



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILSA WAHLA
przedstawiona w dniu 18 stycznia 2018 r.¹

Sprawa C-633/16

Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrencerådet

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Sø- og Handelsretten (sąd gospodarczy i morski, Dania)]

Konkurencja – Kontrola koncentracji przedsiębiorstw – Artykuł 7 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 – Obowiązek zawieszenia wprowadzania koncentracji w życie do czasu uznania jej za zgodną ze wspólnym rynkiem – Wypowiedzenie umowy o współpracy przez jedno z łączących się przedsiębiorstw

1. Mówi się, że tego, co zbyt szybkie, nie da się odróżnić od tego, co niewłaściwe. Stwierdzenie to jest szczególnie prawdziwe w przypadku przedwczesnego wprowadzenia w życie koncentracji przedsiębiorstw.
2. Aby stwierdzić, kiedy wprowadzenie koncentracji w życie jest przedwczesne, i tym samym niezgodne z prawem, ważne jest jasne zrozumienie zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji w życie, jak również odpowiednich uprawnień Komisji Europejskiej do ustalenia, że koncentracja nastąpiła przedwcześnie na podstawie art. 7 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 139/2004², przed jej zatwierdzeniem (obowiązek ten jest dalej zwany „obowiązkiem zawieszenia wprowadzenia koncentracji”). Jeszcze ważniejsza jest kwestia, w *jaki sposób* należy ustalić szczegółowy zakres obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji.
3. Te podniesione w niniejszym postępowaniu zwięzłe, lecz ważne kwestie dotychczas nie były rozstrzygane w orzecznictwie Trybunału.
4. Rozpatrując je, Trybunał będzie musiał rozważyć, czy cel, jakim jest zapewnienie skutecznego stosowania kontroli połączeń *ex ante*, wymaga rozszerzenia obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji ponad merytoryczny zakres reguł dotyczących połączeń, określonych w rozporządzeniu nr 139/2004.
5. W poniższej opinii wyjaśnię, dlaczego uważam, że zakres obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji musi być jasno wyznaczony, oraz z jakich względów najlepiej jest tego dokonać przez odwołanie się do definicji negatywnej, a więc przez określenie, co leży poza zakresem art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

¹ Język oryginału: angielski.

² Rozporządzenie Rady z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz.U. 2004, L 24, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 3, s. 40).

I. Ramy prawne

A. Rozporządzenie nr 139/2004

6. Zgodnie z art. 1 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 („Zakres”) „niniejsze rozporządzenie stosuje się do wszystkich koncentracji o wymiarze [unijnym]”.

7. Artykuł 3 rozporządzenia nr 139/2004 („Definicja koncentracji”) stanowi:

„1. Uznaje się, że koncentracja występuje w przypadku, gdy trwała zmiana kontroli wynika z:

- a) łączenia się dwóch lub więcej wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw lub części przedsiębiorstw; lub
- b) przejęcia, przez jedną lub więcej osób już kontrolujących co najmniej jedno przedsiębiorstwo albo przez jedno lub więcej przedsiębiorstw, bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym [przedsiębiorstwem] lub częścią jednego lub więcej innych przedsiębiorstw, czy to [w] drodze zakupu papierów wartościowych lub aktywów, czy to w drodze umowy lub w jakikolwiek inny sposób.

2. Podstawę kontroli stanowią prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które oddzielnie bądź wspólnie i uwzględniając okoliczności faktyczne lub prawne, dają możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo, w szczególności przez:

- a) własność lub prawo użytkowania całego lub części aktywów przedsiębiorstwa;
- b) prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa.

3. Kontrolę przejmują osoby lub przedsiębiorstwa, które:

- a) są posiadaczami praw lub uprawnionymi do nich na mocy odpowiednich umów; lub
- b) nie będąc ani posiadaczami takich praw, ani uprawnionymi do nich na mocy odpowiednich umów, mają uprawnienia wykonywania wpływających z nich praw.

[...]”.

8. Artykuł 4 rozporządzenia nr 139/2004 („Uprzednie zgłoszenie koncentracji i odesłanie na wniosek zgłaszających stron poprzedzające zgłoszenie”) stanowi w ust. 1:

„Koncentracje o wymiarze [unijnym] określone w niniejszym rozporządzeniu zgłasza się Komisji przed ich wykonaniem i po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty przejęcia lub nabyciu kontrolnego pakietu akcji.

Zgłoszenia można również dokonać, gdy zainteresowane przedsiębiorstwa przedstawiają Komisji szczerą intencję zawarcia umowy lub, w przypadku publicznej oferty przejęcia, gdy podały do publicznej wiadomości zamiar wprowadzenia takiej oferty, pod warunkiem że zamierzona umowa lub oferta doprowadziłyby do koncentracji o wymiarze [unijnym].

Dla celów niniejszego rozporządzenia zwrot »zgłoszona koncentracja« obejmuje również zamierzone koncentracje zgłoszone zgodnie z akapitem drugim. Dla celów ust. 4 i 5 niniejszego artykułu zwrot »koncentracja« obejmuje zamierzone koncentracje w rozumieniu akapitu drugiego”.

9. Artykuł 7 rozporządzenia nr 139/2004 („Zawieszenie koncentracji”) przewiduje, że:

„1. Koncentracja o wymiarze [unijnym] zdefiniowana w art. 1 [...] nie zostaje wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem, ani do czasu uznania jej za zgodną ze wspólnym rynkiem [...].

[...]

3. Komisja może, na wniosek, udzielić odstępstwa od zobowiązań nałożonych w ust. 1 lub 2. Wniosek o udzielenie odstępstwa musi być uzasadniony. Komisja, podejmując decyzję, bierze pod uwagę między innymi skutki zawieszenia dla jednego lub większej liczby zainteresowanych przedsiębiorstw wywołane koncentracją lub dla strony trzeciej oraz zagrożenie dla konkurencji spowodowane koncentracją. Odstępstwo takie może podlegać warunkom i obowiązkom w celu zapewnienia warunków skutecznej konkurencji. O odstępstwo można wystąpić i może ono zostać udzielone w dowolnym czasie, także przed zgłoszeniem lub po zawarciu transakcji.

[...]”.

10. Zgodnie z art. 8 rozporządzenia nr 139/2004 („Kompetencje decyzyjne Komisji”):

„[...]

4. W przypadku gdy Komisja stwierdza, że koncentracja:

- a) została już dokonana i że koncentracja została uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem; lub
- b) została dokonana z naruszeniem warunku załączonego do decyzji [...],

Komisja może:

- wymagać od zainteresowanych przedsiębiorstw rozwiązania koncentracji, szczególnie poprzez rozwiązanie łączenia lub zbycie wszystkich udziałów lub zgromadzonych aktywów, w celu przywrócenia stanu sprzed dokonania koncentracji; w przypadku gdy nie jest możliwe poprzez rozwiązanie koncentracji przywrócenie stanu, jaki miał miejsce przed dokonaniem koncentracji, Komisja może przedsięwziąć wszelkie inne środki konieczne do przywrócenia takiego stanu w jak największym stopniu,
- nakazać podjęcie wszelkich innych stosownych środków mających na celu zapewnienie, iż [aby] zainteresowane przedsiębiorstwa rozwią[zały] ją lub pod[jęły] inne środki dla przywrócenia [stanu] wcześniejszego zgodnie z jej decyzją.

[...].

5. Komisja może przedsięwziąć pośrednie [tymczasowe] środki niezbędne w celu odbudowy lub utrzymania warunków skutecznej konkurencji, w przypadku gdy koncentracja:

- a) została już dokonana z naruszeniem art. 7, oraz decyzja odnośnie do zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem nie została jeszcze podjęta;

[...]

- c) została już dokonana i jest uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem.

[...]”.

B. Prawo krajowe

11. Paragraf 12c Konkurrenceloven³ (ustawy prawo konkurencji) przewiduje, że:

„1. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen [urząd ochrony konkurencji i konsumentów, zwany dalej »KFST«] wydaje zgodę na dokonanie koncentracji bądź decyduje o zakazie łączenia.

2. Wydaje się zgodę na dokonanie koncentracji, która, w szczególności poprzez stworzenie lub wzmocnienie pozycji dominującej, nie utrudnia rzeczywistej gry rynkowej. Wydaje się zakaz dokonania koncentracji, która, w szczególności poprzez stworzenie lub wzmocnienie pozycji dominującej, utrudnia rzeczywistą grę rynkową.

[...]

5. Koncentracji uregulowanych w przepisach niniejszej ustawy nie można wprowadzać w życie przed ich zgłoszeniem czy też zatwierdzeniem przez [KFST] na określonych w ust. 1 zasadach [...].

[...]”.

12. Jak wskazano w postanowieniu odsyłającym, z uzasadnienia do projektu nowelizacji, który skutkowało przyjęciem § 12c, wynika, że duńskie przepisy regulujące kontrolę koncentracji zostały oparte na przepisach rozporządzenia nr 139/2004 i należy je interpretować odpowiednio, jeśli chodzi o zarówno definicję i zakres pojęcia „koncentracji”, jak i obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji.

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

13. Na mocy porozumienia z dnia 18 listopada 2013 r. pomiędzy KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab i KPMG Ejendomme Flintholm K/S (zwanymi dalej łącznie „KPMG DK”) z jednej strony oraz Ernst & Young P/S, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Ernst & Young Global Limited i EYGS LLP (wskazane podmioty prawne zwane będą dalej łącznie „EY”) z drugiej strony KPMG DK i EY postanowiły się połączyć (porozumienie to zwane jest dalej „porozumieniem w przedmiocie koncentracji”).

14. W momencie zawarcia porozumienia w przedmiocie koncentracji zarówno KPMG DK, jak i EY były firmami audytorskimi prowadzącymi na rynku duńskim działalność w zakresie usług rewizji finansowej i usług księgowych. KPMG DK była członkiem międzynarodowej sieci samodzielnych firm audytorskich KPMG International Cooperative (zwaną dalej „KPMG International”), zgodnie z umową o współpracy zawartą w dniu 15 lutego 2010 r. (zwaną dalej „umową o współpracy”).

15. Umowa o współpracy zapewniała jej uczestnikom wyłączne prawo do pozostawania członkiem sieci KPMG International na poziomie krajowym i do używania znaków towarowych KPMG International w celach marketingowych. Umowa ta zawiera również postanowienia dotyczące podziału klientów, obowiązku obsługiwanie klientów z innych rynków oraz rocznego wynagrodzenia za uczestnictwo we współpracy. Ponadto, zgodnie z umową o współpracy, firmy audytorskie należące do sieci KPMG nie mogły w żadnym momencie zawierać umów w przedmiocie partnerstwa/joint venture itp.

16. Zgodnie z porozumieniem w przedmiocie koncentracji bezpośrednio po jego zawarciu KPMG DK miała wypowiedzieć łączącą ją z KPMG International umowę, aby móc zrezygnować ze współpracy w ramach tej sieci i dokonać fuzji z EY, stając się częścią grupy EY.

³ Lovbekendtgørelse nr. 869 af 8. juli 2015, Lovtidende 2015 A (wersja skonsolidowana nr 869 z dnia 8 lipca 2015 r.).

17. Strony postępowania głównego są zgodne co do tego, że porozumienie w przedmiocie koncentracji podlegało obowiązkowi zgłoszenia, gdyż wiązało się z przejęciem przez EY kontroli nad KPMG DK, a obroty osiągnęte przez uczestniczące w tej koncentracji przedsiębiorstwa przekraczały wartości określone w duńskich przepisach dotyczących konkurencji.

18. Po podpisaniu w dniu 18 listopada 2013 r. porozumienia w przedmiocie koncentracji z EY KPMG DK wypowiedziała umowę o współpracy ze skutkiem od dnia 30 września 2014 r., najpierw informując o tym prezesa zarządu KPMG International telefonicznie, a następnie pismem z dnia 18 listopada 2013 r. wysłanym do KPMG International. Złożenie tego wypowiedzenia jako takie nie podlega zatwierdzeniu przez organ ochrony konkurencji.

19. Informacja o zawarciu porozumienia w przedmiocie koncentracji została podana do publicznej wiadomości w dniu 19 listopada 2013 r. Od tego dnia do momentu zatwierdzenia porozumienia nastąpił szereg zdarzeń.

20. W dniu 20 listopada 2013 r. KPMG International poinformowała w artykule zamieszczonym w internetowej gazecie Business.dk. o zamiarze pozostania na duńskim rynku. KPMG International postanowiła założyć w Danii nową firmę audytorską. Zawarła również umowę o współpracy z firmą świadczącą usługi doradztwa podatkowego, choć umowa z KPMG DK pozostawała w mocy, a sama współpraca, niezależnie od złożonego wypowiedzenia, była kontynuowana.

21. Ponadto niektórzy klienci usług audytowych KPMG DK, w tym dwóch spośród największych klientów, to jest grupy Carlsberg i Mærsk, postanowili zalecić na walnych zgromadzeniach swoich firm zmianę firmy audytorskiej, tak aby to KPMG International przeprowadziła dla nich audyt roku obrotowego 2014. Również inne firmy zdecydowały o zmianie audytora na ten rok z KPMG DK na inną firmę audytorską. W większości przypadków zwyczajne walne zgromadzenia akcjonariuszy odbywają się wczesną wiosną, ponieważ duńskie spółki najczęściej przyjmują jako rok obrachunkowy rok kalendarzowy, a zgodnie z duńskim prawem spółek wybór firmy audytorskiej musi nastąpić właśnie na zwyczajnym walnym zgromadzeniu akcjonariuszy.

22. KPMG DK i EY rozpoczęły procedurę poprzedzającą zgłoszenie bezpośrednio po podaniu porozumienia w przedmiocie koncentracji do publicznej wiadomości, w celu uzyskania jego zatwierdzenia, przy czym pierwsze orientacyjne kontakty z KFST zostały nawiązane w dniu 21 listopada 2013 r.

23. Pierwsze zgłoszenie zostało wysłane do KFST w dniu 13 grudnia 2013 r., następnie zostało ono uzupełnione w dniu 7 lutego 2014 r., zaś koncentracja została zatwierdzona za zgodą Konkurrencerådet (rady ds. konkurencji) decyzją z dnia 28 maja 2014 r. Po zatwierdzeniu koncentracji przez radę ds. konkurencji KPMG DK i KPMG International ustaliły, że zakończą współpracę z dniem 30 czerwca 2014 r.

24. W dniu 17 grudnia 2014 r. rada ds. konkurencji wydała decyzję stwierdzającą, że KPMG DK złamała obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji wynikający z § 12c ust. 5 ustawy prawo konkurencji, składając wypowiedzenie umowy o współpracy z KPMG International w dniu 18 listopada 2013 r., zgodnie z warunkami porozumienia w przedmiocie koncentracji, zanim doszło do zatwierdzenia koncentracji przez radę ds. konkurencji (decyzja ta zwana jest dalej „sporną decyzją”).

25. Sporna decyzja wydana została w oparciu o dokonaną przez KFST ogólną ocenę okoliczności sprawy. Szczególną uwagę KFST zwróciło jednak na to, że wypowiedzenie umowy o współpracy było: (i) związane z koncentracją, (ii) nieodwracalne, (iii) mogło wywoływać skutki rynkowe w okresie pomiędzy złożeniem go a zatwierdzeniem koncentracji, stwierdzając jednocześnie, że te trzy okoliczności nie stanowią wyłącznego uzasadnienia decyzji.

26. W odniesieniu do możliwości wywołania skutków rynkowych w spornej decyzji wskazano, że skutki te mogły zostać wywołane przez szereg czynników, w tym brak możliwości określenia konkretnych przyczyn reakcji rynkowych; ponieważ jednak zdaniem rady ds. konkurencji złożenie wypowiedzenia samo w sobie miało potencjał, by pociągnąć za sobą skutki rynkowe, w związku z czym można je uznać za działanie stanowiące wprowadzenie koncentracji w życie, to nie ma konieczności wykazywania faktycznych skutków rynkowych, jakie owo wypowiedzenie za sobą pociągnęło.

27. Nie zgadzając się ze sporną decyzją, w dniu 1 czerwca 2015 r. Ernst & Young P/S (zwana dalej „spółką Ernst & Young”) zaskarżyła ją do sądu odsyłającego, wnosząc o stwierdzenie jej nieważności. W tym kontekście sąd odsyłający wskazuje, że wynik toczącego się przed nim postępowania głównego jest istotny z punktu widzenia potencjalnych grzywien, gdyż w dniu 11 czerwca 2015 r. KFST przekazało niniejszą sprawę do Statsanklageren for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (prokuratora właściwego ds. przestępczości gospodarczej i międzynarodowej) celem dokonania jej oceny w świetle przepisów prawa karnego.

28. Mając wątpliwości co do właściwej interpretacji art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, aby dokonać zgodnej z nią wykładni § 12c ust. 5 ustawy prawo konkurencji, sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Według jakich kryteriów należy oceniać to, czy działanie/zachowanie danego przedsiębiorstwa jest objęte zakazem ustanowionym w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 ([obowiązkiem zawieszenia wprowadzenia koncentracji]), i czy do uznania, że mamy do czynienia z wprowadzaniem w życie w rozumieniu tego art. 7 ust. 1, konieczne jest, żeby dane działanie, w całości lub częściowo, pod względem prawnym lub faktycznym, stanowiło część zmiany w kontroli lub fuzji działalności uczestniczących w nim przedsiębiorstw, które – przy założeniu przekroczenia progów ilościowych – powoduje powstanie obowiązku zgłoszenia?
- 2) Czy takie jak rozpatrywane w niniejszym przypadku wypowiedzenie umowy o współpracy, które zostało złożone w okolicznościach odpowiadających tym opisanym w odesłaniu prejudycjalnym, stanowi wprowadzenie w życie objęte zakazem ustanowionym w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 i jakie kryteria należy stosować przy wydawaniu rozstrzygnięcia w tym względzie?
- 3) Czy dla udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie ma znaczenie to, czy wypowiedzenie to rzeczywiście pociągnęło za sobą istotne z punktu widzenia konkurencji skutki rynkowe?
- 4) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie trzecie Trybunał jest proszony o wyjaśnienie, jakie kryteria i jaki stopień prawdopodobieństwa należy przyjąć, wydając w konkretnym przypadku rozstrzygnięcie w przedmiocie tego, czy wypowiedzenie to pociągnęło za sobą takie skutki rynkowe, w tym również stopień prawdopodobieństwa, że te istotne z punktu widzenia konkurencji skutki można również wytłumaczyć innymi przyczynami”.

29. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez spółkę Ernst & Young, rząd duński oraz Komisję. Uczestnicy ci zostali również wysłuchani na rozprawie, która odbyła się w dniu 15 listopada 2017 r.

III. Analiza

A. Właściwość Trybunału

30. W uwagach na piśmie Komisja wyraża wątpliwość, czy Trybunał jest właściwy do interpretacji kwestii podniesionych w pytaniach prejudycjalnych, skoro art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie reguluje wprost kwestii będącej przedmiotem postępowania głównego. Komisja kwestionuje w szczególności, czy odwołanie do tego przepisu w pracach nad projektem przepisów krajowych jest wystarczające dla zapewnienia właściwości na podstawie art. 267 TFUE.

31. W utrwalonej linii orzeczniczej zapoczątkowanej wyrokiem Dzodzi⁴ Trybunał stwierdził, że celem uniknięcia ryzyka rozbieżności interpretacyjnych, mogących powstać w przyszłości przepisy lub pojęcia przejęte z prawa Unii powinny być interpretowane w sposób jednolity, niezależnie od warunków, w jakich mają zastosowanie. Trybunał ostatecznie potwierdził to stanowisko w wyroku Allianz Hungária Biztosító i in.⁵ Co za tym idzie, Trybunał jest właściwy do wydawania orzeczeń w trybie prejudycjalnym w odniesieniu do kwestii dotyczących prawa Unii w sytuacjach, gdy okoliczności faktyczne sprawy rozstrzyganej przez sąd krajowy pozostają poza bezpośrednim zakresem prawa Unii, jednak w uregulowaniach krajowych dokonano wyboru, by okoliczności regulowane prawem krajowym były traktowane w ten sam sposób, co okoliczności podlegające regulacjom prawa Unii⁶.

32. W związku z tym stwierdzam, że Trybunał jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytania sformułowane we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym skierowanym do niego przez Sø- og Handelsretten (sąd gospodarczy i morski, Dania).

B. Istota sprawy

1. Uwagi wstępne

33. Nie odnosząc się do konieczności uprzedniego zgłoszenia koncentracji, zwracam uwagę, że w wielu systemach prawnych nie występuje (krajowy) obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji. Dla przykładu, w Unii Europejskiej taka sytuacja zdaje się mieć miejsce we Włoszech⁷, na Łotwie⁸ i w Zjednoczonym Królestwie (gdzie, co więcej, zgłoszenie określa się jako „dobrowolne”)⁹.

34. Na poziomie unijnym pierwotne uregulowania dotyczące kontroli koncentracji przewidywały obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji jedynie w ciągu pierwszych trzech tygodni od jej zgłoszenia. Okres obowiązku zawieszenia mógł zostać przedłużony w drodze decyzji Komisji¹⁰.

4 Wyrok z dnia 18 października 1990 r., Dzodzi (C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360, pkt 36–43). Zobacz także w szczególności wyroki: z dnia 17 lipca 1997 r., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, pkt 34); z dnia 11 stycznia 2001 r., Kofisa Italia (C-1/99, EU:C:2001:10, pkt 32); z dnia 14 grudnia 2006 r., Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, pkt 19); z dnia 15 stycznia 2002 r., Andersen og Jensen (C-43/00, EU:C:2002:15, pkt 18).

5 Zobacz wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).

6 Zobacz podobnie wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 20, 21).

7 Zobacz art. 17 Legge 10 ottobre 1990, n. 287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (ustawy nr 287 z dnia 10 października 1990 r. wprowadzającej regulacje zapewniające ochronę konkurencji i rynku, GURI nr 240 z dnia 13 października 1990 r., s. 3).

8 Zobacz art. 15–17 Konkurences likums (ustawy prawo konkurencji) z dnia 4 października 2001 r. (*Latvijas Vēstnesis* 2001, nr 151).

9 Zobacz sekcja 96(1) Enterprise Act 2002 (ustawy o działalności gospodarczej z 2002 r.) oraz „Mergers: Guidance on the CMA’s jurisdiction and procedure”, Competition and Markets Authority, Zjednoczone Królestwo, styczeń 2014 [dostępne pod adresem https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2_Mergers_Guidance.pdf (ostatnio dostęp w dniu 1 grudnia 2017 r.)], pkt 6.1, 6.2 i przypis 298.

10 Zobacz art. 7 ust. 1 i 2 rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 1989, L 395, s. 1; sprostowanie Dz.U. 1990, L 257, s. 13).

35. Wskazuje to, że choć obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji może być przydatny, to jednak wydaje się on zbyt daleko idący, by uznać go za narzędzie niezbędne do kontroli koncentracji, jak czyni to Komisja. Jego zadaniem jest jedynie powstrzymanie przedsiębiorstw od dokonania koncentracji zbyt szybko, zanim władze do spraw konkurencji dokonają stosownej oceny, oraz ograniczenie ryzyka, że koncentrację trzeba będzie odwrócić, w przypadku gdy nie zostanie ona zatwierdzona. Innymi słowy, obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji zasadniczo nakłada na zainteresowane przedsiębiorstwa ciężar finansowy związany z opóźnieniem koncentracji do momentu zakończenia procesu oceny przez władze do spraw konkurencji, jak również ryzyko finansowe związane z potencjalną koniecznością rozwiązania koncentracji w przypadku niezgodnego z prawem dokonania koncentracji zbyt szybko.

36. Względy te należy mieć na uwadze podczas analizowania zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji, wynikającego z rozporządzenia nr 139/2004. Na gruncie prawa Unii w zakresie koncentracji kwestia relacji pomiędzy odnoszącymi się do koncentracji regulacjami o charakterze *ex ante* i *ex post*, zawartymi w art. 7 i 8 rozporządzenia nr 139/2004, pozostaje otwarta do wyjaśnienia przez Trybunał.

37. Pytania prejudycjalne przedstawione w odesłaniu mogą zostać przeanalizowane po dwa łącznie. Z jednej strony zarówno pierwsze, jak i drugie z pytań prejudycjalnych dotyczą zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji oraz tego, w jaki sposób zakres ten należy ustalić (pytanie drugie odnosi się wprost do tego, czy obowiązek ten zaistniał w okolicznościach rozpatrywanych w postępowaniu głównym). Pytania trzecie i czwarte są natomiast bardziej szczegółowe. Obydwa koncentrują się na kwestii, czy potencjalne skutki rynkowe są istotne dla obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji, w tym na kwestii, jakie kryteria można zastosować dla wykazania takiego skutku oraz jakie minimalne wymogi dowodowe powinny w tym względzie spełnić władze do spraw konkurencji w ramach dochodzenia, czy mogło mieć miejsce naruszenie tego obowiązku.

2. W przedmiocie pytań prejudycjalnych pierwszego i drugiego

38. Poprzez dwa pierwsze pytania sąd odsyłający zasadniczo zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji przewidzianego w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 oraz o wskazanie, w jakich okolicznościach czynności podjęte przez przedsiębiorstwa będą podlegały tej regulacji. Sąd odsyłający zwraca się w szczególności o udzielenie wskazówek, w jaki sposób ustalić zakres obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji, odwołując się do konkretnych kryteriów zastosowanych przez duńskie władze do spraw konkurencji w decyzji o naruszeniu, będącej przedmiotem postępowania głównego.

a) Uwagi przedstawione przez uczestników postępowania w trybie prejudycjalnym

39. Z jednej strony w ocenie spółki Ernst & Young przepisy dotyczące kontroli koncentracji, a w szczególności obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji, znajdują zastosowanie jedynie do pewnej grupy czynności składających się na koncentrację podlegającą zgłoszeniu. Potencjalny wpływ na konkurencję czynności wykraczających poza zakres obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji należy natomiast oceniać w oparciu o art. 101 i 102 TFUE. Odwołując się do wyroku Sądu Aer Lingus Group/Komisja¹¹, spółka Ernst & Young podnosi, że pojęcie „koncentracji” leży u podstaw właściwości Komisji w zakresie przepisów dotyczących kontroli koncentracji, i w związku

¹¹ Wyrok z dnia 6 lipca 2010 r. (T-411/07, EU:T:2010:281, pkt 62, 65). Należy także odwołać się do wyroku z dnia 12 grudnia 2012 r., Electrabel/Komisja (T-332/09, EU:T:2012:672, pkt 42).

z tym obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji nie może mieć zakresu, który różniłby się od zakresu tego pojęcia ani który wykraczałby poza ów zakres. Wszystkie czynności, jakie mieszczą się w zakresie obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji, wiążą się w ocenie spółki Ernst & Young z przeniesieniem kontroli.

40. Z drugiej zaś strony, powołując się na wyrok Sądu Electrabel/Komisja¹², rząd duński oraz Komisja zwracają szczególną uwagę na system kontroli ex ante przewidziany w przepisach dotyczących kontroli koncentracji i wskazują, że w przypadku odrzucenia koncentracji przywrócenie stanu sprzed jej dokonania może okazać się niemożliwe.

41. Rząd duński podnosi w szczególności, że obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji nie może ograniczać się do czynności, które same w sobie zakładają faktyczną zmianę w kontroli lub połączenie działalności stron, lecz musi obejmować wszelkie czynności, które, biorąc pod uwagę okoliczności, mogą ograniczyć lub utrudnić dokonanie skutecznej kontroli koncentracji ex ante. Rząd ten uważa jednak, że podejmowane wewnętrznie czynności przygotowawcze powinny być wyłączone z zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji, jeśli są one nieistotne dla udzielenia przez władze właściwe do spraw konkurencji zgody na koncentrację i nie są w stanie wywołać skutków strukturalnych dla rynku.

42. Również Komisja, odwołując się do motywu 34 rozporządzenia nr 139/2004¹³, wskazuje, że aby uznać, iż dane działanie stanowi wprowadzenie koncentracji zgodnie z art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, nie jest konieczne, aby działanie to stanowiło, w całości lub w części, pod względem prawnym lub faktycznym, część procesu prowadzącego do faktycznej zmiany kontroli. Komisja stoi na stanowisku, że częściowe wprowadzenie połączenia może wystąpić między innymi w odniesieniu do czynności, które: (i) składają się z czynności przygotowawczych w toku procedury prowadzącej do zmiany kontroli lub (ii) umożliwiają stronie obejmującej kontrolę uzyskanie wpływu na strukturę lub zachowanie rynkowe przejmowanego przedsiębiorstwa, lub (iii) w inny sposób wyprzedzają skutki połączenia lub w istotny sposób wpływają na panujące warunki konkurencji.

b) Uwagi wstępne

43. Zgodnie z moją wiedzą Trybunał nie orzekał jak dotąd wprost w kwestii zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji na gruncie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 ani też, w konsekwencji, w kwestii uprawnień Komisji do monitorowania przestrzegania tego obowiązku. Jest to warte odnotowania, jako że grzywny nakładane ostatnio przez Komisję były znaczące¹⁴. Wydaje się, że brak kontroli sądowej pozwolił Komisji wykonywać działalność regulacyjną w sposób pozbawiony weryfikacji. Komisja proponuje, by również w przedmiotowej sprawie nie ustalać kryteriów dla ograniczenia jej uprawnień kontrolnych.

¹² Wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r. (T-332/09, EU:T:2012:672, pkt 245–247). Odwołanie oddalone wyrokiem z dnia 3 lipca 2014 r., Electrabel/Komisja (C-84/13 P, niepublikowanym, EU:C:2014:2040).

¹³ Motyw 34 rozporządzenia nr 139/2004 ma następujące brzmienie: „W celu zapewnienia skutecznej kontroli przedsiębiorstwa powinny być zobowiązane do wcześniejszego zgłoszenia koncentracji o wymiarze [unijnym] po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty przejęcia lub po nabyciu kontrolnego pakietu akcji [...]. Dokonanie koncentracji powinno być zawieszane do czasu podjęcia przez Komisję ostatecznej decyzji. Jednakże w odpowiednim przypadku powinna istnieć możliwość odstępstwa od takiego zawieszenia na wniosek zainteresowanych przedsiębiorstw. Przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu odstępstwa Komisja powinna uwzględniać wszystkie stosowne czynniki, takie jak rodzaj i ciężar szkody dla zainteresowanych przedsiębiorstw lub stron trzecich, oraz zagrożenie dla konkurencji spowodowane koncentracją. W interesie pewności praw[a] ważność transakcji musi być chroniona w możliwie największym stopniu”.

¹⁴ W sprawie, w której zapadł wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r., Electrabel/Komisja (T-332/09, EU:T:2012:672), Komisja nałożyła grzywnę w wysokości 20 000 000 EUR za naruszenie obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji. W postępowaniu odwoławczym Trybunał nie rozstrzygał kwestii naruszenia; zob. wyrok z dnia 3 lipca 2014 r., Electrabel/Komisja (C-84/13 P, niepublikowany, EU:C:2014:2040). W sprawie, w której zapadł wyrok z dnia 26 października 2017 r., Marine Harvest/Komisja (T-704/14, EU:T:2017:753) (odwołanie przed Trybunałem Sprawiedliwości w toku, C-10/18 P), Komisja nałożyła na skarżące przedsiębiorstwo grzywnę w wysokości 10 000 000 EUR za naruszenie tego obowiązku (poza grzywną w wysokości 10 000 000 EUR za naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004).

44. Zasadniczo zgadzam się z Komisją, że szczegółowe określanie przez Trybunał ogólnej i wyczerpującej listy kryteriów, mającej na celu ujęcie wszelkich możliwych czynności, jakie potencjalnie mogłyby podlegać obowiązkowi zawieszenia wprowadzenia koncentracji, nie byłoby efektywne. Charakteryzowanie obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji w drodze definicji pozytywnej wiązałoby się zatem z ryzykiem nieuwzględnienia pewnych czynności, w ten sposób potencjalnie przesądając o wyniku przyszłych spraw, ze szkodą zarówno dla działalności regulacyjnej Komisji, jak i dla kontroli tej działalności przez Trybunał. Gdyby Trybunał miał zgodzić się na zastosowanie określonych kryteriów w celu wyznaczenia, w drodze definicji pozytywnej, zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji, to mógłby wręcz zawęzić zakres tego obowiązku, jeśli kryteria te miałyby być stosowane w sposób systematyczny i gdyby a priori miały charakter rozstrzygający.

45. Należałoby raczej opowiedzieć się za negatywną definicją obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji. Takie podejście wymaga, by Trybunał przedstawił definicję czynności, jakie nie będą podlegały temu obowiązkowi, i w ten sposób zapewnił większą pewność prawa dla zainteresowanych przedsiębiorstw, jednocześnie zachowując elastyczność konieczną dla skutecznej kontroli połączeń przedsiębiorstw.

46. Zanim rozwinę ten wątek, wyjaśnię w pierwszej kolejności, dlaczego kryteria przedstawione przez sąd odsyłający nie są odpowiednie do wyznaczenia zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji, jako że wszystkie trzy sugerowane kryteria obarczone są wadami. W toku dalszej analizy przedstawię okoliczności, jakie należy mieć na względzie przy wyznaczaniu zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji.

c) Trzy kryteria przyjęte w decyzji krajowej

47. Sąd odsyłający przedstawił trzy kryteria zastosowane przez duńskie władze do spraw konkurencji w decyzji będącej przedmiotem postępowania głównego, w celu wyjaśnienia, jakie typy czynności będą podlegały obowiązkowi zawieszenia wprowadzenia koncentracji. Jak wskazano, działanie takie musi: (i) być związane z połączeniem, (ii) być nieodwracalne oraz (iii) potencjalnie wywoływać skutki rynkowe.

48. *Związek z połączeniem* jest warunkiem wstępnym, a nie kryterium zastosowania obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji. Odwołanie się do tego czynnika jest więc nie tylko zgodne z prawem, ale też wręcz konieczne¹⁵.

49. Kryterium związku z połączeniem może ułatwić wykluczenie pewnych czynności, które ewidentnie nie mają nic wspólnego z wprowadzeniem koncentracji. Faktycznie nie wnosi ono jednak żadnej dodatkowej wartości merytorycznej, jako że bez spełnienia tego kryterium uprawnienia Komisji wynikające z rozporządzenia nr 139/2004 nie miałyby zastosowania¹⁶.

50. Po drugie, to, czy działanie, co do którego przypuszcza się, że stanowi przedwczesne wprowadzenie koncentracji, jest *nieodwracalne*, nie wydaje mi się istotne z punktu widzenia obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji. Nadanie wagi nieodwracalności czynności samej w sobie w niniejszej sprawie nie tylko wymagałoby rozważania, czy KPMG DK mogłaby ponownie ożywić związku z KPMG International, ale także odłączyłoby obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji od tego, co ma podlegać czasowemu zawieszeniu, a więc koncentracji.

¹⁵ Jak wskazała bowiem Komisja, istnieje powiązanie między związkiem z połączeniem a tym, czy – jak ujęto to w ostatniej części pierwszego pytania prejudycjalnego – wprowadzenie w życie stanowi część rzeczywistej zmiany w kontroli lub fuzji działalności uczestniczących przedsiębiorstw. Obydwa te aspekty związane są z pojęciem „koncentracji”, do którego odniosę się w dalszej części opinii.

¹⁶ Zobacz art. 1 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

51. Co ważniejsze, zgodnie z art. 8 ust. 5 lit. a) i c) rozporządzenia nr 139/2004 Komisja może zarządzić odwrócenie czynności, które skutkowały przedwczesnym wprowadzeniem koncentracji. Wydaje się, że posiadanie przez Komisję tego rodzaju uprawnień stałoby w sprzeczności z uzależnieniem zastosowania obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji od nieodwracalności czynności.

52. Nieodwracalność czynności może natomiast być czynnikiem istotnym dla władz do spraw konkurencji przy rozpatrywaniu wniosku o odstępstwo od obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji na podstawie art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004¹⁷.

53. Wreszcie, jeśli chodzi o *możliwość wywołania skutków rynkowych*, uważam, że również to kryterium nie jest przydatne dla wyznaczania zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji.

54. W pierwszej kolejności czynności o charakterze gospodarczym niemal zawsze mają bowiem jakiś wpływ na rynek. Gdyby już sama możliwość wywołania skutków rynkowych miała być wystarczająca do tego, by zaistniał obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji, to kryterium to byłoby spełnione niemal zawsze, a w konsekwencji byłoby zbędne. I odwrotnie, gdyby zamiast tego zaproponować kryterium opierające się na faktycznych skutkach rynkowych, to zakres obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji mógłby być nadmiernie zawężony.

55. W drugiej kolejności kryterium skutków rynkowych zasadniczo nakładałoby się na istotę wniosku o zatwierdzenie koncentracji. Gdyby takie kryterium było istotne, to w praktyce upodobniłoby ono obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji do swego rodzaju automatycznej procedury nakazowej opierającej się na ustaleniu, czy działanie przypuszczalnie wprowadzające koncentrację może wywołać skutek rynkowy. Takie podejście wiązałoby się z ryzykiem, że obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji mógłby uniemożliwić dokonanie oceny zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem. Skutkowałoby również tym, że wynikające z art. 8 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004 uprawnienia Komisji do przedsięwzięcia środków tymczasowych niezbędnych w celu odbudowy lub utrzymania warunków skutecznej konkurencji, w przypadku gdy doszło do naruszenia obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji, okazałyby się zbędne.

56. Wreszcie, uzależnienie obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji od (potencjalnych) skutków rynkowych nie uwzględnia złożonego charakteru tego rodzaju oceny gospodarczej, jakiej z całą pewnością nie mogą dokonać przedsiębiorstwa. Z tego względu art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 upoważnia Komisję do udzielania odstępstw od obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji, w przypadku gdy zagrożenie dla konkurencji spowodowane danym działaniem nie jest poważne.

57. Podsumowując, żadne z zaproponowanych kryteriów nie wydaje się przydatne dla ustalania zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji. Co więcej, trzy kryteria zaproponowane przez sąd odsyłający jasno pokazują, dlaczego Trybunał nie powinien zajmować się wskazywaniem kryteriów prowadzących do naruszenia obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji.

58. W dalszej części opinii wyjaśnię szerzej, dlaczego negatywna definicja jest bardziej odpowiednia do wyznaczenia zakresu obowiązku wynikającego z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

¹⁷ W tym względzie, jak wynika z motywu 34 rozporządzenia nr 139/2004, „przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu odstępstwa Komisja powinna uwzględniać wszystkie stosowne czynniki, takie jak rodzaj i ciężar szkody dla zainteresowanych przedsiębiorstw lub stron trzecich, oraz zagrożenie dla konkurencji spowodowane koncentracją. W interesie pewności praw[a] ważność transakcji musi być chroniona w możliwie największym stopniu” (wyróżnienie moje).

d) Zakres obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji wynikającego z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004

59. Zgodnie z art. 1 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 rozporządzenie to, w tym wynikający z jego art. 7 ust. 1 obowiązek zawieszenia koncentracji, stosuje się do koncentracji o wymiarze unijnym (albo – w przypadku ustawodawstw krajowych zawierających równoważny przepis – tych, które przekraczają określone progi). Kwestia, jakie czynniki pozwalają określić, czy koncentracja ma wymiar unijny, została wyjaśniona w art. 1 ust. 2 owego rozporządzenia, natomiast samo pojęcie „koncentracji” uregulowane jest w jego art. 3.

60. Mówiąc ściślej, na podstawie art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 koncentracja zakłada „trwałą zmianę kontroli” wynikającą z łączenia lub przejęcia. Z kolei podstawę „kontroli” stanowią, zgodnie z art. 3 ust. 2 tego rozporządzenia, „prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które oddzielnie bądź wspólnie i uwzględniając okoliczności faktyczne lub prawne, dają możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo”. Ponadto, na podstawie art. 3 ust. 3 tego rozporządzenia, „kontrola” jest czymś, co się „przejmuje”. Wreszcie, w odniesieniu do przejęć, zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. b) kontrola może być „bezpośredni[a] lub pośredni[a]”.

61. Artykuł 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 odwołuje się natomiast do „koncentracji” o wymiarze unijnym, zdefiniowanej w art. 1, która nie może zostać „wprowadzona w życie” przed jej zgłoszeniem lub zatwierdzeniem.

62. Pojęcie „koncentracji” jest zatem kluczowe dla obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji. To właśnie to pojęcie lub, mówiąc ściślej, przejęcie możliwości wywierania decydującego wpływu na (przejmowane) przedsiębiorstwo, leży u podstaw powstania tego obowiązku¹⁸. Co za tym idzie, działania *poprzedzające* koncentrację nie powinny mieścić się w zakresie obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji.

63. Jednocześnie, jak podniosła Komisja, obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji musi obejmować zarówno pełne, jak i *częściowe* wprowadzenie koncentracji w życie. Choć obowiązek ten nie może obejmować działań o charakterze przygotowawczym podejmowanych wewnętrznie i poprzedzających koncentrację¹⁹, to działania nieodłącznie związane z koncentracją muszą mu podlegać. Trudność polega na wytyczeniu granicy pomiędzy uzasadnionymi działaniami o charakterze przygotowawczym a częściowym wprowadzeniem w życie, o czym świadczy niniejsza sprawa.

64. W tym względzie Trybunał orzekł, że w pewnych okolicznościach Komisja może uznać grupę powiązanych transakcji za jedną i tę samą koncentrację, jeśli między tymi transakcjami istnieje współzależność polegająca na tym, że jedne transakcje nie mogą dojść do skutku bez innych transakcji, a jej rezultatem jest przekazanie jednemu lub kilku przedsiębiorstwom bezpośredniej lub pośredniej kontroli gospodarczej nad działalnością jednego lub kilku innych przedsiębiorstw²⁰. Tego rodzaju etapowe lub łączne podejście do rozpatrywania pojęcia „koncentracji” znajduje uzasadnienie w brzmieniu art. 3 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 139/2004, który odwołuje się do kontroli (de facto) pośredniej²¹. Podejście to jest uzasadnione zapobieganiem obchodzeniu regulacji dotyczących połączeń

¹⁸ Zobacz także podobnie wyrok z dnia 26 października 2017 r., *Marine Harvest/Komisja* (T-704/14, EU:T:2017:753, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹⁹ Podmioty uczestniczące w ustnym etapie postępowania zdawały się zgadzać co do tego, że podejmowane wewnętrznie działania o charakterze przygotowawczym pozostają poza zakresem obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji.

²⁰ Zobacz, w odniesieniu do art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89, wyrok z dnia 23 lutego 2006 r., *Cementbouw Handel & Industrie/Komisja* (T-282/02, EU:T:2006:64, pkt 109). Oddalając wyrokiem z dnia 18 grudnia 2007 r., *Cementbouw Handel & Industrie/Komisja* (C-202/06 P, EU:C:2007:814), odwołanie wniesione od tego wyroku, Trybunał nie odniósł się do tego stwierdzenia (zob. pkt 44).

²¹ Można również odwołać się do motywu 20 rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym „[...] właściwe jest traktowanie jako pojedyncz[ej] koncentracj[i] takich transakcji, które są ściśle powiązane ze względu na zaistniałe warunki bądź przyjmują formę ciągu transakcji w obrocie papierami wartościowymi przeprowadzanych w stosownie krótkim okresie”.

poprzez sztuczne kreowanie powiązanych ze sobą transakcji. Stwierdzenie, czy regulacje dotyczące połączeń są sztucznie obchodzone, wymaga jednak indywidualnej oceny w poszczególnych przypadkach. Sam fakt, że kilka transakcji może być ze sobą powiązanych, nie musi automatycznie oznaczać, że stanowią one jedną i tę samą koncentrację²².

65. Przeciwnie, dane działanie nie powinno automatycznie wchodzić w zakres obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji tylko dlatego, że zostało ono podjęte w toku procesu prowadzącego do koncentracji. Dopóki dane działanie poprzedza działania faktycznie prowadzące do przejścia możliwości wywierania decydującego wpływu na przejmowane przedsiębiorstwo i jest *odrębne* od takich działań, dopóty nie powinno ono podlegać obowiązkowi zawieszenia wprowadzenia koncentracji, a w konsekwencji – kompetencjom Komisji w zakresie zgodności z tym obowiązkiem.

66. Argumentując przeciwko takiemu stanowisku, można by podnieść, że obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji nie powinien, ze względu na skuteczność, być interpretowany wąsko oraz że jego zakres, będący pochodną pojęć „koncentracji” i „wprowadzenia w życie”, powinien wręcz, jako środek ostrożności, być szerszy niż pojęcie „koncentracji”. Takie podejście wydaje się wynikać z argumentacji przedstawionej przez rząd duński i Komisję. Wyrok *Aer Lingus Group/Komisja*²³ częściowo uzasadnia takie stanowisko. Sąd stwierdził, że „nabycie [mniejszościowego udziału], które jako takie nie zapewnia kontroli w rozumieniu art. 3 rozporządzenia [nr 139/2004], może wchodzić w zakres zastosowania art. 7 wspomnianego rozporządzenia”, tym samym niejako oddzielając obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji od pojęcia „koncentracji”.

67. Jednakże, biorąc pod uwagę kontekst, w jakim wniosek ten został sformułowany, w pkt 82 tego wyroku Sąd analizował odstępstwo od obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji przewidziane w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, a nie uregulowania zawarte w art. 7 ust. 1. Dalej, w pkt 83 zawarł przytoczone wyżej stwierdzenie ogólne, jako jedyne jego wyjaśnienie zamieszczając podsumowanie swojego rozumienia stanowiska Komisji. Zakres tego stwierdzenia jest zatem dość niejednoznaczny. Tak czy inaczej, stwierdzenie to nie jest spójne z wnioskiem przedstawionym dalej w pkt 84 i 85 wyroku, w odniesieniu do okoliczności sprawy – z którym to wnioskiem się zgadzam – że przejście mniejszościowego udziału nie może, ogólnie rzecz ujmując, zostać uznane za częściowe wprowadzenie koncentracji mogącej wymagać zastosowania środka na podstawie art. 8 ust. 4 i 5 tego rozporządzenia²⁴.

68. Jestem również zdania, że interpretacja zakresu obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji wynikającego z art. 7 rozporządzenia nr 139/2004 w odłączeniu od zakresu pojęcia „koncentracji” prowadziłaby do powstania szarego obszaru, w którym określone działania – które choć znajdują się na obrzeżach pojęcia koncentracji, to jednak same w sobie nie są nierozzerwalnie związane z przeniesieniem kontroli – mieściłyby się w tym zakresie. Jednakże gdyby ten szary obszar był szerszy niż zakres pojęcia „koncentracji”, skutkowałoby to rozciągnięciem tego obowiązku poza zakres samego rozporządzenia, określony w jego art. 1. Tego zaś nie dałoby się uzasadnić.

69. Ponadto taka szeroka interpretacja wykraczałaby poza to, co jest niezbędne dla zapewnienia skutecznej kontroli połączeń. Jak wskazano w pkt 33–36 powyżej, traktowanie obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji jako niezbędnego narzędzia wydaje się zbyt daleko idące. Na podstawie art. 8 ust. 4 i 5 rozporządzenia nr 139/2004 Komisja jest bowiem uprawniona, by nakazać przywrócenie lub utrzymanie warunków skutecznej konkurencji, w szczególności zaś nakazać rozwiązanie koncentracji. Samo ryzyko konieczności poniesienia kosztów związanych z takim nakazem

22 Zobacz wyrok z dnia 26 października 2017 r., *Marine Harvest/Komisja* (T-704/14, EU:T:2017:753, pkt 126).

23 Wyrok z dnia 6 lipca 2010 r., *Aer Lingus Group/Komisja* (T-411/07, EU:T:2010:281, pkt 83).

24 Należy również odwołać się do postanowienia z dnia 18 marca 2008 r., *Aer Lingus Group/Komisja* (T-411/07 R, EU:T:2008:80), dotyczącego wniosku o zastosowanie środków tymczasowych złożonego w tej samej sprawie, w którym w pkt 94 stwierdzono, że „nawet jeśli art. 7 [rozporządzenia nr 139/2004] należy interpretować jako zakazujący jedynie zmiany kontroli w trakcie badania dokonywanego przez Komisję, a nie działań niewiązanych się ze zmianą kontroli [...], byłoby zasadne, aby Komisja zwróciła się do stron o niepodejmowanie żadnych działań, które mogłyby prowadzić do zmiany kontroli”.

jest z pewnością zniechęcające dla łączących się przedsiębiorstw. Wymaganie, by łączące się przedsiębiorstwa wstrzymywały się do czasu uzyskania zgody nawet z działaniami, które nie są same w sobie nierozzerwalnie związane z przeniesieniem kontroli, byłoby przesadne i mogłoby spowodować niepotrzebne opóźnienia.

70. Dodatkowo rozporządzenie nr 139/2004 wprost wskazuje, w jakich okolicznościach ma ono być stosowane jeszcze przed faktycznym powstaniem koncentracji. Przykładowo, na podstawie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 koncentracja wymaga generalnie zawarcia umowy, ogłoszenia publicznej oferty przejęcia lub nabycia kontrolnego pakietu akcji. Jednakże art. 4 ust. 1 akapit drugi zezwala stronom na zgłoszenie koncentracji jeszcze przed jej wystąpieniem, jeśli intencja połączenia jest jednoznaczna, jak na przykład w przypadku publicznej oferty przejęcia, która skutkowałaby koncentracją (zwanej dalej „zamierzoną koncentracją”). Artykuł 4 ust. 1 akapit trzeci rozporządzenia określa dalej konkretne okoliczności, w jakich rozporządzenie nr 139/2004 ma być stosowane, mimo że koncentracja jeszcze nie doszła do skutku, oraz wprowadza w tym względzie rozróżnienie pomiędzy „zgłoszon[y]mi koncentracj[ami]” a „koncentracj[ami]” (cudzysłowy pojawiają się w samym powołanym przepisie). Zgodnie z art. 4 ust. 1 akapit trzeci zdanie pierwsze zamierzone koncentracje to dla potrzeb tego rozporządzenia „zgłoszone koncentracje”. Jak wynika z drugiego zdania tego akapitu, zamierzona koncentracja stanowi również „koncentrację”, jednak wyłącznie jeśli chodzi o procedurę wskazaną w art. 4 ust. 4 i 5 rozporządzenia.

71. W tym kontekście oraz biorąc pod uwagę, że pojęcie „zgłoszonej koncentracji” nie pojawia się w art. 7 rozporządzenia nr 139/2004²⁵, dochodzę do wniosku, że art. 7 – a w konsekwencji obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji – nie znajduje zastosowania do zamierzonych koncentracji. Potwierdza to, że intencją prawodawcy Unii nie było, aby obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji miał zastosowanie do sytuacji, w których koncentracja jeszcze się nie dokonała.

72. Nie oznacza to, że pojęcie „wprowadzenia w życie” zastosowane w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie powinno mieć szerszego znaczenia, a tym samym zapewniać, by częściowe wprowadzenia w życie mogły być monitorowane przez Komisję²⁶. Tak czy inaczej, koncentracja w oczywisty sposób może być „wprowadzona w życie” jedynie w przypadku, gdy istnieje.

73. Przedstawione przez rząd duński i Komisję argumenty mające uzasadnić podejście, że obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji nie powinien być w żaden sposób powiązany z pojęciem „koncentracji”, nie przekonują mnie.

74. Po pierwsze, powiązanie obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji z pojęciem „koncentracji” w żaden sposób nie podważa systemu kontroli koncentracji ex ante ustanowionego przez rozporządzenie nr 139/2004.

75. Po drugie, fakt, że Komisja mogła w swojej praktyce administracyjnej przyjąć szerokie podejście odnośnie do tego, co może zostać uznane za przedwczesne wprowadzanie w życie koncentracji, pozostaje bez znaczenia. Praktyka Komisji nie jest bowiem wiążąca dla Trybunału.

76. Po trzecie, wprowadzenie rozróżnienia pomiędzy czynnościami przygotowawczymi o charakterze wewnętrznym a czynnościami przygotowawczymi o charakterze zewnętrznym, które zasadniczo postuluje rząd duński, nie znajduje oparcia w przepisach rozporządzenia nr 139/2004. Rozporządzenie to odwołuje się raczej do „trwałej zmiany kontroli”, niezależnie od tego, czy zmiana ta wynika z czynności o charakterze wewnętrznym czy zewnętrznym.

²⁵ W odróżnieniu od, przykładowo, art. 6 ust. 2, art. 8 ust. 1 i 2, art. 9 ust. 1, art. 10 ust. 2 i 3 oraz art. 11 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004.

²⁶ Zobacz w tej kwestii J.R. Modrall, S. Ciullo, Gun-Jumping and EU Merger Control, *European Competition Law Review*, issue 9, Sweet & Maxwell, 2003, s. 424, na s. 429 (nie odnoszę się do wspomnianych tam scenariuszy).

77. Po czwarte, cytowane przez rząd duński i Komisję wnioski Sądu w wyroku *Electrabel/Komisja*²⁷ dotyczą, jak zasadniczo wskazała spółka Ernst & Young, stopnia naruszenia obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji i proporcjonalności grzywny nałożonej w następstwie tego naruszenia, nie zaś samego wystąpienia tego rodzaju naruszenia.

78. Na podstawie powyższych rozważań jestem zdania, że obowiązek zawieszenia koncentracji określony w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie dotyczy działań, które choć zostały podjęte w powiązaniu z procesem prowadzącym do koncentracji, to jednak poprzedzają działania faktycznie prowadzące do przejścia możliwości wywierania decydującego wpływu na przejmowane przedsiębiorstwo i są od tych działań odrębne.

e) Zastosowanie do sytuacji w postępowaniu głównym

79. Poprzez drugie pytanie prejudycjalne sąd odsyłający wnosi do Trybunału o zajęcie stanowiska w nawiązaniu do okoliczności toczącej się przed nim sprawy.

80. W postępowaniach prejudycjalnych zastosowanie dokonanej przez Trybunał wykładni prawa Unii do stanu faktycznego leży w gestii sądów krajowych, które są lepiej niż Trybunał umocowane do tego, by ustalić i zważyć wszelkie istotne okoliczności. Trybunał może jednak przedstawić sądowi odsyłającemu wszystkie elementy wykładni, które mogą być pomocne przy orzekaniu w toczącej się przed tym sądem sprawie²⁸.

81. Z jednej strony w postępowaniu głównym samo porozumienie w przedmiocie koncentracji podlegało zatwierdzeniu przez radę ds. konkurencji i nie miało być wprowadzane w życie do momentu uzyskania zgody.

82. Z drugiej strony, jak wskazano we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zakończenie umowy o współpracy pomiędzy KPMG DK a KPMG International nie podlegało podobnemu obowiązkowi uzyskania zgody, zaś wypowiedzenie zostało złożone przed uzyskaniem zgody na połączenie.

83. W spornej decyzji stwierdzono, że składając wypowiedzenie, KPMG DK naruszyła obowiązek zawieszenia wprowadzenia koncentracji. Wydaje się zatem, że przynajmniej w sposób dorozumiany KFST uznało, iż wypowiedzenie umowy należy zakwalifikować jako częściowe wprowadzenie połączenia w życie.

84. Zgadzam się oczywiście z rządem duńskim, że dwie czynności wspomniane w pkt 81 i 82 powyżej nie miały charakteru odrębnego, lecz były powiązane. Porozumienie w przedmiocie koncentracji przewidywało, że KPMG DK ma zakończyć współpracę z KPMG International. Wypowiedzenie umowy o współpracy było więc warunkiem koniecznym do przeprowadzenia tego połączenia.

85. To jednak nie wystarczy. Wypowiedzenie nie przełożyło się w żaden sposób na przeniesienie kontroli pomiędzy KPMG DK a EY.

²⁷ Wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r., *Electrabel/Komisja* (T-332/09, EU:T:2012:672, pkt 246, 247, 280).

²⁸ Zobacz podobnie wyrok z dnia 5 czerwca 2014 r., I (C-255/13, EU:C:2014:1291, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

86. Choć można argumentować, jak czyni to rząd duński, że wypowiedzenie umowy o współpracy było częścią porozumienia w przedmiocie połączenia, to jednak nie było to nierozzerwalnie związane z przeniesieniem kontroli, dającym EY możliwość wywierania decydującego wpływu na KPMG DK, zgodnie z definicją z art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004²⁹. Skutkiem tego wypowiedzenia było jedynie, że KPMG DK przestała być częścią sieci KPMG i miała odzyskać status niezależnego podmiotu na rynku usług księgowych. Choć wypowiedzenie to mogło mieć określony wpływ na rynek, nie oznacza to, że KPMG DK przestałaby być konkurentem dla EY³⁰.

87. Przyjęcie takiej linii argumentacyjnej oznaczałoby, że *jakiegokolwiek* działanie przeprowadzone przez EY lub KPMG DK w okresie pomiędzy podpisaniem porozumienia w przedmiocie koncentracji a wydaniem zgody przez władze do spraw konkurencji mogłoby potencjalnie zostać objęte zakresem obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji. Niemniej jednak, ze względów wskazanych w pkt 71 powyżej, sam zamiar dokonania koncentracji nie skutkuje obowiązkiem zawieszenia wprowadzenia koncentracji.

88. Tym samym tego typu działanie o charakterze przygotowawczym nie powinno moim zdaniem być uznawane za przedwczesne wprowadzenie koncentracji w życie.

3. W przedmiocie pytań prejudycjalnych trzeciego i czwartego

89. Poprzez pytania trzecie i czwarte sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy dla obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji istotne jest wywołanie przez działanie potencjalnie stanowiące przedwczesne wprowadzenie koncentracji w życie skutków rynkowych, a jeśli tak – jakie kryteria można zastosować dla wykazania takiego skutku oraz jakie minimalne wymogi dowodowe powinny w tym względzie spełnić władze do spraw konkurencji, badając domniemane naruszenie tego obowiązku.

90. Pytania te powstają, ponieważ w spornej decyzji stwierdzono, że choć KFST nie był w stanie ustalić ponad wszelką wątpliwość, czy wypowiedzenie umowy o współpracy spowodowało, iż niektórzy spośród klientów KPMG DK zalecili podczas walnych zgromadzeń zmianę audytora, to jednak organ ten uznał, że konieczne jest jedynie wykazanie, iż wywołanie skutków rynkowych jest możliwe. W odpowiedzi na to spółka Ernst & Young stwierdziła, że zalecenia te zostały wydane w ramach typowej praktyki wyboru lub zmiany audytora stosowanej przez duże spółki duńskie i że ocena połączenia przez KFST dokonana została w momencie roku, w którym zwykle następuje zmiana audytora.

91. Z mojej odpowiedzi na pierwsze dwa pytania, a w szczególności z kryterium dotyczącego możliwości wywołania przez analizowane działanie skutków rynkowych (zobacz pkt 53–56 powyżej), wynika, że w mojej ocenie możliwość wywołania przez dane działanie skutków rynkowych nie jest istotna z punktu widzenia zastosowania obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji. Obowiązek ten należy natomiast spełnić w tym samym momencie i w takim samym zakresie, w jakim dochodzi do koncentracji spełniającej odnośne progi.

92. Na wypadek gdyby Trybunał zajął stanowisko odmienne od mojego, ograniczę się do przedstawienia następujących zwięzłych spostrzeżeń odnośnie do stanowiska odmiennego.

29 Pełnomocnik spółki Ernst & Young powołał podczas rozprawy argument, że KPMG DK musiała złożyć zawiadomienie o zamiarze wypowiedzenia umowy w tym właśnie momencie, ponieważ w przeciwnym razie KPMG International mogłaby wypowiedzieć umowę o współpracy ze skutkiem natychmiastowym, powołując się na nieuczciwą praktykę.

30 Analizowana kwestia różni się zatem znacząco od tej, jaka była przedmiotem wyroku z dnia 26 października 2017 r., *Marine Harvest/Komisja* (T-704/14, EU:T:2017:753), gdzie Komisja i Sąd uznali, że przeniesieniem kontroli skutkowało de facto samo wstępne przejęcie 48,5% akcji w spółce, nie zaś mająca później miejsce publiczna oferta przejęcia, która dała wnioskodawcy 87,1% akcji w przejmowanym przedsiębiorstwie.

93. Trybunał orzekł, że konieczna przy kontroli koncentracji analiza prospektywna, która polega na zbadaniu, w jaki sposób dana koncentracja mogłaby zmienić czynniki wpływające na stan konkurencji na danym rynku, w celu weryfikacji, czy wynikałoby z niej znaczące utrudnienie dla skutecznej konkurencji, wymaga wyobrażenia szeregu powiązanych ze sobą przyczyn i skutków celem wyboru jedynie tych, których prawdopodobieństwo zaistnienia jest największe. Standard ten dotyczy zarówno decyzji zezwalających na koncentracje, jak i decyzji zakazujących koncentracji³¹.

94. Gdyby, w odróżnieniu ode mnie, Trybunał uznał, że kryterium możliwości wywołania skutków rynkowych jest istotne, mimo że częściowo pokrywa się ono z merytoryczną oceną zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem, nie widzę oczywistego powodu, dla którego standard badania, wspomniany w punkcie poprzednim, nie miałby mieć zastosowania odpowiednio do decyzji dotyczących wprowadzenia w życie. Ocena, jakiej należałoby dokonać, przypominałaby ocenę wniosków o udzielenie odstępstwa od obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji na podstawie art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, która wymaga między innymi uwzględnienia zagrożenia dla konkurencji spowodowanego koncentracją.

95. Zgodnie ze zwykłymi regułami dowodowymi to po stronie Komisji (lub właściwych władz do spraw konkurencji) leży udowodnienie domniemanego naruszenia³². Władze te muszą zatem wykazać, na podstawie oceny różnych hipotez obejmujących szereg powiązanych ze sobą przyczyn i skutków, że prawdopodobieństwo zaistnienia tej hipotezy, w której podlegające ocenie działanie może skutkować znaczącym utrudnieniem skutecznej konkurencji, jest największe³³.

96. Jeśli chodzi o rodzaj dowodów, na jakich Komisja (lub właściwe władze do spraw konkurencji) może się opierać, w prawie Unii obowiązuje zasada swobodnej oceny dowodów. W szczególności, o ile dowód został przedstawiony zgodnie z prawem, jedyne istotne kryterium dla celów oceny jego wartości dowodowej odnosi się do jego wiarygodności³⁴. Nie ma w tym względzie wymogu zastosowania jakiegokolwiek konkretnej metody lub jakiegokolwiek konkretnego testu³⁵.

97. W gestii sądu odsyłającego pozostaje ocena, czy duńskie władze do spraw konkurencji wykazały, na podstawie oceny różnych hipotez obejmujących szereg powiązanych ze sobą przyczyn i skutków, że prawdopodobieństwo zaistnienia tej hipotezy, w której wypowiedzenie umowy o współpracy mogło skutkować znaczącym utrudnieniem skutecznej konkurencji, jest tym, które jest największe. Ścisłe rzecz ujmując, musi ona zostać uznana za bardziej prawdopodobną niż przedstawiona przez spółkę Ernst & Young linia argumentacyjna dotycząca typowego zachowania dużych spółek duńskich.

IV. Wnioski

98. Z powyższych względów proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania przedstawione przez Sø- og Handelsretten (sąd gospodarczy i morski, Dania) w ten sposób, że przy właściwej interpretacji obowiązek zawieszenia koncentracji określony w art. 7 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) nie dotyczy działań, które choć zostały podjęte w związku z procesem prowadzącym do koncentracji, to jednak poprzedzają czynności faktycznie prowadzące do przejęcia możliwości wywierania decydującego wpływu na przejmowane przedsiębiorstwo i są od tych czynności odrębne.

31 Wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann and Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 46–49).

32 Zobacz na przykład art. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzania w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101] i [102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1), ze zmianami.

33 Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 43).

34 Zobacz podobnie postanowienie z dnia 12 lipca 2016 r., Pérez Gutiérrez/Komisja (C-604/15 P, niepublikowane, EU:C:2016:545, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo).

35 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 57).