de una concentración, a efectos del mencionado artículo 7, tiene lugar cuando las partes de una operación de concentración llevan a cabo operaciones que contribuyen a cambiar de forma duradera el control sobre la empresa objetivo.
- 47 Responde por tanto a la exigencia de garantizar un control eficaz de las concentraciones el hecho de que toda ejecución parcial de una concentración está comprendida en el ámbito de aplicación del citado artículo. En efecto, si se prohibiese a las partes de una concentración ejecutar una concentración mediante una única operación, pero les fuera posible alcanzar el mismo resultado mediante operaciones parciales sucesivas, ello reduciría el efecto útil de la prohibición impuesta en el artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004 y haría peligrar así el carácter previo del control previsto por el mencionado Reglamento así como la consecución de sus objetivos.
- 48 Desde esta misma perspectiva, el considerando 20 del citado Reglamento prevé que es preciso considerar como una sola concentración de transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición o que adoptan la forma de una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo.
- 49 No obstante, cuando tales operaciones, pese a ser realizadas en el marco de una concentración, no son necesarias para llevar a cabo un cambio de control de una empresa afectada por esa concentración, no están comprendidas en el artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004. En efecto, esas operaciones, aun cuando puedan ser accesorias o preparatorias para la concentración, no presentan un vínculo funcional directo con su ejecución, de modo que su realización no puede en principio perjudicar la eficacia del control de las concentraciones.
- 50 El hecho de que tales operaciones puedan producir efectos en el mercado no es en sí mismo suficiente para justificar una interpretación diferente del citado artículo 7. En efecto, por una parte, la apreciación de los efectos de una operación sobre el mercado forma parte del examen en cuanto al fondo de la concentración. Ahora bien, la obligación de suspensión prevista en el artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004 se aplica independientemente de la cuestión de si la concentración es o no compatible con el mercado común, ya que su razón de ser es precisamente garantizar un control eficaz por parte de la Comisión de todas las operaciones de concentración.
- 51 Por otra parte, no se puede excluir que una operación que no produce ningún efecto en el mercado pueda no obstante contribuir al cambio de control de la empresa objetivo y que, por tanto, ejecute, al menos parcialmente, la concentración.

- 52 De ello resulta que, a la vista de los objetivos perseguidos por el Reglamento n.º 139/2004, su artículo 7, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que prohíbe la ejecución por las partes de la concentración de cualquier operación que contribuya al cambio duradero del control de una de las empresas afectadas por dicha concentración.
- 53 Esta interpretación del mencionado artículo 7 se inscribe también en el sistema general del Reglamento n.º 139/2004.
- 54 Si bien es cierto que, conforme al considerando 6 de ese Reglamento, el control preventivo de las operaciones de concentración establecido por este se refiere a las operaciones de concentración que tengan un efecto sobre la estructura de la competencia en la Unión, de ello no resulta en modo alguno que todo comportamiento de las empresas que no produzca tales efectos escape al control de la Comisión o de las autoridades nacionales de competencia (sentencia de 7 de septiembre de 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, apartado 30).
- 55 En efecto, el mencionado Reglamento, así como, en particular, el Reglamento n.º 1/2003, forma parte de un conjunto de medidas legislativas destinadas a aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE y a establecer un sistema de control que garantice que no se falsee la competencia en el mercado interior de la Unión (sentencia de 7 de septiembre de 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, apartado 31).
- 56 Como se desprende del artículo 21, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, este último Reglamento solo es aplicable a las concentraciones definidas en su artículo 3, a las que el Reglamento n.º 1/2003 no es, en principio, aplicable (sentencia de 7 de septiembre de 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, apartado 32).
- 57 En cambio, este último Reglamento sigue siendo aplicable a los comportamientos de empresas que, sin constituir una operación de concentración a efectos del Reglamento n.º 139/2004, puedan sin embargo dar lugar a una coordinación entre ellas contraria al artículo 101 TFUE y que, por ese motivo, están sometidos al control de la Comisión o de las autoridades nacionales de competencia (sentencia de 7 de septiembre de 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, apartado 33).
- 58 Por consiguiente, extender el ámbito de aplicación del artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004 a operaciones que no contribuyen a la ejecución de una concentración no implicaría únicamente, como señala esencialmente el Abogado General en el punto 68 de sus conclusiones, ampliar el ámbito de aplicación del citado Reglamento vulnerando su artículo 1, sino también reducir, de forma correlativa, el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1/2003, que ya no sería por tanto aplicable a tales operaciones, pese a que pueden dar lugar a una coordinación entre empresas, en el sentido del artículo 101 TFUE.
- 59 A la vista de lo anterior, procede concluir que el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 debe interpretarse en el sentido de que una concentración solo se ejecuta mediante una operación que, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, contribuye al cambio de control de la empresa objetivo.
- 60 Respecto a la cuestión de si puede considerarse que la resolución de un acuerdo de cooperación, en circunstancias como las del litigio principal, implica la ejecución de una concentración, procede señalar que, conforme a las circunstancias descritas en la petición de decisión prejudicial y que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, incluso si dicha resolución está relacionada mediante condición con la concentración de que se trata y puede tener un carácter accesorio y preparatorio de esta, no es menos cierto que, a pesar de los efectos que puede haber producido en el mercado, no contribuye, como tal, al cambio de control duradero de la empresa objetivo.

- 61 En efecto, además del hecho de que se trata de una operación que afecta únicamente a una de las partes de la concentración y a un tercero, a saber, KPMG International, mediante esta resolución, las sociedades EY no adquirieron la posibilidad de ejercer influencia alguna sobre las sociedades KPMG DK, que, como se desprende de los apartados 12 y 13 de la presente sentencia, eran, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, independientes tanto antes como después de la mencionada resolución.
- 62 A la vista de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera a tercera que el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 debe interpretarse en el sentido de que solo se ejecuta una concentración mediante una operación que, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, contribuye al cambio de control de la empresa objetivo. No puede considerarse que la resolución de un acuerdo de cooperación, en circunstancias como las del litigio principal, que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, implique la ejecución de una concentración, independientemente de la cuestión de si esa resolución produjo efectos en el mercado.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

- 63 Habida cuenta de la respuesta dada a las cuestiones primera a tercera, no procede responder a la cuarta cuestión prejudicial.

Costas

- 64 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»), debe interpretarse en el sentido de que solo se ejecuta una concentración mediante una operación que, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, contribuye al cambio de control de la empresa objetivo. No puede considerarse que la resolución de un acuerdo de cooperación, en circunstancias como las del litigio principal, que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, implique la ejecución de una concentración, independientemente de la cuestión de si esa resolución produjo efectos en el mercado.

Firmas