



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NILSA WAHLA
od 18. siječnja 2018.¹

Predmet C-633/16

**Ernst & Young P/S
protiv
Konkurrencerådet**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Sø- og Handelsretten (Pomorski i trgovački sud, Danska))

„Tržišno natjecanje – Kontrola koncentracija između poduzetnika – Članak 7. stavak 1. Uredbe (EZ) br. 139/2004 – Obveza privremene odgode provedbe koncentracije dok se ne proglasi sukladnom zajedničkom tržištu – Raskid sporazuma o suradnji od strane jednog poduzetnika koji sudjeluje u spajanju”

1. Kaže se da je biti prerano u pravu isto kao biti u krivu. To osobito vrijedi za preranu provedbu koncentracije između poduzetnika.
2. Da bi se utvrdilo kada je provedba koncentracije preuranjena te stoga nezakonita, važno je jasno shvaćati opseg obveze da se provedba koncentracije privremeno odgodi i povezanih ovlasti Europske komisije da prije odobravanja koncentracije utvrdi da se radi o preranoj provedbi u skladu s člankom 7. stavkom 1. Uredbe (EZ) br. 139/2004² (u daljnjem tekstu: obveza privremene odgode). Još važnije, *na koji način* treba odrediti točan opseg obveze privremene odgode?
3. Na ta kratka, ali važna pitanja koja su postavljena u ovom postupku još nije odgovoreno u sudskoj praksi Suda.
4. Pri odlučivanju o tim pitanjima Sud će morati ispitati zahtijeva li cilj da se osigura učinkovita provedba prethodne kontrole koncentracija proširenje obveze privremene odgode izvan materijalnog područja primjene pravila o koncentracijama koja su predviđena Uredbom br. 139/2004.
5. U nastavku ću objasniti zašto smatram potrebnim jasno odrediti opseg obveze privremene odgode i zašto se to najbolje može učiniti upotrebom negativne definicije, odnosno određivanjem onoga što se nalazi izvan područja primjene članka 7. stavka 1. Uredbe br. 139/2004.

¹ Izvorni jezik: engleski

² Uredba Vijeća od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (Uredba EZ o koncentracijama) (SL 2004., L 24, str. 1.; SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 73.)

I. Pravni okvir

A. Uredba br. 139/2004

6. U skladu sa stavkom 1. članka 1. Uredbe br. 139/2004 („Područje primjene”), „ova se Uredba primjenjuje na sve koncentracije koje su od značaja za cijelu [Uniju]”.

7. U članku 3. Uredbe br. 139/2004 („Definicija koncentracije”) predviđeno je:

„1. Koncentracija nastaje kada dođe do trajne promjene kontrole uslijed:

- (a) spajanja dvaju ili više poduzetnika ili dijelova poduzetnika koji su prije bili nezavisni; ili
- (b) stjecanja izravne ili neizravne kontrole nad cijelim ili nad dijelovima jednog ili više drugih poduzetnika od strane jedne ili više osoba koje već kontroliraju najmanje jednog poduzetnika ili od strane jednog ili više poduzetnika, bilo kupnjom vrijednosnih papira ili imovine na temelju ugovora ili na bilo koji drugi način.

2. Kontrola se temelji na pravima, ugovorima ili bilo kakvom drugom sredstvu, koje zasebno ili u kombinaciji, vodeći računa o svim činjeničnim i pravnim okolnostima, omogućava prevladavajući utjecaj na poduzetnika, posebno putem:

- (a) vlasništva ili prava na korištenje cijele ili dijela imovine poduzetnika;
- (b) prava ili ugovora, koji omogućuju prevladavajući utjecaj na sastav, glasovanje ili odlučivanje tijela poduzetnika.

3. Kontrolu stječu osobe ili poduzetnici, koji:

- (a) su imatelji prava ili se mogu koristiti pravima iz predmetnih ugovora; ili
- (b) iako nisu imatelji takvih prava niti se mogu koristiti pravima iz takvih ugovora, imaju ovlaštenje za ostvarivanje prava, koja iz njih proizlaze.

[...]”

8. U stavku 1. članka 4. Uredbe br. 139/2004 („Prethodna prijava koncentracija i predprijavno upućivanje na zahtjev podnositelja prijave”) predviđeno je:

„Koncentracije koje su, u smislu ove Uredbe, od značaja za cijelu [Uniju], prijavljuju se [Komisiji] prije njihove provedbe, a nakon zaključivanja ugovora, objave javnog nadmetanja ili stjecanja kontrolnog udjela.

Prijava se može izvršiti i onda ako predmetni poduzetnici pokažu Komisiji svoju namjeru da u dobroj vjeri zaključe ugovor ili, u slučaju javnog nadmetanja, ako su javno objavili namjeru da daju ponudu, pod uvjetom da bi namjeravani ugovor ili nadmetanje rezultirali koncentracijom od značaja za cijelu [Uniju].

Za potrebe ove Uredbe, izraz ‚prijavljena koncentracija’ također se odnosi na namjeravane koncentracije, koje su prijavljene u skladu s drugim podstavkom. Za potrebe stavaka 4. i 5. ovog članka, izraz ‚koncentracija’ označava i namjeravane koncentracije u smislu drugog podstavka.”

9. U članku 7. Uredbe br. 139/2004 („Privremena odgoda koncentracijâ”) predviđeno je:

„1. Koncentracija od značaja za cijelu [Uniju], prema definiciji iz članka 1. [...], ne provodi se ili prije nego što bude prijavljena ili dok se ne ocijeni sukladnom sa zajedničkim tržištem [...]

[...]

3. Komisija može na zahtjev odobriti iznimku od obveza propisanih u stavku 1. ili 2. Zahtjev za odobrenje iznimke mora biti obrazložen. Pri odlučivanju o zahtjevu Komisija uzima u obzir, između ostalog, učinke privremene odgode na jednog ili više poduzetnika koji sudjeluju u koncentraciji ili na treću osobu te moguće ugrožavanje tržišnog natjecanja tom koncentracijom. Takva iznimka može biti podložna uvjetima i obvezama kako bi se osigurali uvjeti učinkovitog tržišnog natjecanja. Zahtjev za iznimkom može se podnijeti, odnosno odobrenje se može izdati u bilo koje vrijeme prije prijavljivanja ili nakon transakcije.

[...]”

10. U skladu s člankom 8. Uredbe br. 139/2004 („Pravna snaga odluke Komisije”):

„[...]

4. Utvrdi li Komisija da je pojedina koncentracija:

- (a) već bila provedena, a ocijenjena je nesukladnom sa zajedničkim tržištem; ili
- (b) bila provedena protivno uvjetu iz odluke [...],

Komisija može:

- zahtijevati od predmetnih poduzetnika da ponište koncentraciju, posebno poništavanjem spajanja ili prodaje svih stečenih udjela ili imovine, kako bi ponovo uspostavili stanje prije provedbe predmetne koncentracije; u slučajevima kada ponovna uspostava stanja prije provedbe koncentracije nije moguća poništavanjem koncentracije, Komisija može poduzeti druge prikladne mjere za što skorije uspostavljanje takvog prethodnog stanja,
- narediti bilo koju drugu odgovarajuću mjeru, kako bi predmetni poduzetnici poništili koncentraciju ili poduzeti druge mjere za uspostavljanje prethodnog stanja, u skladu sa svojom odlukom.

[...]

5. Komisija može poduzeti odgovarajuće privremene mjere za ponovno uspostavljanje ili očuvanje uvjeta učinkovitog tržišnog natjecanja, ako je koncentracija:

- (a) provedena protivno članku 7., a odluka o sukladnosti te koncentracije sa zajedničkim tržištem još nije donesena;

[...]

- (c) već provedena i ocijenjena nesukladnom sa zajedničkim tržištem.

[...]”

B. Nacionalno pravo

11. U članku 12.c Konkurrenceloven³ (Zakon o tržišnom natjecanju) predviđeno je:

„(1) Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen [Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja i potrošača, u daljnjem tekstu: KFST] odlučuje treba li koncentraciju odobriti ili zabraniti.

(2) Odobravaju se koncentracije koje, osobito stvaranjem ili osnaživanjem vladajućeg položaja, značajno ne narušavaju učinkovito tržišno natjecanje. Zabranjuju se koncentracije koje, osobito stvaranjem ili osnaživanjem vladajućeg položaja, značajno narušavaju učinkovito tržišno natjecanje.

[...]

(5) Koncentracije koje podliježu odredbama ovog Zakona ne provode se prije nego što ih se prijavi ili dok ih [KFST] ne odobri u skladu sa stavkom 1. ovog članka [...]

[...]”

12. U odluci kojom je upućeno prethodno pitanje navodi se da uvodne izjave s objašnjenjima koje prate zakonodavnu izmjenu kojom je uveden članak 12.c predviđaju da se danska pravila o kontroli koncentracija temelje na odgovarajućim pravilima Uredbe br. 139/2004 te da ih, kako u pogledu definicije tako i u pogledu opsega pojma „koncentracija” i obveze privremene odgode, treba tumačiti u skladu s potonjima.

II. Činjenično stanje, postupak i prethodna pitanja

13. Društva KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab i KPMG Ejendomme Flintholm K/S (u daljnjem tekstu zajedno: društva KPMG DK), s jedne strane, i društva Ernst & Young P/S, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Ernst & Young Global Limited i EYGS LLP (u daljnjem tekstu zajedno: društva EY), s druge strane, sklopila su 18. studenoga 2013. sporazum kojim su se odlučila spojiti (u daljnjem tekstu: sporazum o spajanju).

14. U vrijeme sklapanja sporazuma o spajanju i društva KPMG DK i društva EY bila su poduzeća koja su na danskom tržištu pružala revizorske i računovodstvene usluge. Društva KPMG DK pripadala su međunarodnoj mreži neovisnih revizorskih poduzeća, KPMG International Cooperative (u daljnjem tekstu: mreža KPMG International), na temelju sporazuma o suradnji potpisanog 15. veljače 2010. (u daljnjem tekstu: sporazum o suradnji).

15. Sporazum o suradnji dao je sudionicima isključivo pravo da budu dio mreže KPMG na nacionalnoj razini i da za potrebe promidžbe koriste žigove mreže KPMG International. Sporazum o suradnji sadržava i odredbe o raspodjeli klijenata, obvezi pružanja usluga klijentima iz drugih područja i godišnjoj pristojbi za sudjelovanje u suradnji. Sporazum o suradnji pretpostavlja da revizorska poduzeća iz mreže KPMG ni u jednom trenutku ne sudjeluju u partnerstvu/zajedničkom pothvatu ili sličnom.

16. Društva KPMG DK su na temelju sporazuma o spajanju bila obvezna raskinuti svoj sporazum s mrežom KPMG International odmah nakon potpisivanja sporazuma o spajanju, kako bi mogla prekinuti suradnju s tom mrežom i umjesto toga spojiti se s društvima EY i postati dio grupe EY.

³ Lovbekendtgørelse nr. 869 af 8. juli 2015, Lovtidende 2015 A (Pročišćeni zakon br. 869 od 8. srpnja 2015.).

17. Nesporno je da je sporazum o spajanju podlijegao obvezi prijave jer su društva EY njime stjecala kontrolu nad društvima KPMG DK, a prihod sudjelujućih poduzeća premašivao je pragove iz danskih propisa o tržišnom natjecanju.

18. Nakon što su 18. studenoga 2013. potpisala sporazum o spajanju s društvima EY, društva KPMG DK raskinula su sporazum o suradnji s učinkom od 30. rujna 2014., prvo telefonskim pozivom kojim je predsjednik upravnog odbora mreže KPMG International unaprijed obaviješten, a potom dopisom od 18. studenoga 2013. poslanim mreži KPMG International. Nije bilo obvezno da tijela nadležna za tržišno natjecanje odobre sam raskid ugovora o suradnji.

19. Sklapanje novog sporazuma o spajanju javno je objavljeno 19. studenoga 2013. Od tada do odobrenja spajanja dogodilo se nekoliko stvari.

20. Mreža KPMG International je 20. studenoga 2013. u članku na internetskom portalu Business.dk objavila svoju namjeru ostanka na danskom tržištu. Odlučila je uspostaviti novo revizorsko poduzeće u Danskoj. Također je sklopila sporazum o suradnji s poduzećem za porezno savjetovanje unatoč činjenici da je njezin sporazum o suradnji s društvima KPMG DK još uvijek bio na snazi i da se suradnja nastavila kao prije, iako je otkazni rok bio u tijeku.

21. Osim toga, neki od primatelja revizorskih usluga društava KPMG DK, uključujući dva ponajveća klijenta, grupe Carlsberg i Mærsk, odlučili su na svojim glavnim skupštinama predložiti promjenu revizora, prema kojoj bi mreža KPMG International bila njihov revizor u računovodstvenoj godini 2014. Slično tomu, u tom su razdoblju i druga društva odlučila s društvima KPMG DK prijeći na druga revizorska poduzeća. Redovite glavne skupštine većinom se održavaju u rano proljeće zato što se društva općenito vode kalendarskom godinom kao računovodstvenom i zato što se revizor, prema danskim propisima o trgovačkim društvima, mora izabrati na redovitoj glavnoj skupštini.

22. Društva KPMG DK i društva EY započela su predprijavni postupak odmah nakon objave sporazuma o spajanju, kako bi ishodila odobrenje spajanja, pri čemu su prvi probni kontakti s KFST-om ostvareni 21. studenoga 2013.

23. Prvi nacrt prijave KFST-u je poslan 13. prosinca 2013., postupak prijave završen je 7. veljače 2014. te je spajanje uz suglasnost Konkurrencerådet (Vijeće za tržišno natjecanje) odobreno odlukom od 28. svibnja 2014. Nakon što je Vijeće za tržišno natjecanje odobrilo spajanje, društva KPMG DK i mreža KPMG International odlučili su prekinuti svoju suradnju s učinkom od 30. lipnja 2014.

24. Vijeće za tržišno natjecanje je 17. prosinca 2014. donijelo odluku kojom je utvrdilo da su društva KPMG DK povrijedila obvezu privremene odgode iz članka 12.c stavka 5. Zakona o tržišnom natjecanju time što su 18. studenoga 2013., u skladu s odredbama sporazuma o spajanju, objavila raskid sporazuma o suradnji s mrežom KPMG International prije nego što je Vijeće za tržišno natjecanje odobrilo spajanje (u daljnjem tekstu: pobijana odluka).

25. Pobijana odluka temelji se na sveobuhvatnoj ocjeni okolnosti slučaja koju je proveo KFST. Međutim, KFST je poseban naglasak stavio na činjenicu da je raskid sporazuma bio (i) izravno povezan sa spajanjem, (ii) neopoziv i da (iii) je imao potencijal proizvesti tržišne učinke u razdoblju od kada je objavljen do odobrenja spajanja, ali je navedeno da ta tri elementa nisu bili jedina.

26. Što se tiče potencijalnih tržišnih učinaka, u pobijanoj odluci je navedeno da oni mogu nastati zbog više razloga, pri čemu je istaknuto da nije bilo moguće precizno odrediti pozadinu tržišnih reakcija, ali da niti nije bilo potrebno dokazati nikakve stvarne učinke raskida zbog činjenice da je on, po mišljenju Vijeća za tržišno natjecanje, sam po sebi imao potencijal proizvesti tržišne učinke i da ga je stoga moguće smatrati provedbenom radnjom.

27. Budući da se nije slagalo s pobijanom odlukom, društvo Ernst & Young P/S (u daljnjem tekstu: Ernst & Young) je 1. lipnja 2015. podnijelo tužbu za njezino poništenje sudu koji je uputio zahtjev. U vezi s time, taj sud navodi da je ishod glavnog postupka relevantan za pitanje izricanja mogućih novčanih kazni zato što je KFST 11. lipnja 2015. predmet uputio Statsanklageru for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (Državni odvjetnik za teška gospodarska i međunarodna kaznena djela) kako bi ga se ispitalo u svjetlu odredbi kaznenog prava.

28. Budući da je dvojio u pogledu pravilnog tumačenja članka 7. stavka 1. Uredbe br. 139/2004, sud koji je uputio zahtjev, kako bi članak 12.c stavak 5. Zakona o tržišnom natjecanju mogao protumačiti u skladu s navedenom odredbom uredbe, odlučio je prekinuti postupak i Sudu uputiti sljedeća prethodna pitanja:

- „1. Koje kriterije treba primijeniti kod ocjene primjenjuje li se na postupanje ili radnje poduzetnika zabrana iz članka 7. stavka 1. Uredbe Vijeća br. 139/2004 ([obveza privremene odgode]) i zahtijeva li provedbena radnja u smislu članka 7. stavka 1. da radnja u cijelosti ili djelomično, činjenično ili pravno predstavlja element stvarne promjene kontrole ili spajanja djelatnosti koje nastavljaju obavljati poduzeća sudionici, koji – pod uvjetom da su ispunjene pretpostavke o nužnim pragovima – stvara obvezu prijave?
 2. Može li raskid sporazuma o suradnji, poput onog u predmetnom slučaju, koji je objavljen u okolnostima opisanima u odluci kojom je upućeno prethodno pitanje, predstavljati provedbenu radnju na koju se primjenjuje zabrana iz članka 7. stavka 1. Uredbe br. 139/2004 i koje kriterije treba primijeniti kod donošenja takve odluke?
 3. Utječe li na odgovor na drugo pitanje okolnost da je raskid doista proizveo tržišne učinke značajne za pravo tržišnog natjecanja?
 4. Ako je odgovor na treće pitanje potvrđan, traži se pojašnjenje o kriterijima i stupnju vjerojatnosti koje treba primijeniti kada se u konkretnom slučaju odlučuje o tome je li raskid doveo do takvih tržišnih učinaka kao i o važnosti mogućnosti da se ti učinci pripišu drugim uzrocima.”
29. Pisana očitovanja podnijeli su društvo Ernst & Young, danska vlada i Komisija. Te su stranke iznijele i usmena očitovanja na raspravi održanoj 15. studenoga 2017.

III. Analiza

A. Nadležnost Suda

30. Komisija u svojim pisanim očitovanjima propitkuje je li Sud nadležan odgovoriti na prethodna pitanja iako situacija koja se razmatra u glavnom postupku nije izravno uređena člankom 7. stavkom 1. Uredbe br. 139/2004. Konkretnije, Komisija propitkuje je li upućivanje na tu uredbu u pripremnim aktima nacionalnog zakonodavstva dovoljno da bi Sud bio nadležan na temelju članka 267. UFEU-a.

31. U opširnoj sudskoj praksi koja je proizašla iz presude Dzodzi⁴ Sud je utvrdio da je odredbe ili pojmove preuzete iz prava Unije, radi sprečavanja budućih razlika u tumačenju, potrebno ujednačeno tumačiti, bez obzira na okolnosti u kojima se primjenjuju. Sud je taj pristup konačno potvrdio u presudi Allianz Hungária Biztosító i dr.⁵ Dakle, Sud je nadležan za odlučivanje o zahtjevima za prethodnu odluku koji se odnose na odredbe prava Unije u situacijama u kojima činjenice iz glavnog postupka izravno ne potpadaju pod područje primjene prava Unije, ali u kojima je nacionalni zakonodavac unutarnje situacije i situacije uređene pravom Unije odlučio tretirati na isti način⁶.

32. Stoga, zaključujem da je Sud nadležan odgovoriti na prethodna pitanja koja mu je uputio Sø- og Handelsretten (Pomorski i trgovački sud, Danska).

B. Meritum

1. Preliminarna zapažanja

33. Ne želeći prejudicirati nužnost prethodne prijave koncentracija, podsjetio bih da (nacionalna) obveza privremene odgode ne postoji u mnogim pravnim porecima. Primjerice, što se tiče Europske unije, čini se da je to slučaj u Italiji⁷, Latviji⁸ i Ujedinjenoj Kraljevini (gdje je, osim toga, prijava opisana kao „dobrovoljna”)⁹.

34. Na razini Unije, obveza privremene odgode je prema prvotnoj uredbi o kontroli koncentracija trajala samo tri tjedna od prijave koncentracije. Trajanje te obveze moglo se produljiti odlukom Komisije¹⁰.

35. To upućuje na činjenicu da bi bilo pretjerano, kako Komisija čini, obvezu privremene odgode, iako može biti korisna, smatrati neophodnim alatom za kontrolu koncentracija. Ona jednostavno služi tomu da poduzetnike odvraća od preuranjene provedbe koncentracija, odnosno prije nego što ih provjere tijela nadležna za tržišno natjecanje, i da smanji rizik od nužnosti poništenja provedbe u slučaju da ne bude odobrena. Drugim riječima, obveza privremene odgode poduzetnicima koji sudjeluju u provedbi koncentracije nameće financijski teret povezan s odgodom provedbe koncentracije dok tijelo nadležno za tržišno natjecanje ne dovrši svoju ocjenu kao i financijski rizik u slučaju potencijalno nužnog kasnijeg poništenja nezakonite prerane provedbe koncentracije.

36. Te značajke treba imati na umu pri razmatranju granica obveze privremene odgode na temelju Uredbe br. 139/2004. Naime, Sud još nije u potpunosti razjasnio odnos između prethodne i naknadne kontrole koncentracija, kako je uređena člancima 7. i 8. Uredbe br. 139/2004.

4 Presuda od 18. listopada 1990., Dzodzi, C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360, t. 36. do 43. Također vidjeti, među ostalim, presude od 17. srpnja 1997., Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369, t. 34.; od 11. siječnja 2001., Kofisa Italia, C-1/99, EU:C:2001:10, t. 32.; od 14. prosinca 2006., Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, EU:C:2006:784, t. 19. i od 15. siječnja 2002., Andersen og Jensen, C-43/00, EU:C:2002:15, t. 18.

5 Vidjeti presudu od 14. ožujka 2013., Allianz Hungária Biztosító i dr., C-32/11, EU:C:2013:160, t. 20. i navedenu sudsku praksu.

6 U tom pogledu, vidjeti presudu od 14. ožujka 2013., Allianz Hungária Biztosító i dr., C-32/11, EU:C:2013:160, t. 20. i 21.

7 Vidjeti članak 17. Legge 10 ottobre 1990, n. 287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Zakon br. 287 od 10. listopada 1990. o usvajanju odredbi za zaštitu tržišnog natjecanja i tržišta, GURI br. 240 od 13. listopada 1990., str. 3.).

8 Vidjeti članke 15. do 17. Konkurences likums (Zakon o tržišnom natjecanju) od 4. listopada 2001. (Latvijas Vēstnesis, 2001., br. 151).

9 Vidjeti članak 96. stavak 1. Enterprise Act 2002 (Zakon o poduzetništvu iz 2002.) i) „Mergers: Guidance on the CMA’s jurisdiction and procedure”, Competition and Markets Authority, Ujedinjena Kraljevina, siječanj 2014. (dostupno na: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2_Mergers_Guidance.pdf (pristupljeno 1. prosinca 2017.)), t. 6.1. i 6.2. te bilj. 298.

10 Vidjeti članak 7. stavke 1. i 2. Uredbe Vijeća (EEZ) br. 4064/89 od 21. prosinca 1989. o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 1989., L 395, str. 1.; ispravak objavljen u SL 1990., L 257, str. 13.).

37. Što se tiče analize prethodnih pitanja, moguće ih je razmotriti kao dva para. S jedne strane, i prvo i drugo prethodno pitanje odnose se na opseg obveze privremene odgode i način na koji ga treba odrediti (drugim prethodnim pitanjem konkretno se pita primjenjuje li se ta obveza u slučaju iz glavnog postupka). S druge strane, treće i četvrto prethodno pitanje je konkretnije. Oba su usredotočena na relevantnost mogućih tržišnih učinaka za obvezu privremene odgode, uključujući na pitanje koje je kriterije moguće primijeniti da bi se dokazali takvi učinci i koji dokazni prag tijelo nadležno za tržišno natjecanje u tom pogledu mora dosegnuti kada istražuje moguću povredu te obveze.

2. Prvo i drugo prethodno pitanje

38. Sud koji je uputio zahtjev u prva dva pitanja od Suda u biti traži da pojasni opseg obveze privremene odgode predviđene člankom 7. stavkom 1. Uredbe br. 139/2004 i u kojim će se okolnostima na radnje poduzetnika primjenjivati ta odredba. Konkretno, taj sud traži smjernice o načinu na koji treba odrediti opseg obveze privremene odgode, upućujući na posebne kriterije koje je dansko tijelo nadležno za tržišno natjecanje primijenilo u pobijanoj odluci.

a) Očitovanja stranaka prethodnog postupka

39. S jedne strane, društvo Ernst & Young smatra da se pravila o kontroli koncentracija, osobito obveza privremene odgode, primjenjuju samo na podskup mjera koje su sastavni dio koncentracije koja se mora prijaviti. Učinke koje na tržišno natjecanje mogu imati mjere koje se nalaze izvan dosega obveze privremene odgode treba ocijeniti s obzirom na članke 101. i 102. UFEU-a. Pozivajući se na presudu Općeg suda u predmetu Aer Lingus Group/Komisija¹¹, društvo Ernst & Young tvrdi da pojam „koncentracija” predstavlja kamen temeljac Komisijine nadležnosti prema pravilima o kontroli koncentracija te da opseg obveze privremene odgode stoga ne može biti različit od opsega tog pojma ili ići preko njega. Mjere na koje se primjenjuje obveza privremene odgode odnose se, po mišljenju društva Ernst & Young, na prijenos kontrole.

40. S druge strane, pozivajući se na presudu Općeg suda u predmetu Electrabel/Komisija¹², danska vlada i Komisija naglašavaju sustav prethodne kontrole koji predviđaju pravila o koncentracijama te navode da se, u slučaju neodobravanja spajanja, može pokazati nemogućim uspostaviti stanje koje je postojalo prije provedbe.

41. Osobito, danska vlada tvrdi da se obveza privremene odgode ne može primjenjivati samo na mjere koje, same po sebi, podrazumijevaju promjenu kontrole ili udruživanje djelatnosti stranaka, već da se mora odnositi i na sve mjere koje, ovisno o okolnostima, mogu ograničiti ili otežati učinkovitu prethodnu kontrolu koncentracija. Međutim, ta vlada smatra da unutarnje pripreme korake treba isključiti iz opsega obveze privremene odgode ako nisu značajni za odluku koju o odobrenju spajanja donose tijela nadležna za tržišno natjecanje, a i inače nemaju potencijal proizvesti strukturne tržišne učinke.

¹¹ Presuda od 6. srpnja 2010., T-411/07, EU:T:2010:281, t. 62. i 65. Upućuje se i na presudu od 12. prosinca 2012., Electrabel/Komisija, T-332/09, EU:T:2012:672, t. 42.

¹² Presuda od 12. prosinca 2012., T-332/09, EU:T:2012:672, t. 245. do 247. Žalba na tu presudu odbijena je presudom od 3. srpnja 2014., Electrabel/Komisija, C-84/13 P, neobjavljena, EU:C:2014:2040.

42. Slično tomu, Komisija, pozivajući se na uvodnu izjavu 34. Uredbe br. 139/2004¹³, tvrdi da provedba koncentracije u skladu s člankom 7. stavkom 1. te uredbe ne zahtijeva da dotična mjera u cijelosti ili djelomično, pravno ili činjenično predstavlja element procesa koji rezultira stvarnom promjenom kontrole ili se sastoji od spajanja djelatnosti stranaka koje dovodi do spajanja. Ona smatra da se o djelomičnoj provedbi spajanja može, među ostalim, raditi kada su u pitanju mjere koje (i) se sastoje od pripremnih koraka u okviru postupka koji dovodi do promjene kontrole; ili (ii) omogućuju stranci koja stječe kontrolu da ostvari utjecaj nad strukturom ili tržišnim ponašanjem ciljnog poduzetnika; ili na drugi način (iii) prejudiciraju učinke spajanja ili značajno utječu na postojeće stanje tržišnog natjecanja.

b) Uvodne napomene

43. Koliko mi je poznato, Sud do sada nije nikad konkretno odlučio o opsegu obveze privremene odgode iz članka 7. stavka 1. Uredbe br. 139/2004 te stoga ni o Komisijinim ovlastima nadzora njezina poštovanja. To je važno istaknuti s obzirom na to da novčane kazne koje Komisija odnedavno izriče nipošto nisu beznačajne¹⁴. Čini se da je taj nedostatak sudskog nadzora omogućio Komisiji da svoje regulatorne aktivnosti nenadgledano nastavi. Ona u ovom predmetu također predlaže da se ne utvrde nikakvi kriteriji koji bi ograničili njezine nadzorne ovlasti.

44. Općenito se slažem s Komisijom da ne bi bilo djelotvorno ako bi Sud detaljno utvrdio opći i iscrpni popis kriterija kako bi se obuhvatile apsolutno sve mjere na koje bi se obveza privremene odgode mogla primjenjivati. Ako bi se ta obveza na taj način (pozitivno) odredila, nastao bi rizik od toga da određene mjere ne budu njome obuhvaćene, čime bi se možebitno prejudicirao ishod budućih predmeta, kako na štetu Komisijinih regulatornih aktivnosti tako i na štetu njihova nadzora od strane Suda. Naime, ako bi Sud odobrio primjenu određenih kriterija za pozitivno određivanje opsega obveze privremene odgode, sustavna primjena tih kriterija kao prethodno odlučujućih čak bi mogla suziti opseg te obveze.

45. Umjesto toga, treba zagovarati negativnu definiciju obveze privremene odgode. Nju bi Sud odredio tako da utvrdi one mjere na koje se obveza neće primjenjivati, čime bi poduzetnicima koji sudjeluju u koncentracijama pružio veću pravnu sigurnost, a istodobno očuvao fleksibilnost potrebnu za djelotvornu kontrolu koncentracija.

46. Prije nego što to detaljno objasnim, prvo ću pokazati zašto kriteriji koje ističe sud koji je uputio zahtjev nisu pogodni za određivanje opsega obveze privremene odgode, s obzirom na to da sva tri imaju inherentne manjkavosti. U daljnjoj ću analizi izložiti pitanja koja je potrebno uzeti u obzir pri određivanju opsega obveze privremene odgode.

¹³ Uvodna izjava 34. Uredbe br. 139/2004 glasi: „Radi osiguranja učinkovitog nadzora, poduzetnici imaju obvezu unaprijed prijaviti koncentracije koje su od značaja za cijelu [Uniju], nakon zaključivanja ugovora, objave javnog nadmetanja ili stjecanja većinskog udjela. [...] Provedbu koncentracija treba odgoditi do konačne odluke Komisije. Međutim, treba postojati mogućnost da se prema potrebi odstupi od takve odgode na zahtjev predmetnih poduzetnika. Pri odlučivanju o tome hoće li odobriti iznimku, Komisija treba voditi računa o svim mjerodavnim čimbenicima, kao što je, na primjer, vrsta i ozbiljnost štete za poduzetnike ili treće osobe, kao i prijetnja za tržišno natjecanje, koju predstavlja predmetna koncentracija. U interesu pravne sigurnosti treba štititi valjanost transakcija, ako je to potrebno.”

¹⁴ U predmetu u kojem je donesena presuda od 12. prosinca 2012., *Electrabel/Komisija*, T-332/09, EU:T:2012:672, Komisija je izrekla novčanu kaznu u iznosu od 20 000 000 eura zbog povrede obveze privremene odgode. U žalbenom postupku Sud nije razmatrao postojanje povrede; vidjeti presudu od 3. srpnja 2014., *Electrabel/Komisija*, C-84/13 P, neobjavljena, EU:C:2014:2040. U predmetu u kojem je donesena presuda od 26. listopada 2017., *Marine Harvest/Komisija*, T-704/14, EU:T:2017:753 (žalba u tijeku pred Sudom, C-10/18 P), Komisija je tužitelju izrekla novčanu kaznu u iznosu od 10 000 000 eura zbog povrede te obveze (uz novčanu kaznu u iznosu od 10 000 000 eura zbog povrede članka 4. stavka 1. Uredbe br. 139/2004).

c) *Tri kriterija iz nacionalne odluke*

47. Sud koji je uputio zahtjev istaknuo je tri kriterija, koja je dansko tijelo nadležno za tržišno natjecanje primijenilo u pobijanoj odluci, kako bi pojasnio koje će vrste mjera biti obuhvaćene obvezom privremene odgode. U skladu s njima, dotična mjera mora biti (i) izravno povezana sa spajanjem; (ii) neopoziva i (iii) imati potencijal proizvodnje tržišnih učinaka.

48. *Izravna povezanost sa spajanjem* je preduvjet, a ne kriterij primjene obveze privremene odgode. Stoga nije samo zakonito pozvati se na taj čimbenik. To je obvezno¹⁵.

49. Kriterij izravne povezanosti sa spajanjem može olakšati isključenje određenih mjera koje očito nemaju nikakve veze s provedbom koncentracije. Međutim, on u stvarnosti nema nikakvu bitnu dodatnu vrijednost jer bez njega Komisija uopće ne bi mogla upotrijebiti svoje ovlasti na temelju Uredbe br. 139/2004¹⁶.

50. Kao drugo, kriterij je li mjera kojom se koncentracija navodno prethodno provodi *neopoziva* ne čini mi se relevantnim za obvezu privremene odgode. Pridavanje važnosti samoj neopozivosti mjere ne bi, u ovom predmetu, samo podrazumijevalo nagađanje mogu li društva KPMG DK obnoviti svoje veze s mrežom KPMG International, nego bi i udaljilo obvezu privremene odgode od onoga što se njome nastoji privremeno odgoditi, odnosno od koncentracije.

51. Još važnije, Komisija na temelju članka 8. stavka 5. točaka (a) i (c) Uredbe br. 139/2004 može narediti poništenje mjera kojima se koncentracija prerano provodi. Bilo bi proturječno da Komisija ima tu ovlast a da primjena obveze privremene odgode istodobno ovisi o neopozivosti mjere.

52. Umjesto toga, neopozivost mjere može biti relevantan čimbenik za tijelo nadležno za tržišno natjecanje kada razmatra zahtjev za iznimku od obveze privremene odgode na temelju članka 7. stavka 3. Uredbe br. 139/2004¹⁷.

53. Naposljetku, što se tiče *potencijala stvaranja tržišnih učinaka*, smatram da ni taj kriterij nije koristan za određivanje opsega obveze privremene odgode.

54. Naime, kao prvo, poslovne mjere gotovo uvijek imaju nekakav učinak na tržište. Ako bi puki potencijal stvaranja tržišnih učinaka bio dovoljan za primjenu obveze privremene odgode, taj bi kriterij gotovo uvijek bio ispunjen te bi stoga bio suvišan. Nasuprot tomu, ako bi kriterij bio nastanak stvarnih tržišnih učinaka, opseg obveze privremene odgode mogao bi biti suviše ograničen.

55. Kao drugo, kriterij potencijala proizvodnje tržišnih učinaka u biti bi se preklapao s meritumom zahtjeva za odobrenje koncentracije. Primjena tog kriterija bi u stvarnosti podrazumijevala neki oblik postupka automatskog izdavanja sudskog naloga ovisno o tome može li mjera kojom se navodno provodi koncentracija imati tržišni učinak. Takav bi pristup stvorio rizik od toga da obveza privremene odgode predodredi ocjenu sukladnosti koncentracije sa zajedničkim tržištem. Također bi učinio suvišnom ovlast Komisije, na temelju članka 8. stavka 5. Uredbe br. 139/2004, da u slučaju povrede obveze privremene odgode poduzme odgovarajuće privremene mjere za ponovno uspostavljanje ili očuvanje uvjeta učinkovitog tržišnog natjecanja.

15 Naime, kako je Komisija istaknula, izravna povezanost sa spajanjem povezana je s pitanjem predstavlja li provedbena radnja, kako je navedeno u zadnjem dijelu prvog prethodnog pitanja, element stvarne promjene kontrole ili spajanja djelatnosti poduzeća sudionika. Oboje se odnosi na pojam „koncentracija”, kojem ću se vratiti u nastavku.

16 Vidjeti članak 1. stavak 1. Uredbe br. 139/2004.

17 U tom pogledu, kako proizlazi iz uvodne izjave 34. Uredbe br. 139/2004, „[p]ri odlučivanju o tome hoće li odobriti iznimku, Komisija treba voditi računa o svim mjerodavnim čimbenicima, kao što je, na primjer, vrsta i ozbiljnost štete za poduzetnike ili treće osobe, kao i *prijetnja za tržišno natjecanje, koju predstavlja predmetna koncentracija*. U interesu pravne sigurnosti treba štititi valjanost transakcija, ako je to potrebno” (moje isticanje).

56. Kao prvo, ako se obveza privremene odgode uvjetuje (potencijalnim) tržišnim učinkom, zanemaruje se složenost takve ekonomske ocjene, koju poduzetnici ne mogu sa sigurnošću provesti. To je razlog zbog kojeg članak 7. stavak 3. Uredbe br. 139/2004 omogućuje Komisiji da odobri iznimke od obveze privremene odgode kada dotična mjera ne predstavlja ozbiljnu prijetnju za tržišno natjecanje.

57. Ukratko, nijedan od predloženih kriterija ne čini se korisnim pri određivanju opsega obveze privremene odgode. Tri kriterija koja je sud koji je uputio zahtjev istaknuo dobri su primjeri zašto Sud ne bi trebao pozitivno odrediti relevantne kriterije za utvrđivanje je li obveza privremene odgode povrijeđena.

58. U nastavku ću objasniti zašto je negativna definicija prikladnija za određivanje opsega obveze iz članka 7. stavka 1. Uredbe br. 139/2004.

d) Opseg obveze privremene odgode iz članka 7. stavka 1. Uredbe br. 139/2004

59. U skladu s člankom 1. stavkom 1. Uredbe br. 139/2004, ta se uredba, uključujući obvezu privremene odgode provedbe koncentracije iz njezina članka 7. stavka 1., primjenjuje na koncentracije od značaja za cijelu Uniju (u kontekstu nacionalnih propisa koji odražavaju tu uredbu, do primjene dolazi ako je dosegnut određen prag). Dok se odgovor na pitanje je li koncentracija od značaja za cijelu Uniju nalazi u članku 1. stavku 2. uredbe, sam pojam „koncentracija” uređen je člankom 3.

60. Konkretno, koncentracija pretpostavlja, u skladu s člankom 3. stavkom 1. Uredbe br. 139/2004, „trajnu promjenu kontrole” koja je posljedica spajanja ili stjecanja. Sama „kontrola”, u skladu s člankom 3. stavkom 2. uredbe, temelji se na „pravima, ugovorima ili bilo kakvom drugom sredstvu, koje zasebno ili u kombinaciji, vodeći računa o svim činjeničnim i pravnim okolnostima, omogućava prevladavajući utjecaj na poduzetnika”. Osim toga, „kontrola” je, u skladu s člankom 3. stavkom 3. uredbe, nešto što se „stječe”. Naposljetku, što se tiče stjecanja konkretno, kontrola, u skladu s člankom 3. stavkom 1. točkom (b), može biti „izravna ili neizravna”.

61. U članku 7. stavku 1. Uredbe br. 139/2004 govori se pak o „koncentraciji” od značaja za cijelu Uniju, kako je definirana u članku 1. te uredbe, koja se ne smije „provesti” prije nego što bude prijavljena ili dok ne bude odobrena.

62. Dakle, pojam „koncentracija” ključan je za obvezu privremene odgode. Upravo taj pojam ili, preciznije, stjecanje mogućnosti izvršavanja prevladavajućeg utjecaja na (ciljnog) poduzetnika, stvara tu obvezu¹⁸. Shodno tomu, mjere koje *prethode* koncentraciji ne bi trebale biti obuhvaćene obvezom privremene odgode.

63. Istodobno, kako je Komisija istaknula, obveza privremene odgode mora obuhvaćati *djelomičnu* kao i punu provedbu koncentracije. Dok se ta obveza ne može primjenjivati na puke unutarnje pripremne mjere koje prethode koncentraciji¹⁹, mora se primjenjivati na mjere koje su sastavni dio same koncentracije. Problem leži u razgraničavanju dopuštenih pripremnih mjera i djelomične provedbe, čemu svjedoči predmetni slučaj.

64. Opći sud je u tom pogledu zaključio da Komisija može, u određenim okolnostima, skupinu međusobno povezanih transakcija smatrati jednom jedinstvenom operacijom spajanja u kojoj su dotične transakcije međuovisne na način da nijednu ne bi bilo moguće izvršiti bez drugih i da se ishod sastoji od prelaska, na jednog ili više poduzetnika, izravne ili neizravne gospodarske kontrole

¹⁸ U tom pogledu, također vidjeti presudu od 26. listopada 2017., *Marine Harvest/Komisija*, T-704/14, EU:T:2017:753, t. 58. i navedenu sudsku praksu.

¹⁹ Čini se da stranke usmenog postupka nisu osporavale tvrdnju da takve unutarnje pripremne mjere nisu obuhvaćene obvezom privremene odgode.

nad djelatnostima jednog ili više poduzetnika²⁰. Takvom pristupu razmatranju pojma „koncentracija” u prilog ide tekst članka 3. stavka 1. točke (a) Uredbe br. 139/2004, u kojem se upućuje na neizravnu (*de facto*) kontrolu²¹. Taj je pristup opravdan potrebom za sprječavanjem zaobilaženja pravila o koncentracijama putem umjetnog stvaranja međusobno povezanih transakcija. Međutim, jesu li pravila o koncentracijama umjetno zaobidena mora se ocijeniti s obzirom na okolnosti pojedinog slučaja. Puka činjenica da je nekoliko transakcija međusobno ne znači nužno da predstavljaju jedinstvenu transakciju²².

65. Nasuprot tomu, puka činjenica da je mjera poduzeta u procesu koji vodi stvaranju koncentracije ne znači automatski da se na tu mjeru primjenjuje obveza privremene odgode. Sve dok mjera prethodi mjerama koje stvarno dovode do stjecanja mogućnosti izvršavanja prevladavajućeg utjecaja na ciljnog poduzetnika te je od njih *odvojena*, ne bi trebala podlijevati obvezi privremene odgode te, posljedično, Komisijinim ovlastima nadzora poštovanja te obveze.

66. Kao protuodgovor takvom stajalištu, moglo bi se tvrditi da obvezu privremene odgode, radi učinkovitosti, ne bi trebalo usko tumačiti i da bi njezin opseg, kao skupni proizvod „koncentracije” i „provedbe”, čak trebao, radi predostrožnosti, biti širi od opsega pojma „koncentracija”. Čini se da to stajalište proizlazi iz argumenata danske vlade i Komisije. Presuda *Aer Lingus Group/Komisija*²³ donekle mu ide u prilog. Opći sud je u njoj zaključio da „stjecanje [manjinskog udjela] koje, kao takvo, ne omogućava kontrolu u smislu članka 3. [Uredbe br. 139/2004] može ulaziti u područje primjene članka 7.”, čime je obvezu privremene odgode naizgled odvojio od pojma „koncentracija”.

67. Međutim, s obzirom na kontekst tog utvrđenja, Opći sud je u točki 82. te presude analizirao iznimku od obveze privremene odgode predviđenu člankom 7. stavkom 2. Uredbe br. 139/2004, a ne onu predviđenu člankom 7. stavkom 1. Potom je u točki 83. iznio gore citirani opći navod, pri čemu nije pružio nikakvo objašnjenje osim sažetka svojeg shvaćanja Komisijina pristupa. Doseg tog navoda je stoga pomalo nejasan. U svakom slučaju, taj navod nije kompatibilan s kasnijim zaključkom – s kojim se slažem – koji je s obzirom na okolnosti tog predmeta donesen u točkama 84. i 85., a u skladu s kojim stjecanje manjinskog udjela nije moguće, općenito govoreći, smatrati djelomičnom provedbom koncentracije koja može dovesti do usvajanja mjere na temelju članka 8. stavaka 4. i 5. te uredbe²⁴.

68. Osim toga, smatram da bi tumačenje opsega obveze privremene odgode iz članka 7. Uredbe br. 139/2004 koje zanemaruje opseg pojma „koncentracija” stvorilo sivu zonu u kojoj bi toj obvezi podlijevale određene mjere koje se tiču koncentracije, ali nisu kao takve neraskidivo povezane s prijenosom kontrole. Međutim, ako bi ta siva zona bila šira od opsega pojma „koncentracija”, ta bi se obveza proširila izvan područja primjene same uredbe kako je utvrđeno njezinim člankom 1. To bi bilo neodrživo.

69. Osim toga, tako široko tumačenje nadilazilo bi ono što je nužno za očuvanje učinkovite kontrole koncentracija. Kako je navedeno u gornjim točkama 33. do 36., čini se pretjeranim obvezu privremene odgode smatrati neophodnim alatom. Naime, Komisija je na temelju članka 8. stavaka 4. i 5. Uredbe br. 139/2004 ovlaštena narediti ponovno uspostavljanje ili očuvanje uvjeta učinkovitog tržišnog

20 U pogledu članka 3. stavka 1. Uredbe br. 4064/89, vidjeti presudu od 23. veljače 2006., *Cementbouw Handel & Industrie/Komisija*, T-282/02, EU:T:2006:64, t. 109. Kada je žalbu na tu presudu odbio presudom od 18. prosinca 2007., *Cementbouw Handel & Industrie/Komisija*, C-202/06 P, EU:C:2007:814, Sud nije zauzeo stajalište o tom zaključku (vidjeti t. 44.).

21 Valja uputiti i na uvodnu izjavu 20. Uredbe br. 139/2004, u skladu s kojom je „s transakcijama koje su međusobno usko povezane [uputno] postupati kao s pojedinačnim koncentracijama, jer ih povezuje određeni uvjet ili imaju oblik niza transakcija s vrijednosnim papirima, koje se odvijaju u razumno kratkom vremenskom razdoblju”.

22 Vidjeti presudu od 26. listopada 2017., *Marine Harvest/Komisija*, T-704/14, EU:T:2017:753, t. 126.

23 Presuda od 6. srpnja 2010., *Aer Lingus Group/Komisija*, T-411/07, EU:T:2010:281, t. 83.

24 Valja uputiti i na rješenje od 18. ožujka 2008., *Aer Lingus Group/Komisija*, T-411/07 R, EU:T:2008:80, u pogledu zahtjeva za privremene mjere podnesenog u tom istom predmetu, u čijoj je točki 94. utvrđeno da „bi Komisija od stranaka mogla zakonito zatražiti da ne poduzimaju nikakve radnje koje mogu dovesti do promjene kontrole čak i ako bi članak 7. [Uredbe br. 139/2004] protumačili na način da zabranjuje samo promjenu kontrole do Komisijine ocjene, a ne i radnje koje ne predstavljaju promjenu kontrole”.

natjecanja, a osobito poništenje koncentracije. Već i rizik da će morati platiti troškove povezane s takvom naredbom može odvratiti poduzetnike koji sudjeluju u spajanju. Bilo bi pretjerano te bi moglo uzrokovati nepotrebna odugovlačenja ako bi se od poduzetnika koji sudjeluju u spajanju zahtijevalo da čekaju odobrenje mjera koje kao takve nisu neraskidivo povezane s promjenom kontrole.

70. Usto, Uredbom br. 139/2004 izričito su navedene okolnosti u kojima se ona primjenjuje čak i prije samog nastanka koncentracije. Primjerice, u skladu sa stavkom 1. članka 4. Uredbe br. 139/2004, za nastanak koncentracije obično mora doći do zaključenja ugovora, objave javnog nadmetanja ili stjecanja kontrolnog udjela. Međutim, drugi podstavak tog stavka dopušta strankama da prijave koncentraciju čak i prije njezina nastanka ako je namjera udruživanja jasno izražena, primjerice javnom objavom namjere davanja ponude (u daljnjem tekstu: namjeravana koncentracija). U trećem podstavku tog stavka potom se izlažu specifične okolnosti u kojima se Uredba br. 139/2004 primjenjuje čak i kada još ne postoji koncentracija te se u tom pogledu pravi razlika između „prijavljenih koncentracija” i „koncentracija” (navodnici se koriste i u samoj odredbi). U skladu s prvom rečenicom trećeg podstavka, namjeravana koncentracija predstavlja „prijavljenu koncentraciju” za potrebe uredbe. U skladu s drugom rečenicom tog podstavka, namjeravana koncentracija je izjednačena s „koncentracijom”, ali samo u pogledu postupka predviđenog stavicima 4. i 5. članka 4. te uredbe.

71. U tom kontekstu te s obzirom na činjenicu da se izraz „prijavljena koncentracija” ne koristi u članku 7. Uredbe br. 139/2004²⁵, zaključujem da se članak 7. – te stoga i obveza privremene odgode – ne primjenjuje u pogledu namjeravanih koncentracija. To potvrđuje da je zakonodavac Unije htio da se obveza privremene odgode primjenjuje ako koncentracija nije još nastala.

72. To ne znači da izraz „provedena”, kako je upotrijebljen u članku 7. stavku 1. Uredbe br. 139/2004, ne treba imati široko značenje, čime se osigurava da Komisija može nadzirati djelomične provedbe²⁶. Neovisno o tomu, koncentracija može biti „provedena” samo ako postoji.

73. Nisu mi uvjerljivi argumenti koje su danska vlada i Komisija iznijele kako bi opravdale ideju da primjena obveze privremene odgode ne bi ni na koji način trebala biti povezana s pojmom „koncentracija”.

74. Kao prvo, povezivanje obveze privremene odgode s pojmom „koncentracija” ni na koji način ne dovodi u pitanje sustav prethodnog nadzora koncentracija uspostavljen Uredbom br. 139/2004.

75. Kao drugo, nevažna je činjenica da je Komisija u svojoj upravnoj praksi možebitno usvojila širok pristup pitanju što treba smatrati preuranjenom provedbom koncentracije. Praksa Komisije ne obvezuje Sud.

76. Kao treće, razlikovanje unutarnjih pripremnih mjera i vanjskih pripremnih mjera, koje u biti zagovara danska vlada, nema nikakav temelj u Uredbi br. 139/2004. Naime, u toj se uredbi govori o „trajnoj promjeni kontrole”, neovisno o tome je li ta promjena posljedica unutarnjih ili vanjskih mjera.

77. Kao četvrto, zaključci Općeg suda u presudi Electrabel/Komisija²⁷, na koje se danska vlada i Komisija pozivaju, odnose se, kako je u biti istaknulo društvo Ernst & Young, na težinu povrede privremene odgode i proporcionalnu narav novčane kazne koja je za nju izrečena, a ne na samo postojanje takve povrede.

²⁵ To je u suprotnosti, primjerice, s člankom 6. stavkom 2., člankom 8. stavicima 1. i 2., člankom 9. stavkom 1., člankom 10. stavicima 2. i 3. i člankom 11. stavkom 5. Uredbe br. 139/2004.

²⁶ U tom pogledu, vidjeti, Modrall, J. R., i Ciullo, S., „Gun-Jumping and EU Merger Control”, *European Competition Law Review*, deveto izdanje, Sweet & Maxwell, 2003., str. 424., na str. 429. (ne zauzimam nikakvo stajalište o tamo spomenutim scenarijima).

²⁷ Presuda od 12. prosinca 2012., Electrabel/Komisija, T-332/09, EU:T:2012:672, t. 246., 247. i 280.

78. S obzirom na prethodna razmatranja, smatram da obveza privremene odgode koncentracije predviđena člankom 7. stavkom 1. Uredbe br. 139/2004 ne utječe na mjere koje, iako su poduzete u vezi s procesom koji dovodi do koncentracije, prethode i odvojene su od mjera koje doista rezultiraju stjecanjem mogućnosti izvršavanja prevladavajućeg utjecaja na ciljnog poduzetnika.

e) Primjena na okolnosti iz glavnog postupka

79. Sud koji je uputio zahtjev svojim drugim pitanjem od Suda traži da zauzme stajalište o okolnostima predmeta koji se pred njim vodi.

80. U kontekstu prethodnih postupaka, zadaća je nacionalnih sudova, koji su u boljem položaju od Suda da utvrde i odvagnu sve relevantne okolnosti, da tumačenje prava Unije koje je Sud pružio primijene na činjenično stanje. Ipak, Sud može nacionalnom sudu pružiti sve elemente tumačenja koji potonjem mogu pomoći da odluči u predmetu koji se pred njim vodi²⁸.

81. U glavnom postupku, s jedne strane, sam sporazum o spajanju moralo je odobriti Vijeće za tržišno natjecanje te se nije smio provoditi prije davanja tog odobrenja.

82. S druge strane, kako je navedeno u zahtjevu za prethodnu odluku, raskid sporazuma o suradnji između društava KPMG DK i mreže KPMG International nije bilo potrebno odobriti, a objavljen je prije odobrenja spajanja.

83. U pobijanoj odluci je utvrđeno da su društva KPMG DK time povrijedila obvezu privremene odgode. Stoga se, barem implicitno, čini da je KFST smatrao da raskid sporazuma o suradnji valja klasificirati kao djelomičnu provedbu spajanja.

84. Očito, slažem se s danskom vladom da dvije radnje spomenute u gornjim točkama 81. i 82. nisu bile samostalne, nego da su bile međusobno povezane. Sporazum o spajanju je predviđao da društva KPMG DK prekinu svoju suradnju s mrežom KPMG International. Raskid sporazuma o suradnji stoga je bio nužan preduvjet provedbe tog spajanja.

85. Međutim, to nije dovoljno. Raskid nije ni na koji način doprinio prelasku kontrole s društava KPMG DK na društva EY.

86. Iako se može tvrditi, kako čini danska vlada, da je raskid sporazuma o suradnji bio dio sporazuma o spajanju, on nije bio neraskidivo povezan s prijenosom kontrole koji je društvima EY dao mogućnost izvršavanja prevladavajućeg utjecaja na društva KPMG DK u smislu članka 3. stavka 2. Uredbe br. 139/2004²⁹. Učinak tog raskida bio je samo taj da društva KPMG DK više nisu bila dio mreže KPMG i da bi ponovno postala samostalni gospodarski subjekti na tržištu računovodstvenih usluga. Iako je raskid možda imao određene učinke na tržište, ne bi značio da društva KPMG DK više ne bi bila konkurenti društvima EY³⁰.

28 U tom pogledu, vidjeti presudu od 5. lipnja 2014., I, C-255/13, EU:C:2014:1291, t. 55. i navedenu sudsku praksu.

29 Zastupnik društva Ernst & Young na raspravi je zapravo tvrdio da društva KPMG DK nisu imala drugog izbora nego u odnosnom trenutku objaviti raskid sporazuma jer je mreža KPMG International u suprotnom mogla sporazum o suradnji raskinuti s trenutnim učinkom zbog nepoštene prakse.

30 Ovaj se predmet stoga značajno razlikuje od onog u kojem je donesena presuda od 26. listopada 2017., Marine Harvest/Komisija, T-704/14, EU:T:2017:753, a u kojem je Komisija smatrala, s čime se Opći sud složio, da je prvotno stjecanje 48,5 % udjela u ciljnom društvu samo po sebi dovelo do, *de facto*, promjene kontrole, a ne da je uzrok toga bila kasnija javna ponuda na temelju koje je tužitelj stekao 87,1 % udjela u ciljnom poduzetniku.

87. Ako bi se prihvatila takva argumentacija, obveza privremene odgode mogla bi se primijeniti na *sve* mjere koje su društva EY ili društva KPMG DK poduzela u razdoblju između potpisivanja sporazuma o spajanju i izdavanja odobrenja od strane tijela nadležnog za tržišno natjecanje. Međutim, zbog razloga navedenih u gornjoj točki 71., puka namjera provedbe koncentracije ne dovodi do primjene obveze privremene odgode.

88. Stoga, mišljenja sam da pripremnu mjeru takve vrste nije moguće smatrati preuranjenom provedbom koncentracije.

3. Treće i četvrto prethodno pitanje

89. Sud koji je uputio zahtjev trećim i četvrtim pitanjem u biti želi doznati je li za obvezu privremene odgode relevantno je li mjera za koju se navodi da predstavlja preuranjenu provedbu koncentracije imala ikakve tržišne učinke i, ako jest, koje je kriterije moguće primijeniti da bi se dokazali takvi učinci te koji dokazni prag tijelo nadležno za tržišno natjecanje u tom pogledu mora dosegnuti kada istražuje moguću povredu te obveze.

90. Ta su pitanja postavljena jer je pobijanom odlukom utvrđeno da je KFST, iako nije mogao sa sigurnošću utvrditi je li raskid sporazuma o suradnji ponukao neke od klijenata društava KPMG DK da na svojim glavnim skupštinama predlože promjenu revizora, ionako smatrao da je bilo potrebno dokazati samo potencijal nastanka tržišnih učinaka. Društvo Ernst & Young kao odgovor na to ističe da su ti prijedlozi jednostavno izneseni sukladno redovnoj praksi kojim se velika danska društva vode kada izabiru ili mijenjaju revizore i da je KFST-ova ocjena spajanja provedena u dijelu godine kada obično dolazi do promjene revizora.

91. Iz mogeg odgovora na prva dva pitanja te osobito iz kriterija potencijala mjere da proizvede tržišne učinke (vidjeti gornje točke 53. do 56.) proizlazi, po momu mišljenju, da mogući tržišni učinci mjere nisu relevantni za primjenu obveze privremene odgode. Umjesto toga, do primjene te mjere dolazi ako i čim nastane koncentracija koja doseže mjerodavni prag.

92. Ako se Sud ne bude slagao s mojim stajalištem, ograničit ću se na sljedeća kratka podredna zapažanja.

93. Sud je utvrdio da je, u području kontrole koncentracija, pri provedbi prospektivne analize, u okviru koje se ispituje kako koncentracija može izmijeniti čimbenike koji određuju stanje tržišnog natjecanja na određenom tržištu kako bi se utvrdilo može li značajno narušiti učinkovito tržišno natjecanje, potrebno zamisliti različite scenarije uzroka i posljedica kako bi se odredilo koji je od njih najvjerojatniji. Taj se kriterij primjenjuje i u pogledu odluka kojima se odobravaju i pogledu odluka kojima se zabranjuju koncentracije³¹.

94. Ako bi Sud, za razliku od mene, kriterij potencijala proizvodnje tržišnih učinaka smatrao relevantnim, unatoč preklapanju sa sadržajnom ocjenom sukladnosti koncentracije sa zajedničkim tržištem, ne vidim nijedan očit razlog zbog kojeg se kriterij ocjene, spomenut u prethodnoj točki, ne bi trebao primjenjivati – *mutatis mutandis* – na odluke kojima se utvrđuje da se radi o mjerama provedbe koncentracije. Odnosna ocjena podsjećala bi na ocjenu zahtjeva za odobrenje iznimke od obveze privremene odgode na temelju članka 7. stavka 3. Uredbe br. 139/2004, u okviru koje se mora, među ostalim, uzeti u obzir prijetnja koju koncentracija predstavlja za tržišno natjecanje.

³¹ Presuda od 10. srpnja 2008., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, t. 46. do 49.

95. U skladu s uobičajenim pravilima dokazivanja, Komisija (ili odgovarajuće tijelo nadležno za tržišno natjecanje) mora dokazati navodnu povredu³². Stoga, to tijelo mora dokazati, na temelju ocjene različitih hipoteza o raznim scenarijima uzroka i posljedica, da je najvjerojatnija ona hipoteza prema kojoj dotična mjera može značajno narušiti učinkovito tržišno natjecanje³³.

96. Što se tiče vrste dokaza koje Komisija (ili odgovarajuće tijelo nadležno za tržišno natjecanje) može upotrijebiti, u pravu Unije prevladava načelo slobodne ocjene dokaza. Konkretno, pod uvjetom da su dokazi zakonito pribavljeni, jedini relevantni kriterij za potrebe ocjene njihove dokazne vrijednosti tiče se njihove vjerodostojnosti³⁴. U tom pogledu, ne zahtijeva se korištenje nijedne konkretne metode ili testa³⁵.

97. Zadaća je suda koji je uputio zahtjev da utvrdi jesu li danska tijela nadležna za tržišno natjecanje dokazala, na temelju ocjene različitih hipoteza o scenarijima uzroka i posljedica, da je najvjerojatnija ona hipoteza prema kojoj je raskid sporazuma o suradnji mogao značajno narušiti učinkovito tržišno natjecanje. Dakle, konkretno govoreći, ta se hipoteza mora smatrati vjerojatnijom od argumenata društva Ernst & Young o uobičajenom ponašanju velikih danskih društava.

IV. Zaključak

98. S obzirom na navedeno, predlažem da odgovor Suda na pitanja koja mu je uputio Sø- og Handelsretten (Pomorski i trgovački sud, Danska) glasi: obvezu privremene odgode provedbe koncentracije predviđenu člankom 7. stavkom 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (Uredba EZ o koncentracijama) treba tumačiti na način da ne utječe na mjere koje, iako su poduzete u vezi s procesom koji dovodi do koncentracije, prethode i odvojene su od mjera koje stvarno dovode do stjecanja mogućnosti izvršavanja prevladavajućeg utjecaja na ciljnog poduzetnika.

32 Vidjeti, primjerice, članak 2. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima [101.] i [102. UFEU-a] (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165.), kako je izmijenjena.

33 U tom pogledu, vidjeti presudu od 15. veljače 2005., Komisija/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, t. 43.

34 U tom pogledu, vidjeti rješenje od 12. srpnja 2016., Pérez Gutiérrez/Komisija, C-604/15 P, neobjavljeno, EU:C:2016:545, t. 38. i navedenu sudsku praksu.

35 Vidjeti, po analogiji, presudu od 6. listopada 2015., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, t. 57.