



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
JULIANE KOKOTT
prezentate la 27 aprilie 2017¹

Cauza C-248/16

**Austria Asphalt GmbH & Co OG
împotriva
Bundeskartellanwalt**

[cerere de decizie preliminară formulată de Oberster Gerichtshof (Curtea Supremă, Austria)]

„Concurență – Controlul concentrărilor între întreprinderi («controlul fuziunilor») – Articolul 3 din Regulamentul nr. 139/2004 [«Regulamentul (CE) privind concentrările economice»] – Domeniu de aplicare material – Noțiunea de concentrare – Transformarea unei întreprinderi existente fără funcționalitate deplină în societate în comun fără funcționalitate deplină – Repartizarea competențelor între Comisia Europeană și autoritățile naționale competente în materia concentrărilor economice”

I. Introducere

1. Numeroase trebuie să fi fost, fără îndoială, gândurile pe care trubadurul german Ulrich von Liechtenstein le depăna atunci când, în anul 1227, călătoria pe care a întreprins-o de la Veneția la Boemia, transmisă posterității sub formă literară, l-a condus în localitatea Mürzzuschlag², situată în Austria de astăzi³. Va fi avut el oare încă de pe atunci presentimentul că acest orașel situat într-un cadru pitoresc, pe ambele maluri ale râului Mürz, va deveni mai târziu scena primei decizii preliminare privind controlul european al concentrărilor economice între întreprinderi?

2. Ceea ce a ocazionat prezenta procedură este o centrală de mixare a asfaltului care, până în prezent, a fost deținută de un mare grup de întreprinderi din sectorul construcțiilor și care urmează să fie exploatată de acesta în comun cu un alt grup de întreprinderi din sectorul construcțiilor. Așadar, cu alte cuvinte, se intenționează transformarea centralei de mixare a asfaltului existente într-o *societate în comun*. Astfel, din punctul de vedere al controlului concentrărilor economice, prezintă importanță faptul că această unitate *nu îndeplinește criteriul funcționalității depline*, întrucât activitatea sa se reduce, în prezent, la livrările către societatea-mamă – iar în viitor la livrările către ambele societăți-mamă – fără să se remarce, în rest, în mod autonom pe piață.

3. În acest context, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a fost sesizată cu cererea eminentamente fundamentală de clarificare a esenței înseși a concentrării economice în sensul articolului 3 din Regulamentul (CE) privind concentrările economice (denumit în continuare și „Regulamentul nr. 139/2004”)⁴. În mod concret, sunt în discuție articolul 3 alineatul (1) litera (b) și articolul 3

1 Limba originală: germana.

2 [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk].

3 Se consideră că noțiunea „Murzslug”, utilizată de acest poet, care a trăit aproximativ între anii 1200 și 1275, în poemul său epic „Frauendienst”, constituie și prima atestare documentară a orașului Mürzzuschlag.

4 Regulamentul nr. 139/2004 al Consiliului din 20 ianuarie 2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (JO 2004, L 24, p. 1, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 201).

alineatul (4) din acest regulament, fiind necesar să se precizeze dacă, potrivit acestor dispoziții, întreprinderi precum cea din Mürzzuschlag, care, în lipsa unei prezențe autonome pe piață, nu pot fi considerate întreprinderi cu funcționalitate deplină, se supun totuși controlului european al concentrărilor economice atunci când implică participarea unor terți în cadrul acestora.

4. La o primă vedere, problematica prezentată, mai precis transformarea unei societăți existente, care nu îndeplinește criteriul funcționalității depline, într-o societate în comun pare să fie de natură tehnică și să aibă un caracter mai arid decât poemul lui Ulrich von Liechtenstein. Totuși, aceasta prezintă importanță practică pentru sistemul de punere în aplicare a normelor de concurență din dreptul Uniunii pe piața internă europeană, iar această importanță nu trebuie nicidecum subestimată. Astfel, interpretarea care trebuie dată articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004 permite nu numai să se traseze, pe plan orizontal, controlul concentrărilor economice efectuat în temeiul Regulamentului nr. 139/2004, în raport cu punerea în aplicare a normelor de concurență în temeiul Regulamentului (CE) nr. 1/2003⁵, ci și să se delimiteze, pe plan vertical, competențele Comisiei Europene, ca autoritate de control al concentrărilor economice de pe piața internă, de cele care revin autorităților naționale din domeniul concentrărilor, întrucât controlul european al concentrărilor economice se întemeiază pe un sistem al repartizării exacte a competențelor⁶.

II. Cadrul juridic

5. În speță, cadrul juridic în dreptul Uniunii este definit prin articolul 3 din Regulamentul nr. 139/2004, intitulat „Definiția concentrării” și care prevede, printre altele, următoarele:

„(1) Se consideră că se realizează o concentrare în cazul în care modificarea de durată a controlului rezultă în urma:

[...]

(b) preluării, de către una sau mai multe persoane care controlează deja cel puțin o întreprindere sau de către una sau mai multe întreprinderi, fie prin achiziționarea de valori mobiliare sau de active, fie prin contract sau prin orice alte mijloace, a controlului direct sau indirect asupra uneia sau mai multor întreprinderi sau părți ale acestora.

[...]

(4) Crearea unei societăți în comun care îndeplinește în mod durabil toate funcțiile unei entități economice autonome constituie o concentrare în sensul alineatului (1) litera (b).

[...]”

6. Considerentul (20) al Regulamentului nr. 139/2004 aduce precizări cu privire la articolul 3 alineatul (1) și la alineatul (4) din același regulament:

„Este util să se definească noțiunea de concentrare astfel încât să fie incluse operațiunile care au ca rezultat modificări de durată asupra controlului întreprinderilor implicate și, prin urmare, asupra structurii pieței. În consecință, este oportun să se includă în sfera de aplicare a prezentului regulament toate societățile în comun care îndeplinesc în mod durabil toate funcțiile unei entități economice autonome. [...]”

⁵ Regulamentul (CE) nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la articolele 81 și 82 din tratat (JO 2003, L 1, p. 1, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 167, denumit în continuare „Regulamentul nr. 1/2003”).

⁶ Hotărârea din 25 septembrie 2003, Schlüsselerlag J.S. Moser și alții/Comisia (C-170/02 P, EU:C:2003:501, punctul 32), și Hotărârea din 22 iunie 2004, Portugalia/Comisia (C-42/01, EU:C:2004:379, punctul 50); a se vedea în același sens Hotărârea din 18 decembrie 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comisia (C-202/06 P, EU:C:2007:814, punctul 37).

7. În completare, merită să fie menționat considerentul (8) al regulamentului:

„Dispozițiile care urmează să fie adoptate prin prezentul regulament ar trebui să se aplice unor schimbări structurale semnificative, al căror impact asupra pieței depășește frontierele naționale ale oricărui stat membru. Astfel de concentrări ar trebui examinate, ca regulă generală, exclusiv la nivelul Comunității, prin aplicarea unui sistem de tip „ghișeu unic” și în conformitate cu principiul subsidiarității. Concentrările care nu sunt reglementate de prezentul regulament intră, în principiu, în jurisdicția statelor membre.

8. În sfârșit, este necesar să se facă trimitere la articolul 21 din Regulamentul nr. 139/2004, intitulat „Aplicarea regulamentului și jurisdicția”, care – în măsura în care prezintă relevanță – are următorul conținut⁷:

„(1) Prezentul regulament se aplică exclusiv concentrărilor astfel cum sunt definite la articolul 3; [Regulamentul nr. 1/2003] nu se aplică decât în legătură cu societățile în comun care nu au o dimensiune comunitară și care au ca obiect sau efect coordonarea comportamentului concurențial al unor întreprinderi care își păstrează independența.

(2) Sub rezerva controlului de către Curtea de Justiție, Comisia are competență unică privind adoptarea deciziilor prevăzute de prezentul regulament.

(3) Niciun stat membru nu aplică legislația sa națională privind concurența niciunei concentrări care are o dimensiune comunitară.

[...]”

9. Comunicarea jurisdicțională consolidată a Comisiei⁸ *nu* face parte din cadrul juridic aplicabil în speță, fiind un document lipsit de forță juridică obligatorie, în care, pentru motive de transparență, Comisia comunică poziția juridică adoptată, precum și practica sa administrativă în ceea ce privește aspecte jurisdicționale privind controlul concentrărilor economice⁹.

III. Situația de fapt și procedura principală

10. Austria Asphalt GmbH & Co OG (denumită în continuare „AA”) este o filială indirectă a Strabag SE, iar Teerag Asdag AG (denumită în continuare „TA”) face parte din grupul Porr. Atât Strabag, cât și Porr sunt grupuri internaționale de întreprinderi din sectorul construcțiilor care își desfășoară activitatea, printre altele, în domeniul construcțiilor de drumuri.

11. Centrala de mixare a asfaltului Mürzzuschlag se află pe teritoriul localității Mürzzuschlag, în landul federal austriac Steiermark. Aceasta produce asfalt necesar pentru construcția de drumuri și livrează aproape exclusiv către TA, aflându-se în prezent în proprietatea sa exclusivă.

12. AA și TA urmăresc crearea unei societăți în conformitate cu dreptul austriac sub forma unei societăți cu răspundere limitată (GmbH) și a unei societăți în comandă simplă (GmbH & Co KG), cele două societăți preluând, fiecare, câte 50 % din societatea comandată și câte 50 % din acțiunile comanditate. Toate deciziile luate în cadrul adunării generale a asociaților societății nou create necesită unanimitate.

⁷ Trimiterile la alte regulamente decât Regulamentul nr. 1/2003 incluse în cuprinsul inițial al articolului 21 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004 sunt caduce, motiv pentru care, pentru claritate, le-am exclus din citatul ce urmează.

⁸ Comunicare jurisdicțională consolidată a Comisiei în temeiul Regulamentului (CE) nr. 139/2004 al Consiliului privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (JO 2008, C 95, p. 1, rectificare în JO 2009, C 43, p. 10).

⁹ A se vedea în acest sens în special punctul 3 din Comunicarea jurisdicțională consolidată.

13. Se preconizează că TA va transfera centrala de mixare a asfaltului către societatea nou-creată. Potrivit deciziei de trimitere, din punct de vedere economic, operațiunea trebuie înțeleasă în sensul că AA dobândește o participație de 50 % în centrala de mixare în discuție, asociată cu controlul în comun asupra întreprinderii vizate deja existente, în condițiile în care TA, întreprinderea care exercita anterior controlul exclusiv, participă în continuare la exercitarea controlului în comun. Asfaltul produs în centrală urmează să fie livrat aproape exclusiv către AA și către TA.

14. La 3 august 2015, AA a notificat operațiunea la Bundeswettbewerbshörde [Consiliul Federal al Concurenței] în conformitate cu legea austriacă Kartellgesetz 2005 (Legea din anul 2005 privind înțelegerile, denumită în continuare „KartG”). După cum rezultă din dosar, anterior, prin intermediul unei scrisori administrative, Direcția Generală Concurență a Comisiei Europene comunicase AA că operațiunea nu pare să constituie o concentrare în sensul articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004¹⁰. Cu toate acestea, declarația în discuție includea mențiunea că reprezintă numai opinia unui oficiu al Comisiei, care nu este obligatorie pentru Comisie în calitate de organism al Uniunii.

15. Ca urmare a notificării din 3 august 2015, Bundeskartellanwalt a formulat în termen în fața Oberlandesgericht Wien [Tribunalul Regional Superior din Viena, Austria], în calitate de instanță competentă în materie de înțelegeri, o cerere de examinare în temeiul articolului 11 alineatul (1) din KartG. Instanța competentă în materie de înțelegeri a respins cererea de examinare prin decizia din 6 octombrie 2015, cu motivarea că operațiunea înregistrată îndeplinește condiția privind dimensiunea comunitară, iar astfel nu i se aplică legislația austriacă în materia concurenței, ci numai dreptul Uniunii sub forma Regulamentului nr. 139/2004.

16. În calitate de instanță de grad superior în materie de înțelegeri, Oberster Gerichtshof (Curtea Supremă)¹¹ trebuie să se pronunțe asupra unui recurs declarat de AA împotriva deciziei pronunțate de instanța competentă în materie de înțelegeri. Prin intermediul recursului său, AA solicită anularea deciziei instanței competente în materie de înțelegeri și calificarea operațiunii drept o concentrare supusă obligației de notificare în conformitate cu dreptul austriac (articolele 7 și 9 din KartG).

IV. Cererea de decizie preliminară și procedura în fața Curții

17. Prin decizia din 31 martie 2016, înregistrată la 2 mai 2016, Oberster Gerichtshof a adresat Curții următoarea întrebare în vederea pronunțării unei decizii preliminare în temeiul articolului 267 TFUE:

„Articolul 3 alineatul (1) litera (b) și articolul 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004 trebuie interpretate în sensul că, în cazul trecerii de la un control exclusiv la un control în comun asupra unei întreprinderi existente, în condițiile în care întreprinderea care exercita anterior controlul exclusiv participă în continuare la efectuarea controlului în comun, se realizează o concentrare numai atunci când această întreprindere îndeplinește în mod durabil toate funcțiile unei entități autonome?”

18. În cadrul procedurii de decizie preliminară din fața Curții, Austria Asphalt, Bundeskartellanwalt și Comisia Europeană au transmis observații scrise și au fost reprezentate și în cadrul ședinței din 22 martie 2017.

¹⁰ Scrisoarea din 22 decembrie 2015 (Consultare C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürrzuschlag), semnată de directorul competent pentru sectoarele Industria producătoare de materiale de bază, producție și agricultură, din cadrul DG Concurență.

¹¹ Denumită în continuare și „instanța de trimitere”.

V. Aprecieri

19. În esență, prin intermediul întrebării sale, instanța de trimitere dorește să afle dacă modificarea structurii controlului asupra unei întreprinderi existente – în speță prin trecerea de la controlul exclusiv la controlul exercitat în comun asupra centralei de mixare a asfaltului Mürzzuschlag – trebuie considerată o concentrare economică în sensul articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004, chiar și atunci când societatea în comun care rezultă ca urmare a operațiunii nu îndeplinește criteriul funcționalității depline.

20. Punctul de plecare nu este contestat de părți. În temeiul articolului 3 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 139/2004, se consideră că orice operațiune care conduce la dobândirea de durată a controlului individual sau în comun asupra unei întreprinderi sau asupra unei părți din aceasta constituie o concentrare economică. Cu toate acestea, coroborarea acestei dispoziții cu articolul 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004 pune probleme, întrucât această din urmă dispoziție include în sfera noțiunii de concentrare și „crearea unei societăți [în comun]”, cu condiția ca aceasta să îndeplinească „în mod durabil toate funcțiile unei entități economice autonome” și să îndeplinească astfel criteriul funcționalității depline.

21. În lumina acestei formulări și a poziției articolului 3 alineatul (4) în economia Regulamentului nr. 139/2004 nu este clar dacă, în general, societățile în comun se supun controlului european al concentrărilor economice, atunci când este vorba despre „entități economice autonome”, cu alte cuvinte, despre societăți cu funcționalitate deplină. Astfel, există posibilitatea de a interpreta articolul 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004 și în sensul că trimiterea la criteriul funcționalității depline se aplică numai în cazul *creării* unor noi societăți în comun, și nu în cazul *transformării* unei întreprinderi existente într-o societate comună controlată în comun de două grupuri de întreprinderi. În cazul în care ar fi reținută această ultimă interpretare, ar intra sub incidența controlului concentrărilor economice *toate operațiunile* prin care se modifică în sens durabil structura controlului asupra unor societăți (în comun) existente, în sensul articolului 3 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 139/2004, indiferent dacă acestea sunt societăți cu funcționalitate deplină sau – precum în cazul centralei de mixare a asfaltului Mürzzuschlag – simple unități de producție care nu sunt prezente pe piață în mod autonom.

22. Este interesant să se observe că, în cadrul procedurii judiciare din speță, Comisia Europeană susține ultima dintre interpretările menționate, chiar dacă, *în aceeași cauză*, serviciul din cadrul Comisiei competent cu privire la controlul concentrărilor economice a adoptat o poziție diametral opusă¹². Este deosebit de regretabil că, în ceea ce privește o problemă jurisdicțională fundamentală și deosebit de recurentă, Comisia nu adoptă o direcție clară, unitară, pe care să o pună apoi în aplicare în mod consecvent¹³. Numai într-un astfel de caz, operatorii economici se pot baza pe fiabilitatea observațiilor și a recomandărilor serviciilor Comisiei, competente ale în materie de înțelegeri, chiar dacă acestea ar fi exprimate sub forma unor scrisori administrative fără caracter obligatoriu, anticipând astfel, în mod util, obligațiile care le revin în temeiul dreptului Uniunii.

¹² A se vedea în acest sens punctul 14 și nota de subsol 10 din aceste concluzii.

¹³ Instanța de trimitere atrage atenția asupra faptului că, în practica sa decizională, cu privire la situații de trecere de la un control individual la unul comun, Comisia fie examinează criteriul funcționalității depline, fie îl trece cu vederea.

23. Considerăm că nu este utilă o analiză abstractă a aspectului dacă, în ceea ce privește societățile în comun, articolul 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004 conduce la o extindere, la o restricționare sau la o simplă precizare a noțiunii de concentrare economică de la articolul 3 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 139/2004. În plus, trebuie să se identifice o soluție practică pentru interpretarea și pentru punerea în aplicare a articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004. În acest sens, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, trebuie să se țină seama atât de prevederile, cât și de contextul și de obiectivele acestei dispoziții¹⁴. Modul de redactare

24. Modul de redactare a articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004 nu furnizează un răspuns clar la întrebarea în discuție. Articolul 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004 se reduce la constatarea că crearea unei societăți în comun, care îndeplinește în mod durabil toate funcțiile unei entități economice independente, constituie o concentrare în sensul articolului 3 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 139/2004. Această formulare nu clarifică dacă funcționalitatea deplină – așadar, îndeplinirea în mod durabil a tuturor funcțiilor unei entități economice autonome – este necesară numai în cazul creării unei *noi* societăți în comun sau dacă privește și transformarea unei societăți existente într-o societate comună, astfel încât o astfel de întreprindere se supune controlului european al concentrărilor numai atunci când întreprinderea vizată îndeplinește criteriul funcționalității depline.

25. Litigiul aflat pe rolul Curții constituie ilustrarea perfectă a faptului că ambele interpretări pot fi susținute. Astfel, în conformitate cu punctul de vedere exprimat de AA, articolul 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004 poate fi interpretat în sensul că, în general, *numai* societățile în comun cu funcționalitate deplină se supun controlului european al concentrărilor economice, indiferent dacă la „crearea” lor se constituie o societate nouă sau se transformă o societate existentă într-o societate în comun. Cu toate acestea, având în vedere articolul 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004, se poate achiesa și la opinia Comisiei, considerându-se că, pentru ca o operațiune să fie supusă controlului european al concentrărilor economice, criteriul funcționalității depline se aplică numai în cazul creării unei noi societăți în comun. În schimb, modificarea structurii controlului asupra unei întreprinderi existente, prin transformarea sa într-o societate în comun, se supune în orice caz controlului concentrărilor economice chiar și atunci când nu îndeplinește criteriul funcționalității depline, întrucât nici articolul 3 alineatul (4), nici articolul 3 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 139/2004 nu impun în mod explicit condiția ca și societățile *existente* să îndeplinească în mod durabil toate funcțiile unei entități economice independente.

26. În cazul în care modul de redactare a unei dispoziții – în speță articolul 3 din Regulamentul nr. 139/2004 – permite mai multe interpretări, interpretarea corectă se va determina în funcție de obiectivele și de economia prevederilor din care face parte. În completare, se poate recurge la istoricul dispoziției în discuție. Obiective

27. Considerentul (20) a doua teză al Regulamentului nr. 139/2004 aduce precizări cu privire la dispoziția în litigiu de la articolul 3 alineatul (4) din același regulament, menționând că „este oportun să se includă în sfera de aplicare a prezentului regulament toate societățile în comun care îndeplinesc în mod durabil toate funcțiile unei entități economice autonome” – cu alte cuvinte, societățile în comun cu funcționalitate deplină.

28. Prin urmare, în preambulul Regulamentului nr. 139/2004 *nu* se face diferența între societăți nou-create și societăți care – precum în speță – au rezultat din trecerea unor întreprinderi existente de sub controlul exclusiv al unui grup de întreprinderi sub controlul în comun exercitat de două grupuri de întreprinderi. Astfel, trebuie să se considere că nici în cazul articolului 3 alineatul (4) din

¹⁴ A se vedea printre altele Hotărârea din 8 septembrie 2015, Spania/Parlamentul și Consiliul (C-44/14, EU:C:2015:554, punctul 44), și, în același sens, Hotărârea din 8 noiembrie 2016, Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, punctul 31).

Regulamentul nr. 139/2004 nu se realizează o asemenea diferențiere, ci că acesta impune în general, *în cazul tuturor societăților în comun*, îndeplinirea cerinței funcționalității depline, indiferent dacă respectiva societate în comun este nou-creată sau dacă „crearea” acesteia a rezultat din transformarea unei societăți existente.

29. Această perspectivă este confirmată și de obiectivele generale ale controlului european al fuziunilor. După cum rezultă din considerentul (8) al Regulamentului nr. 139/2004, dispozițiile acestui regulament ar trebui să se aplice unor *schimbări structurale semnificative* al căror impact asupra pieței depășește frontierele naționale ale oricărui stat membru. În același sens, considerentul 20 prima teză prevede că este util să se definească noțiunea de concentrare astfel încât să fie incluse operațiunile care au ca rezultat modificări de durată asupra controlului întreprinderilor implicate și, prin urmare, asupra *structurii pieței*.

30. Astfel, având în vedere aceste obiective, controlul european al concentrărilor economice pare să vizeze operațiuni care conduc la o modificare a structurii pieței. O asemenea modificare survine însă numai atunci când se realizează modificări semnificative ale structurii controlului asupra întreprinderilor care sunt realmente active pe piață sau planifică o asemenea activitate în mod serios.

31. Supunerea transformării unei societăți existente fără funcționalitate deplină într-o societate comună unui control *ex ante* obligatoriu efectuat de Comisie, pe baza criteriilor din Regulamentul nr. 139/2004, ar fi contrară esenței controlului european al concentrărilor, întrucât, în condițiile în care o întreprindere nu desfășoară o activitate autonomă pe piață, aceasta nu va putea determina modificarea structurii pieței nici ulterior, prin modificarea structurii controlului asupra sa.

32. Considerăm că nu este utilă, în acest context, trimiterea Comisiei la cuvântul „auch” din a doua teză a considerentului (20) al Regulamentului nr. 139/2004, întrucât această formulare apare numai în unele dintre versiunile lingvistice ale regulamentului, ca de exemplu în versiunea în limba germană, și lipsește cu desăvârșire în alte versiuni lingvistice, nu în ultimul rând în versiunile în limbile engleză și franceză. Pe de altă parte, argumentul Comisiei nu este deosebit de convingător nici din punctul de vedere al conținutului. În cazul unei analize inițiale, este posibil ca formularea de mai sus, potrivit căreia este oportun ca sfera de aplicare a regulamentului să includă „[și] toate societățile în comun care îndeplinesc în mod durabil toate funcțiile unei entități economice autonome”¹⁵, să nu excludă faptul că controlul european al concentrărilor economice include și alte tipuri de societăți în comun, mai precis pe cele *fără* funcționalitate deplină. La o analiză mai atentă, acest aspect ar fi însă contrar obiectivului general al Regulamentului nr. 139/2004, de a realiza un control *ex ante* în cazul proiectelor care conduc la schimbări ale structurii pieței.

33. Contrar opiniei Comisiei, transformarea unei întreprinderi fără funcționalitate deplină într-o societate în comun nu poate fi supusă unui control european al concentrărilor economice nici prin recurgerea la articolul 3 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 139/2004. Or, situația de fapt generală la care se referă dispoziția respectivă presupune că se realizează o modificare de durată a structurii controlului asupra unei *întreprinderi* sau asupra unei *părți din aceasta*. Astfel, noțiunea de întreprindere – la fel ca în cadrul legislației europene în materie de concurență – trebuie interpretată în mod funcțional și include orice entitate care exercită o activitate economică, independent de statutul juridic al acestei entități și de modul său de finanțare¹⁶. Având în vedere că prin activitate

¹⁵ Sublinierea noastră.

¹⁶ Hotărârea din 23 aprilie 1991, Höfner și Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, punctul 21), Hotărârea din 16 martie 2004, AOK Bundesverband și alții (C-264/01, C-306/01, C-354/01 și C-355/01, EU:C:2004:150, punctul 46), și Hotărârea din 17 septembrie 2015, Total/Comisia (C-597/13 P, EU:C:2015:613, punctul 33); în mod similar, Hotărârea din 12 iulie 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, punctul 11).

economică se înțelege orice activitate care constă în oferirea de bunuri și de servicii pe o anumită piață¹⁷, societăți în comun *fără* o prezență autonomă pe piață – mai precis, fără funcționalitate deplină – nu pot intra sub incidența articolului 3 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 139/2004. Context

34. Nici luarea în considerare a contextului în care se înscrie articolul 3 din Regulamentul nr. 139/2004 nu conduce la o concluzie diferită.

35. Atât Regulamentul nr. 139/2004, cât și Regulamentul nr. 1/2003 servesc în cele din urmă punerii în aplicare a normelor de concurență pentru piața internă prevăzute la articolele 101 și 102 TFUE, aplicându-se însă numai unul dintre cele două regulamente [a se vedea în acest sens articolul 21 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004].

36. În timp ce, în cadrul domeniului de aplicare al Regulamentului nr. 139/2004, în cazul modificărilor structurii pieței, s-a creat un sistem de control *ex ante* cu caracter preventiv și obligatoriu, în rest, potrivit Regulamentului nr. 1/2003, comportamentul întreprinderilor pe piață – fie că se ridică problema unor conduite coluzive sau a unor abuzuri unilaterale de poziție dominantă – este supus numai unui control represiv *ulterior*, a cărui realizare rămâne în plus la aprecierea autorităților de concurență.

37. După cum rezultă din dispozițiile articolului 21 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004, noțiunea de concentrare în sensul articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004 formează linia de demarcație între cele două subdomenii menționate ale dreptului european al concurenței¹⁸. O interpretare a articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004 în conformitate cu sistemul menționat impune, așadar, ca noțiunea de concentrare să fie interpretată în sensul ca numai modificări veritabile ale structurii pieței să fie supuse controlului european al concentrărilor economice, iar acesta din urmă să nu se aplice în cazul unei simple modificări a comportamentului întreprinderilor pe piață.

38. În consecință, articolul 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004 ar trebui interpretat în sensul că, inclusiv în cazul unei transformări a unei societăți existente într-o societate în comun, se realizează o concentrare economică în sensul articolului 3 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 139/2004 numai atunci când întreprinderea în discuție are funcționalitate deplină. Astfel, numai în acest caz se realizează o modificare a structurii pieței menită să justifice efectuarea unui control al concentrării economice. În schimb, în cazul în care operațiunea în discuție conduce la nașterea unei societăți în comun *fără* funcționalitate deplină, este necesar să se realizeze o coordonare a comportamentului pe piață al celor două societăți-mamă în ceea ce privește colaborarea lor în cadrul societății în comun. O asemenea coordonare a comportamentului pe piață, chiar dacă poate prezenta relevanță din perspectiva articolelor 101 și 102 TFUE, nu ține de controlul european al concentrărilor economice, ci de Regulamentul nr. 1/2003.

39. Bundeskartellanwalt amintește că, în cazul renunțării la un control *ex ante*, în situații precum cea din speță, autoritățile din domeniul concurenței nu mai pot interveni atât de rapid împotriva unei eventuale atingeri aduse dreptului concurenței pe o piață deja deosebit de concentrată. Or, aceasta este consecința necesară a sistemului de punere în aplicare a legislației în materie de concurență, introdus prin Regulamentul nr. 1/2003. Pentru perioada care începe la 1 mai 2004, legiuitorul a

17 Hotărârea din 18 iunie 1998, Comisia/Italia (C-35/96, EU:C:1998:303, punctul 36), Hotărârea din 12 septembrie 2000, Pavlov și alții (C-180/98-C-184/98, EU:C:2000:428, punctul 75), Hotărârea din 10 ianuarie 2006, Cassa di Risparmio di Firenze și alții (C-222/04, EU:C:2006:8, punctul 108), Hotărârea din 1 iulie 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, punctul 22), și Hotărârea din 23 februarie 2016, Comisia/Ungaria (C-179/14, EU:C:2016:108, punctul 149).

18 Practica anterioară care consta în aplicarea sporadică a articolului 85 din Tratatul CE (în prezent articolul 101 TFUE) sau a articolului 86 din Tratatul CE (în prezent articolul 102 TFUE), precum și a normelor procedurale emise în acest scop (în prezent Regulamentul nr. 1/2003) în cazul concentrărilor economice între întreprinderi (a se vedea Hotărârea din 21 februarie 1973, Europemballage și Continental Can/Comisia, 6/72, EU:C:1973:22, și Hotărârea din 17 noiembrie 1987, British American Tobacco și Reynolds Industries/Comisia, 142/84 și 156/84, EU:C:1987:490) a devenit caducă odată cu intrarea în vigoare a unor dispoziții autonome privind controlul european al concentrărilor economice, astfel cum sunt prevăzute în prezent în Regulamentul nr. 139/2004.

renunțat în mod intenționat la notificarea prealabilă a înțelegerilor între întreprinderi, pe de o parte, pentru a angaja mai intens răspunderea operatorilor economici și, pe de altă parte, pentru a elibera resurse în cadrul autorităților de concurență, extinzând astfel spațiul de manevră al acestora în ceea ce privește prioritizarea punerii în aplicare a legislației în materie de concurență. Astfel, în cazul în care, prin intermediul unei interpretări în sens larg a noțiunii de concentrare, s-ar intenționa includerea unui număr mai mare de cazuri în domeniul de aplicare al controlului european al concentrărilor economice, s-ar încălca noua economie a punerii în aplicare a normelor europene de concurență, instituită începând cu data de 1 mai 2004, prin intermediul Regulamentului nr. 139/2004 și al Regulamentului nr. 1/2003. În cadrul priorităților lor în materia punerii în aplicare a legislației în materie de înțelegeri (articolele 101 și 102 TFUE), autoritățile naționale de concurență nu sunt împiedicate nicidecum să acorde o atenție deosebită evenimentelor de pe piețele cu concentrație mare, precum cea din speță. Istoric

40. În sfârșit, nici analiza istoricului articolului 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004 nu conduce la o concluzie diferită.

41. Articolul 3 alineatul (4) din Regulamentul nr. 139/2004 se întemeiază pe Regulamentul (CE) nr. 1310/97¹⁹, prin intermediul căruia, în dispoziția predecesoare a Regulamentului nr. 139/2004, s-a introdus deja o dispoziție cu același conținut.

42. Or, legiuitorul Uniunii intenționa încă de atunci să supună controlului concentrărilor economice modificările de ordin durabil ale structurilor întreprinderilor. Obiectivul declarat al reglementării de atunci, al cărei mod de redactare nu a fost modificat până în prezent și care are putere de lege²⁰, a fost să includă în domeniul de aplicare al controlului european al concentrărilor economice toate *funcțiile depline ale societăților în comun*²¹.

43. În schimb, simple cooperări între întreprinderi, din care rezultă crearea unor societăți în comun, dar nu și o prezență autonomă a acestora pe piață, nu au făcut niciodată obiectul controlului european al concentrărilor economice nici din perspectiva Regulamentului nr. 139/2004, nici în temeiul reglementării care a precedat regulamentul²². Observații finale

44. Așadar, în concluzie, noțiunea de concentrare economică, în sensul articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004, trebuie interpretată în sensul că crearea de societăți în comun – indiferent dacă se ridică problema înființării unor noi întreprinderi sau a transformării unor întreprinderi existente în societăți în comun – se supune controlului european al concentrărilor economice numai atunci când acestea îndeplinesc criteriul funcționalității depline.

45. Or, aspectele aplicabile în cazul unei noi constituiri a unei societăți în comun se aplică cu atât mai mult în cazul transformării unei societăți existente într-o societate comună. Această concluzie este valabilă cu atât mai mult într-un caz precum cel din speță, în care, având în vedere că se urmărește constituirea unei noi societăți comerciale²³, operațiunea în litigiu se apropie oricum foarte mult de o nouă înființare.

19 Regulamentul (CE) nr. 1310/97 al Consiliului din 30 iunie 1997 de modificare a Regulamentului (CEE) nr. 4064/89 al Consiliului privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (JO 1997, L 180, p. 1).

20 Odată cu adoptarea Regulamentului nr. 139/2004, aplicabil în prezent, s-au renumerotat numai dispozițiile aplicabile ale articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004.

21 A se vedea în acest sens considerentul (5) al Regulamentului nr. 1310/97, care are următorul conținut: „Noțiunea de concentrare trebuie definită în sensul că include operațiunile care au ca rezultat modificări de durată asupra controlului întreprinderilor implicate. În cazul special al societăților în comun, este oportun să se includă în sfera de aplicare a Regulamentului (CEE) nr. 4064/89 și a normelor sale de aplicare, toate societățile în comun care îndeplinesc în mod durabil toate funcțiile unei societăți în comun [...]”

22 Potrivit normei inițiale de la articolul 3 alineatul (2) din Regulamentul nr. 4064/89, spre deosebire de societățile în comun *concentrative*, societățile în comun *cooperative* nu erau supuse controlului european al concentrărilor economice.

23 A se vedea în acest sens punctul 13 din prezentele concluzii.

46. Nu putem achiesa la temerea exprimată de Comisie în ședință, potrivit căreia aplicarea în mod consecvent a criteriului funcționalității depline ar putea conduce la un obstacol în calea punerii în aplicare eficiente a controlului european al concentrărilor economice (engleză: „*enforcement gap*”). Dimpotrivă, în opinia noastră, renunțarea la criteriul funcționalității depline în cadrul transformării unor societăți existente în societăți în comun conduce la o diluare a sensului noțiunii de concentrare economică în sensul articolului 3 din Regulamentul nr. 139/2004 și ar putea distrage atenția Comisiei de la operațiunile care prezintă relevanță efectivă pentru structura pieței.

47. De altfel, spre deosebire de Comisie, considerăm că, în cadrul prezentei proceduri, nu este necesar să se precizeze în ce condiții posibila dispariție a unei societăți în comun de pe piață se supune controlului european al concentrărilor economice. Or, prezenta cauză nu se referă la dispariția, ci la constituirea unei noi societăți în comun. În cazul în care o întreprindere este scoasă de pe piață de societățile-mamă, *după* transformarea într-o societate comună – așadar, *după* modificarea structurii controlului asupra acestei întreprinderi, s-ar ridica mai degrabă problema comportamentului societăților-mamă pe piață (articolul 101 sau 102 TFUE) decât problema modificării structurii pieței.

VI. Concluzie

48. Având în vedere cele ce precedă, propunem Curții să se pronunțe cu privire la cererea de decizie preliminară formulată de Oberster Gerichtshof din Austria după cum urmează:

„Trecerea de la un control exclusiv al unui grup de întreprinderi asupra unei întreprinderi existente la un control exercitat de acesta în comun cu un alt grup de întreprinderi, independent de primul, constituie o concentrare în sensul articolului 3 din Regulamentul (CE) nr. 139/2004 numai atunci când această întreprindere îndeplinește în mod durabil toate funcțiile unei entități autonome.”