Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
WAHL
prezentate la 18 ianuarie 2018[1]

Cauza C-633/16

Ernst & Young P/S
împotriva
Konkurrencerådet

[cerere de decizie preliminară formulată de Sø- og Handelsretten (Tribunalul Maritim și Comercial, Danemarca)]

„Concurență – Controlul concentrărilor economice între întreprinderi – Articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul (CE) nr. 139/2004 – Obligația de a suspenda punerea în aplicare a unei concentrări până la declararea compatibilității cu piața comună – Rezilierea unui acord de cooperare de către una dintre întreprinderile participante la concentrare”

1. S-a spus că a te grăbi este același lucru cu a greși. Acest lucru este adevărat mai ales pentru punerea în aplicare prematură a unei concentrări între întreprinderi.

2. Pentru a stabili momentul în care punerea în aplicare a unei concentrări este prematură și, în consecință, greșită, este important faptul de a avea o idee clară asupra domeniului de aplicare al întinderii obligației de a suspenda punerea în aplicare a unei concentrări și a competențelor corespunzătoare ale Comisiei Europene de a stabili punerea în aplicare prematură, în temeiul articolului 7 alineatul (1) din Regulamentul (CE) nr. 139/2004[2], înainte de aprobarea concentrării (denumită în continuare „obligația de suspendare”). Mai important, *cum* trebuie să se stabilească domeniul de aplicare exact al obligației de suspendare?

3. Aceste probleme succinte, dar importante, care sunt ridicate în prezenta procedură au rămas până acum fără răspuns în jurisprudența Curții.

4. Pentru a se pronunța asupra acestor probleme, Curtea va trebui să analizeze dacă obiectivul de a asigura aplicarea efectivă a controlului *ex ante* al concentrărilor face necesară extinderea obligației de suspendare dincolo de domeniul de aplicare material al normelor privind concentrările, astfel cum acesta este prevăzut în Regulamentul nr. 139/2004.

5. În cele ce urmează, vom explica de ce considerăm că domeniul de aplicare al obligației de suspendare trebuie să fie clar delimitat și de ce acest lucru este realizat cel mai bine prin recurgerea la o definiție negativă, și anume prin definirea a ceea ce se află în afara domeniului de aplicare al articolului 7 alineatul (1) din Regulamentul 139/2004.

1 Limba originală: engleza.

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

I. Cadrul juridic

A. Regulamentul nr. 139/2004

6. În temeiul alineatului (1) al articolului 1 din Regulamentul nr. 139/2004 (intitulat „Sfera de aplicare"), „prezentul regulament se aplică tuturor concentrărilor cu dimensiune [la nivelul Uniunii]".

7. Articolul 3 din Regulamentul nr. 139/2004 (intitulat „Definiția concentrării") prevede:

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

(a) fuzionării a două sau mai multe întreprinderi independente anterior sau părți ale unor întreprinderi sau

(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.

(2) Controlul decurge din drepturi, contracte sau orice alte mijloace care, fie separat sau combinate și având în vedere considerentele de drept sau de fapt relevante, conferă posibilitatea exercitării unei influențe decisive asupra unei întreprinderi, în special prin:

(a) dreptul de proprietate sau dreptul de folosință integrală sau parțială asupra activelor unei întreprinderi;

(b) drepturi sau contracte care conferă o influență decisivă asupra structurii, voturilor sau deciziilor organelor unei întreprinderi.

(3) Controlul este dobândit de persoane sau întreprinderi care:

(a) sunt titulare ale drepturilor sau beneficiare ale drepturilor în baza contractelor în cauză sau

(b) deși nu sunt titularele acestor drepturi sau beneficiare ale drepturilor în baza acestor contracte, au puterea de a exercita drepturile care decurg din acestea.

[…]"

8. Alineatul (1) al articolului 4 din Regulamentul nr. 139/2004 (intitulat „Notificarea prealabilă a concentrărilor și trimiterea prealabilă notificării la cererea părților care fac notificarea") prevede:

„Concentrările care au dimensiune [la nivelul Uniunii] definite în prezentul regulament trebuie notificate Comisiei înainte de punerea în aplicare și după încheierea acordului, anunțarea ofertei publice sau după preluarea pachetului de control.

Notificarea poate fi efectuată și în cazurile în care întreprinderile implicate demonstrează Comisiei intenția de bună-credință de a încheia un acord sau, în cazul unei oferte publice, în cazul în care și-au anunțat public intenția de a face o astfel de ofertă, cu condiția ca acordul sau oferta planificată să aibă ca rezultat o concentrare cu dimensiune [la nivelul Uniunii].

În sensul prezentului regulament, termenul «concentrare notificată» include, de asemenea, concentrările planificate, notificate în conformitate cu al doilea paragraf. În sensul alineatelor (4) și (5) din prezentul articol, termenul «concentrare» include concentrările planificate în sensul celui de-al doilea paragraf."

9. Articolul 7 din Regulamentul nr. 139/2004 (intitulat „Suspendarea concentrărilor") prevede:

„(1) O concentrare cu dimensiune [la nivelul Uniunii] astfel cum este definită la articolul 1 […] nu se pune în aplicare nici înainte de notificare și nici înainte de a fi declarată compatibilă cu piața comună […]

[…]

(3) Comisia poate acorda, la cerere, o derogare de la obligațiile impuse la alineatul (1) sau (2). Cererea pentru acordarea unei derogări trebuie justificată. La adoptarea unei decizii privind cererea, Comisia ia în considerare, *inter alia*, efectele suspendării asupra uneia sau mai multor întreprinderi implicate în concentrare sau asupra unei terțe părți și amenințarea reprezentată de concentrare asupra concurenței. O astfel de derogare poate fi acordată sub rezerva îndeplinirii unor condiții și obligații destinate asigurării unor condiții de concurență efectivă. O derogare poate fi solicitată și acordată în orice moment, înainte de notificare sau după operațiune.

[…]"

10. În temeiul articolului 8 din Regulamentul nr. 139/2004 (intitulat „Competențele de decizie ale Comisiei"):

„[…]

(4) În cazul în care Comisia constată că o concentrare:

(a) a fost deja pusă în aplicare și că acea concentrare a fost declarată incompatibilă cu piața comună sau

(b) a fost pusă în aplicare cu încălcarea unei condiții incluse într-o decizie […],

Comisia poate:

– să solicite întreprinderilor implicate să dizolve concentrarea, în special prin dizolvarea fuziunii sau prin cesionarea tuturor acțiunilor sau activelor dobândite, astfel încât să se restabilească situația existentă anterior punerii în aplicare a concentrării; în cazurile în care prin dizolvarea concentrării nu este posibilă restabilirea situației existente anterior punerii în aplicare a concentrării, Comisia poate adopta orice altă măsură adecvată pentru a restabili, în măsura posibilului, situația anterioară;

– să dispună orice altă măsură adecvată pentru a se asigura că întreprinderile implicate dizolvă concentrarea sau iau măsurile de restabilire a situației prevăzute în decizia sa.

[…]

(5) Comisia poate adopta măsuri interimare adecvate pentru restabilirea sau menținerea condițiilor de concurență efectivă în cazul în care o concentrare:

(a) a fost pusă în aplicare cu încălcarea articolului 7 și nu a fost încă adoptată o decizie privind compatibilitatea concentrării cu piața comună;

[…]

(c) a fost deja pusă în aplicare și este declarată incompatibilă cu piața comună.

[…]”

B. Dreptul național

11. Articolul 12c din Konkurrenceloven[3] (Legea privind concurența) prevede:

„1 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (Autoritatea pentru Concurență și Consumatori, denumită în continuare «KFST») decide dacă o concentrare poate fi aprobată sau interzisă.

2 Concentrările care nu împiedică în mod semnificativ concurența efectivă, în special din cauza creării sau consolidării unei poziții dominante, vor fi autorizate. Concentrările care împiedică în mod semnificativ concurența efectivă, în special din cauza creării sau consolidării unei poziții dominante, vor fi interzise.

[…]

5 Concentrările care fac obiectul dispozițiilor prezentei legi nu vor fi puse în aplicare nici înainte de notificarea lor, nici până la aprobarea lor de către [KFST] în temeiul alineatului (1) de mai sus […]

[…]”

12. Potrivit deciziei de trimitere, considerentele explicative care însoțesc modificarea legislativă care a stat la originea articolului 12c precizează că dispozițiile daneze privind controlul concentrărilor se bazează pe dispozițiile Regulamentului nr. 139/2004 și trebuie interpretate în consecință, atât în ceea ce privește definiția, cât și sfera noțiunii „concentrare” și a obligației de suspendare.

II. Situația de fapt, procedura și întrebările preliminare

13. Prin acordul încheiat la 18 noiembrie 2013 (denumit în continuare „acordul de concentrare”) între KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab, și KPMG Ejendomme Flintholm K/S (aceste entități juridice sunt denumite în continuare împreună „KPMG DK”), pe de o parte, și Ernst & Young P/S, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Ernst & Young Global Limited și EYGS LLP (denumite în continuare împreună „EY”), pe de altă parte, KPMG DK și EY au hotărât să fuzioneze.

14. La momentul încheierii acordului de concentrare, atât KPMG DK, cât și EY erau firme de audit active pe piața daneză în domeniul serviciilor de audit și de contabilitate. KPMG DK era membră a unei rețele internaționale de firme de audit independente, KPMG International Cooperative (denumită în continuare „KPMG International”), în temeiul unui acord de cooperare semnat la 15 februarie 2010 (denumit în continuare „acordul de cooperare”).

3 Lovbekendtgørelse nr. 869 af 8. juli 2015, Lovtidende 2015 A (Legea consolidată nr. 869 din 8 iulie 2015).

15. Acordul de cooperare acorda participanților dreptul exclusiv de a fi incluși în rețeaua KPMG la nivel național și de a utiliza mărcile KPMG International în scopuri comerciale. De asemenea, acordul de cooperare conținea dispoziții care priveau repartizarea clienților, obligația de servire a clienților de pe alte teritorii și compensația anuală pentru participarea la cooperare. Acordul de cooperare presupunea că firmele care participă la rețeaua KPMG nu trebuie în niciun moment să participe la un parteneriat/asociere în participațiune sau altele asemenea.

16. Potrivit acordului de concentrare, KPMG DK urma să rezilieze acordul său cu KPMG International imediat după semnarea celui dintâi, astfel încât să poată renunța la cooperarea sa cu rețeaua KPMG International, pentru a fuziona în schimb cu EY și a face parte din grupul EY.

17. Nu se contestă faptul că acordul de concentrare era supus notificării, întrucât EY urma să dobândească controlul asupra KPMG DK, iar cifra de afaceri a întreprinderilor implicate a depășit pragurile cantitative prevăzute de legea daneză privind concurența.

18. După semnarea acordului de concentrare cu EY la 18 noiembrie 2013, KPMG DK a reziliat acordul de cooperare cu efect de la 30 septembrie 2014, mai întâi informând-ul, în avans, printr-un apel telefonic, pe președintele consiliului de administrație al KPMG International și ulterior prin scrisoarea din 18 noiembrie 2013 către KPMG International. Rezilierea efectivă a acordului de cooperare nu era în sine supusă aprobării autorităților competente în domeniul concurenței.

19. Încheierea acordul de concentrare a fost făcută publică la 19 noiembrie 2013. De la această dată până la aprobarea concentrării au avut loc o serie de evenimente.

20. La 20 noiembrie 2013, KPMG International a anunțat intenția sa de a rămâne pe piața daneză, într-un articol publicat în ziarul online Business.dk. KPMG International a ales să creeze o nouă întreprindere de audit în Danemarca. De asemenea, aceasta a încheiat un acord de cooperare cu o firmă de consultanță fiscală, în ciuda faptului că acordul său de cooperare cu KPMG DK era încă în vigoare, iar cooperarea a continuat la fel ca înainte și în pofida notificării rezilierii.

21. În plus, unii clienți auditați ai KPMG DK, inclusiv doi dintre cei mai mari, grupurile Carlsberg și Maersk, au decis să recomande în cadrul adunărilor lor generale schimbarea auditorilor, astfel încât KPMG International să fie auditorul lor pentru exercițiul contabil 2014. În mod similar, alte societăți au decis să schimbe KPMG DK cu alte firme de audit în această perioadă. În majoritatea cazurilor, adunările generale ordinare au loc la începutul primăverii, întrucât în general societățile adoptă anul calendaristic ca exercițiu contabil și dat fiind că, potrivit dreptului danez al societăților comerciale, auditorul trebuie să fie stabilit în cadrul adunării generale ordinare.

22. KPMG DK și EY au inițiat procedura de notificare prealabilă imediat după comunicarea acordului de concentrare, în vederea obținerii aprobării pentru concentrare, primele discuții exploratorii cu KFST având loc la 21 noiembrie 2013.

23. Primul proiect de notificare a fost trimis către KFST la 13 decembrie 2013, notificarea a fost realizată la 7 februarie 2014, iar concentrarea a fost aprobată cu acordul Konkurrencerådet (Consiliul Concurenței) prin decizia din 28 mai 2014. După aprobarea concentrării de către Consiliul Concurenței, KPMG DK și KPMG International au convenit să pună capăt cooperării lor, cu efect de la 30 iunie 2014.

24. La 17 decembrie 2014, Consiliul Concurenței a adoptat o decizie prin care a constatat că KPMG DK a încălcat obligația de suspendare prevăzută la articolul 12c alineatul 5 din Legea privind concurența, prin notificarea rezilierii acordului de cooperare cu KPMG International la 18 noiembrie 2013, în conformitate cu condițiile stipulate în acordul de concentrare, înainte de aprobarea concentrării de către Consiliul Concurenței (denumită în continuare „decizia atacată”).

25. Decizia atacată se întemeiază pe aprecierea de ansamblu a circumstanțelor cauzei de către KFST. Cu toate acestea, KFST a pus accentul în special pe faptul că rezilierea acordului (i) a fost specifică concentrării, (ii) a fost ireversibilă și (iii) a fost de natură să producă efecte pe piață în perioada dintre notificarea rezilierii și aprobarea concentrării, deși aceste trei elemente au fost declarate ca nefiind exhaustive.

26. În legătură cu posibilitatea producerii unor efecte pe piață, decizia atacată a precizat că efectele asupra pieței constatate puteau avea diferite cauze, inclusiv faptul că nu a fost posibilă stabilirea contextului reacțiilor de pe piață în mod concret, dar că, întrucât, în opinia Consiliului Concurenței, rezilierea în sine a avut un potențial inerent de a produce efecte pe piață și putea fi astfel calificată ca fiind o acțiune de punere în aplicare a concentrării, nu era necesară demonstrarea unor efecte reale ale rezilierii.

27. Nefiind de acord cu decizia atacată, la 1 iunie 2015, Ernst & Young P/S (denumită în continuare „Ernst & Young") a introdus o acțiune în fața instanței de trimitere, solicitând anularea acesteia. În această privință, instanța de trimitere afirmă că rezultatul procedurii principale este relevant pentru chestiunea impunerii unor posibile amenzi, întrucât la 11 iunie 2015 cauza a fost trimisă de KFST la Statsanklager for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (Procurorul Public pentru Infracțiuni Economice Grave și Criminalitate Internațională), în vederea examinării sale din perspectiva prevederilor de drept penal.

28. Având îndoieli cu privire la interpretarea corectă a articolului 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004, pentru a putea interpreta în consecință articolul 12c alineatul 5 din Legea privind concurența, instanța de trimitere a decis să suspende judecarea cauzei și să adreseze următoarele întrebări Curții, în vederea pronunțării unei hotărâri preliminare:

„1) Potrivit căror criterii trebuie să se aprecieze dacă conduita sau acțiunile unei întreprinderi intră sub incidența interdicției prevăzute la articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004 ([obligația de suspendare])? Acțiunea de punere în aplicare în sensul articolului 7 alineatul (1) presupune ca acțiunea, în tot sau în parte, în fapt sau în drept, să fie un element constitutiv al schimbării efective a controlului sau al fuziunii activităților care continuă să fie desfășurate de întreprinderile participante și care – cu condiția atingerii pragurilor cantitative – generează obligația de notificare?

2) Rezilierea unui acord de cooperare precum cel din prezenta cauză, care este anunțată în împrejurări corespunzătoare celor prezentate în decizia de trimitere, poate să constituie o acțiune de punere în aplicare care intră sub incidența interdicției prevăzute la articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004 și care sunt criteriile care trebuie să fie aplicate în acest caz pentru luarea unei decizii?

3) Prezintă vreo relevanță pentru răspunsul la a doua întrebare aspectul dacă rezilierea a generat în mod real pe piață efecte relevante din perspectiva dreptului concurenței?

4) În cazul unui răspuns afirmativ la a treia întrebare, se solicită clarificări privind criteriile și gradul de probabilitate care trebuie să fie utilizate pentru a decide în speță dacă rezilierea a generat asemenea efecte pe piață, în special importanța posibilității de a atribui aceste efecte altor cauze."

29. Ernst & Young, guvernul danez și Comisia au depus observații în cadrul procedurii. Acestea au prezentat și argumente orale în ședința care a avut loc la 15 noiembrie 2017.

III. Analiză

A. Cu privire la competența Curții

30. În observațiile sale scrise, Comisia ridică problema dacă Curtea are competența să interpreteze întrebările adresate, deși articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004 nu reglementează direct situația în discuție în procedura principală. Mai precis, Comisia ridică problema dacă trimiterea la acest regulament în lucrările pregătitoare aferente legislației naționale este suficientă pentru a conferi competență în temeiul articolului 267 TFUE.

31. Într-o lungă linie jurisprudențială care decurge din Hotărârea Dzodzi[4], Curtea a statuat că, pentru evitarea unor viitoare divergențe de interpretare, dispozițiile sau noțiunile preluate din dreptul Uniunii trebuie să primească o interpretare uniformă, indiferent de condițiile în care acestea urmează să fie aplicate. Această abordare a fost recent confirmată de Curte în cauza Allianz Hungária Biztosító și alții[5]. În consecință, Curtea are competența să pronunțe hotărâri preliminare cu privire la chestiuni legate de dreptul Uniunii în cazuri în care situația de fapt din cauza principală cu care este sesizată o instanță națională se situa în afara domeniului de aplicare directă al dreptului Uniunii, însă legiuitorul național a ales să aplice un tratament identic situațiilor interne și situațiilor reglementate de dreptul Uniunii[6].

32. În concluzie, Curtea are, în consecință, competența să răspundă la întrebările preliminare adresate de Sø- og Handelsretten (Tribunalul Maritim și Comercial, Danemarca).

B. Cu privire la fond

1. Observații introductive

33. Fără a aduce atingere necesității notificării prealabile a concentrărilor, am dori să atragem atenția că în multe legislații nu există nicio obligație (națională) de suspendare. De exemplu, în Uniunea Europeană, acesta pare să fie cazul în Italia[7], în Letonia[8] și în Regatul Unit (unde notificarea este, în plus, descrisă ca fiind „voluntară”)[9].

34. La nivelul Uniunii, regulamentul inițial privind controlul concentrărilor prevedea doar o obligație de suspendare de trei săptămâni, ulterior notificării concentrării. Această obligație putea fi prelungită prin decizia Comisiei[10].

4 Hotărârea Curții din 18 octombrie 1990, Dzodzi (C-297/88 și C-197/89, EU:C:1990:360, punctele 36-43). A se vedea de asemenea în special Hotărârea Curții din 17 iulie 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, punctul 34), Hotărârea Curții din 11 ianuarie 2001, Kofisa Italia (C-1/99, EU:C:2001:10, punctul 32), Hotărârea Curții din 14 decembrie 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, punctul 19), și Hotărârea Curții din 15 ianuarie 2002, Andersen og Jensen (C-43/00, EU:C:2002:15, punctul 18).

5 A se vedea Hotărârea din 14 martie 2013, Allianz Hungária Biztosító și alții (C-32/11, EU:C:2013:160, punctul 20 și jurisprudența citată).

6 A se vedea în acest sens Hotărârea din 14 martie 2013, Allianz Hungária Biztosító și alții (C-32/11, EU:C:2013:160, punctele 20 și 21).

7 A se vedea articolul 17 din Legge 10 ottobre 1990, n. 287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Legea nr. 287 din 10 octombrie 1990 de adoptare a dispozițiilor privind protecția concurenței și a pieței, GURI nr. 240 din 13 octombrie 1990, p. 3).

8 A se vedea articolele 15-17 din Konkurences likums (Legea concurenței) din 4 octombrie 2001 (Latvijas Vēstnesis, 2001, nr. 151).

9 A se vedea articolul 96 alineatul (1) din Enterprise Act 2002 (Legea din 2002 privind întreprinderile) și „Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure”, Competition and Markets Authority, Regatul Unit, ianuarie 2014 [disponibilă prin accesarea paginii internet https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2__Mergers__Guidance.pdf (ultima accesare la 1 decembrie 2017)], punctele 6.1 și 6.2 și nota de subsol nr. 298.

10 A se vedea articolul 7 alineatele (1) și (2) din Regulamentul (CEE) nr. 4064/89 al Consiliului din 21 decembrie 1989 privind controlul operațiunilor de concentrare economică între întreprinderi (JO 1989, L 395, p. 1; republicare integrală ca urmare a rectificărilor, JO 1990, L 257, p. 13).

35. Acest lucru arată că, deși obligația de suspendare ar putea fi utilă, pare excesivă calificarea acesteia ca un instrument indispensabil pentru controlul concentrărilor, astfel cum procedează Comisia. Funcția sa este numai de a descuraja întreprinderile să pună în aplicare concentrările în mod prematur, în așteptarea evaluării din partea autorităților competente, și să reducă riscul ca o concentrare să fie desființată în cazul în care nu este aprobată. Altfel spus, obligația de suspendare atribuie în esență întreprinderilor în cauză sarcina financiară asociată cu amânarea concentrării până la finalizarea examinării autorității de concurență, precum și riscul financiar asociat dizolvării sale potențial necesare în cazul punerii în aplicare premature ilegale.

36. Aceste caracteristici trebuie să fie avute în vedere la examinarea limitelor obligației de suspendare, în temeiul Regulamentului nr. 139/2004. Astfel, în conformitate cu normele Uniunii privind concentrările, relația dintre reglementările *ex ante* și *ex post* ale concentrărilor, astfel cum sunt reprezentate de articolul 7 și articolul 8 din Regulamentul nr. 139/2004, nu a fost clarificată încă pe deplin de către Curte.

37. În ceea ce privește evaluarea întrebărilor preliminare, acestea pot fi tratate două câte două. Pe de o parte, în ceea ce privește prima și a doua întrebare preliminară, ambele se referă la domeniul de aplicare al obligației de suspendare și la modul în care acesta ar trebui să fie determinată (a doua întrebare preliminară vizând în mod special problema dacă obligația a luat naștere în procedura principală). Pe de altă parte, a treia și a patra întrebare preliminară sunt mai specifice. Ambele se concentrează asupra relevanței în ceea ce privește obligația de suspendare a oricăror posibile efecte asupra pieței, inclusiv criteriile care pot fi utilizate pentru a indica un astfel de efect și pragul probatoriu care trebuie îndeplinit în acest sens de către autoritatea competentă în domeniul concurenței atunci când investighează o posibilă încălcare a acestei obligații.

2. Cu privire la prima și la a doua întrebare preliminară

38. Prin intermediul primelor două întrebări, instanța de trimitere solicită Curții, în esență, să clarifice domeniul de aplicare al obligației de suspendare prevăzute la articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004 și circumstanțele în care acțiunile întreprinderilor intră sub incidența acestei dispoziții. În mod special, instanța de trimitere solicită îndrumări privind modul de determinare a domeniului de aplicare al obligației de suspendare, făcând trimitere la criteriile specifice utilizate de autoritatea daneză competentă în domeniul concurenței în decizia de constatare a încălcării în cauză în procedura principală.

a) Observațiile intervenienților în procedura trimiterii preliminare

39. Pe de o parte, în opinia Ernst & Young, normele privind controlul concentrărilor, în special obligația de suspendare, se aplică numai subcategoriei de măsuri care fac parte dintr-o concentrare supusă obligației de notificare. Posibilele efecte asupra concurenței ale măsurilor care nu intră sub incidența obligației de suspendare trebuie, în schimb, evaluate în temeiul articolelor 101 și 102 TFUE. Referindu-se la Hotărârea Tribunalului Aer Lingus Group/Comisia[11], Ernst & Young susține că noțiunea „concentrare" reprezintă piatra de temelie a competenței Comisiei în temeiul normelor privind controlul concentrărilor, în consecință, obligația de suspendare nu poate avea un domeniu de aplicare diferit sau care să depășească sfera acestei noțiuni. Toate măsurile care intră sub incidența obligației de suspendare se referă, în opinia Ernst & Young, la un transfer de control.

11 Hotărârea din 6 iulie 2010 (T-411/07, EU:T:2010:281, punctele 62 și 65). De asemenea, se face trimitere la Hotărârea din 12 decembrie 2012, Electrabel/Comisia (T-332/09, EU:T:2012:672, punctul 42).

40. Pe de altă parte, făcând trimitere la Hotărârea Tribunalului Electrabel/Comisia[12], guvernul danez și Comisia subliniază sistemul de control *ex ante* prevăzut de reglementările privind concentrările și faptul că, în cazul în care o concentrare este refuzată, se poate dovedi imposibilă restabilirea situației existente înainte de punerea în aplicare.

41. În special, guvernul danez susține că obligația de suspendare nu poate fi limitată la măsuri care, în sine, implică o schimbare efectivă a controlului sau o fuziune a activităților părților, ci trebuie să includă orice măsuri care, având în vedere circumstanțele, sunt susceptibile să restrângă sau să facă mai dificil controlul *ex ante* al concentrărilor. Cu toate acestea, guvernul respectiv consideră că etapele pregătitoare interne ar trebui excluse din domeniul de aplicare al obligației de suspendare, dacă acestea sunt irelevante pentru aprobarea de către autoritățile competente în domeniul concurenței a concentrării și nu sunt susceptibile să producă în alt mod efecte structurale pe piață.

42. În mod similar, Comisia, făcând trimitere la considerentul (34) din Regulamentul nr. 139/2004[13], susține că nu este o condiție prealabilă, pentru ca o măsură să fie considerată ca fiind o măsură de punere în aplicare a unei concentrări în sensul articolului 7 alineatul (1) din acest regulament, ca măsura în cauză să facă parte, în tot sau în parte, în drept sau în fapt, din procesul care conduce la schimbarea efectivă a controlului. Comisia apreciază că o punere în aplicare parțială a unei concentrări poate rezulta între altele, din măsuri care (i) constau în etape pregătitoare ale unei proceduri care conduce la o schimbare a controlului, care (ii) permit părții care dobândește controlul să obțină influență asupra structurii sau asupra comportamentului pe piață al întreprinderii țintă sau care (iii) anticipează în alt mod efectele concentrării sau afectează în mod semnificativ situația concurențială existentă.

b) Observații preliminare

43. După cunoștințele noastre, până în prezent Curtea nu s-a pronunțat în mod expres cu privire la domeniul de aplicare al obligației de suspendare prevăzute la articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul 139/2004 și, în consecință, nici asupra competențelor Comisiei de a monitoriza respectarea acesteia. Acest lucru este demn de remarcat, întrucât amenzile impuse recent de Comisie nu au fost în niciun caz nesemnificative[14]. Această lipsă a controlului jurisdicțional pare să fi permis Comisiei să își continue în mod nesupravegheat activitățile de reglementare. De asemenea, în prezenta cauză Comisia propune să nu fie stabilite niciun fel de criterii de delimitare a competențelor sale de monitorizare.

44. În general, suntem de acord cu Comisia că nu ar fi eficientă stabilirea în detaliu de către Curte a unei liste generale și exhaustive de criterii, în scopul de a acoperi toate măsurile posibile care ar putea intra eventual sub incidența obligației de suspendare. Definirea în acest mod, în termeni pozitivi, a obligației de suspendare ar risca să excludă anumite măsuri, aducând astfel atingere, potențial, soluționării unor cauze viitoare, în detrimentul atât al activității Comisiei ca autoritate de

12 Hotărârea din 12 decembrie 2012 (T-332/09, EU:T:2012:672, punctele 245-247). Recurs respins prin Hotărârea din 3 iulie 2014, Electrabel/Comisia (C-84/13 P, nepublicată, EU:C:2014:2040).

13 Considerentul (34) al Regulamentului nr. 139/2004 enunță: „Pentru asigurarea unui control efectiv, întreprinderile ar trebui să aibă obligația de a notifica în prealabil concentrările cu dimensiune [la nivelul Uniunii] imediat după încheierea acordului, anunțarea ofertei publice sau achiziționarea pachetului de control. […] Punerea în aplicare a concentrărilor ar trebui suspendată până la adoptarea unei decizii finale de către Comisie. Totuși, dacă este cazul, ar trebui să fie posibilă acordarea unei derogări de la această suspendare la cererea întreprinderilor implicate. Atunci când decide dacă să acorde sau nu o derogare, Comisia ar trebui să ia în considerare toți factorii relevanți, cum ar fi natura și gravitatea daunelor suferite de întreprinderile implicate sau de terțele părți și amenințarea ridicată de concentrare asupra concurenței. Pentru asigurarea certitudinii juridice, validitatea operațiunilor ar trebui totuși protejată atât cât este necesar."

14 În cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 12 decembrie 2012, Electrabel/Comisia (T-332/09, EU:T:2012:672), Comisia a impus o amendă de 20 000 000 de euro pentru încălcarea obligației de suspendare. În recurs, Curtea nu a luat în considerare existența unei încălcări (a se vedea Hotărârea din 3 iulie 2014, Electrabel/Comisia, C-84/13 P, nepublicată, EU:C:2014:2040). În cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 26 octombrie 2017, Marine Harvest/Comisia (T-704/14, EU:T:2017:753) (recurs pendinte în fața Curții de Justiție, C-10/18 P), Comisia a impus întreprinderii reclamante o amendă de 10 000 000 de euro pentru încălcarea acestei obligații [în plus față de o amendă de 10 000 000 EUR pentru încălcarea articolului 4 alineatul (1) din Regulamentul 139/2004].

reglementare, cât și al examinării de către Curte a acestei activități. Astfel, dacă Curtea ar aproba utilizarea anumitor criterii pentru a delimita în mod pozitiv domeniul de aplicare al obligației de suspendare, ar putea chiar să restrângă domeniul de aplicare al obligației menționate, dacă respectivele criterii ar urma să fie aplicate în mod sistematic și ca factor determinant *a priori*.

45. Mai curând, trebuie preferată o definiție negativă a obligației de suspendare. Acest lucru reclamă din partea Curții furnizarea unei definiții a acelor măsuri care nu vor intra sub incidența obligației, creându-se astfel o securitate juridică sporită pentru întreprinderile în cauză și menținându-se în același timp flexibilitatea necesară pentru un control efectiv al concentrărilor.

46. Înainte de a continua să detaliem acest aspect, vom ilustra mai întâi motivul pentru care criteriile propuse de instanța de trimitere nu sunt adecvate pentru delimitarea domeniului de aplicare al obligației de suspendare, întrucât toate cele trei criterii sugerate prezintă defecte inerente. Într-o analiză ulterioară, vom enumera considerentele de care trebuie să se țină seama în delimitarea domeniului de aplicare al obligației de suspendare.

c) Cele trei criterii din decizia națională

47. Instanța de trimitere a prezentat trei criterii, utilizate de autoritatea daneză competentă în domeniul concurenței în decizia în discuție în procedura principală, în scopul de a clarifica ce tipuri de măsuri vor intra sub incidența obligației de suspendare. În consecință, măsura în cauză trebuie (i) să fie specifică concentrării, (ii) să fie ireversibilă și (iii) să fie de natură să producă efecte pe piață.

48. *Caracterul specific concentrării* este o condiție prealabilă, iar nu un criteriu de aplicare al obligației de suspendare. În consecință, recurgerea la acest factor este nu doar legală. Ea este obligatorie[15].

49. Un criteriu constând în caracterul specific concentrării ar putea facilita excluderea anumitor măsuri care, în mod evident, nu au nicio legătură cu punerea în aplicare a unei concentrări. În realitate totuși, acesta nu oferă nicio valoare adăugată, deoarece în lipsa acestuia competențele Comisiei în temeiul Regulamentului nr. 139/2004 nu s-ar aplica[16].

50. În al doilea rând, nu ni se pare relevant pentru obligația de suspendare aspectul dacă măsura despre care se pretinde că pune în aplicare prematur o concentrare este *ireversibilă*. A acorda importanță ireversibilității în sine a măsurii nu numai că ar implica, în situația supusă analizei, o speculație cu privire la posibilitatea KPMG DK de a-și reînnoi legăturile cu KPMG International, ci ar și deconecta obligația de suspendare de ceea ce aceasta caută să suspende temporar, și anume concentrarea.

51. Mai important, în temeiul articolului 8 alineatul (5) literele (a) și (c) din Regulamentul nr. 139/2004, Comisia poate dispune desființarea măsurilor care pun în aplicare în mod prematur o concentrare. Ar părea contradictorie deținerea de către Comisie a acestei competențe dacă aplicarea obligației de suspendare ar depinde de ireversibilitatea unei măsuri.

15 Astfel, după cum a constatat Comisia, există o legătură între caracterul specific concentrării și aspectul dacă, după cum se precizează în ultima parte a primei întrebări preliminare, acțiunea de punere în aplicare este un element constitutiv al schimbării efective a controlului sau al concentrării activităților întreprinderilor implicate. Ambele se referă la noțiunea „concentrare”, asupra căreia vom reveni mai jos.

16 A se vedea articolul 1 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004.

52. Mai curând, ireversibilitatea unei măsuri poate constitui un factor relevant pentru autoritatea competentă în domeniul concurenței atunci când examinează o cerere de derogare de la obligația de suspendare, în temeiul articolului 7 alineatul (3) din Regulamentul nr. 139/2004[17].

53. În sfârșit, în ceea ce privește *potențialul de a produce efecte pe piață*, considerăm că și acest criteriu este lipsit de valoare în determinarea domeniului de aplicare al obligației de suspendare.

54. Astfel, în primul rând, măsurile comerciale aproape invariabil au un anumit efect asupra pieței. Dacă un simplu potențial de a produce efecte asupra pieței ar fi suficient pentru a declanșa obligația de suspendare, acest criteriu ar fi îndeplinit aproape în mod sistematic, și ar fi, prin urmare, un criteriu superfluu. Invers, dacă criteriul propus ar fi, în schimb, unul al efectelor reale asupra pieței, domeniul de aplicare al obligației de suspendare ar putea fi prea restrâns.

55. În al doilea rând, un criteriu privind efectele asupra pieței s-ar suprapune în esență cu fondul cererii de aprobare a concentrării. Dacă un astfel de criteriu ar fi relevant, în realitate acesta ar face ca obligația de suspendare să amintească de un tip de procedură automată de suspendare, întemeiată pe aspectul dacă măsura despre care se pretinde că pune în aplicare o concentrare ar putea avea un efect asupra pieței. O astfel de abordare ar risca să permită obligației de suspendare să anticipeze evaluarea compatibilității concentrării cu piața comună. De asemenea, ar face superfluă competența Comisiei, prevăzută la articolul 8 alineatul (5) din Regulamentul nr. 139/2004, de a lua măsurile provizorii adecvate pentru restabilirea sau pentru menținerea condițiilor de concurență efectivă, în cazul în care obligația de suspendare a fost încălcată.

56. În ultimul rând, a face obligația de suspendare dependentă de un (potențial) efect asupra pieței ar însemna să nu se țină seama de complexitatea unei astfel de evaluări economice, care nu poate fi efectuată cu certitudine de către întreprinderi. Acesta este motivul pentru care articolul 7 alineatul (3) din Regulamentul nr. 139/2004 autorizează Comisia să acorde derogări de la obligația de suspendare în cazul în care amenințarea reprezentată de măsura în cauză pentru concurență nu este gravă.

57. În concluzie, niciunul dintre criteriile sugerate nu pare să fie util în determinarea domeniului de aplicare al obligației de suspendare. Astfel, toate cele trei criterii prezentate de instanța de trimitere reprezintă exemple bune de motive pentru care Curtea nu ar trebui să se implice într-o enumerare pozitivă a criteriilor relevante care conduc la o încălcare a obligației de suspendare.

58. În cele ce urmează, vom dezvolta motivele pentru care o definiție negativă este mai adecvată pentru a delimita domeniul de aplicare al obligației prevăzute la articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004.

d) Domeniul de aplicare al obligației de suspendare prevăzute la articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004

59. În temeiul articolului 1 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004, acest regulament, inclusiv obligația de a suspenda o operațiune de concentrare prevăzută la articolul 7 alineatul (1) din acesta, se aplică concentrărilor cu dimensiune la nivelul Uniunii (sau, în cazul legislației naționale care reflectă acest regulament, concentrărilor care ating pragul aplicabil). În timp ce problema dacă o concentrare are dimensiune la nivelul Uniunii își găsește un răspuns la articolul 1 alineatul (2) din regulament, noțiunea „concentrare” este reglementată la articolul 3.

17 În această privință, astfel cum rezultă din considerentul (34) al Regulamentului nr. 139/2004, „[a]tunci când decide dacă să acorde sau nu o derogare, Comisia ar trebui să ia în considerare toți factorii relevanți, cum ar fi natura și gravitatea daunelor suferite de întreprinderile implicate sau de terțele părți *și amenințarea ridicată de concentrare asupra concurenței*. Pentru asigurarea certitudinii juridice, validitatea operațiunilor ar trebui totuși protejată atât cât este necesar” (sublinierea noastră).

60. În mod concret, o concentrare presupune, în temeiul articolului 3 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004, „modificarea de durată a controlului" care rezultă dintr-o fuziune sau dintr-o preluare. „Controlul" în sine decurge, conform articolului 3 alineatul (2) din regulament, „din drepturi, contracte sau orice alte mijloace care, fie separat sau combinate și având în vedere considerentele de drept sau de fapt relevante, conferă posibilitatea exercitării unei influențe decisive asupra unei întreprinderi". În plus, în temeiul articolului 3 alineatul (3) din regulament, „controlul" este ceva care este „dobândit". În sfârșit, în special în ceea ce privește achizițiile, potrivit articolului 3 alineatul (1) litera (b), controlul poate fi „direct sau indirect".

61. Articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004 se referă, la rândul său, la o „concentrare" cu dimensiune la nivelul Uniunii, astfel cum este definită aceasta la articolul 1 din regulament, care nu poate fi „pusă în aplicare" înainte de notificarea sa ori înainte să fie aprobată.

62. În consecință, noțiunea „concentrare" este crucială pentru obligația de suspendare. Această noțiune sau, în termeni mai cuprinzători, dobândirea posibilității de a exercita o influență decisivă asupra unei întreprinderi (țintă) este cea care dă naștere acestei obligații [18]. În consecință, măsurile *care precedă* o concentrare nu trebuie să intre în domeniul de aplicare al obligației de suspendare.

63. În același timp, astfel cum a afirmat Comisia, obligația de suspendare trebuie să acopere atât punerea în aplicare *parțială*, cât și cea integrală a unei concentrări. În timp ce obligația nu se poate aplica doar măsurilor pregătitoare interne care precedă o concentrare [19], măsurile care sunt intrinseci unei concentrări trebuie să intre sub incidența sa. Dificultatea constă în trasarea liniei de demarcație între măsurile pregătitoare legitime și punerea în aplicare parțială, după cum exemplifică prezenta cauză.

64. În această privință, Tribunalul a statuat că, în anumite circumstanțe, Comisia poate considera un grup de tranzacții legate între ele drept o singură operațiune de concentrare, atunci când tranzacțiile în cauză sunt atât de interdependente, încât niciuna din acestea nu ar fi realizată fără celelalte, iar rezultatul constă în a conferi uneia sau mai multor întreprinderi un control economic direct sau indirect asupra activităților uneia sau mai multor altor întreprinderi [20]. O astfel de abordare eșalonată sau grupată în privința noțiunii de „concentrare este confirmată de modul de redactare a articolului 3 alineatul (1) litera (a) din Regulamentul nr. 139/2004, care se referă la controlul indirect (*de facto*) [21]. Această abordare este justificată pentru a preveni eludarea normelor privind concentrările prin crearea artificială a unor tranzacții legate între ele. Cu toate acestea, trebuie apreciat de la caz la caz dacă normele privind concentrările sunt sau nu sunt eludate artificial. Simplul fapt că mai multe tranzacții ar putea fi interdependente nu înseamnă în mod necesar că ele constituie o singură concentrare [22].

65. Invers, simplul fapt că o măsură a fost luată în procesul care a condus la o concentrare nu o poate aduce automat în sfera de aplicare a obligației de suspendare. Atât timp cât măsura precede și *poate fi disociată* de măsurile care duc efectiv la dobândirea posibilității de a exercita o influență decisivă asupra unei întreprinderi țintă, aceasta nu ar trebui să facă obiectul obligației de suspendare și, în consecință, al competențelor Comisiei de a asigura respectarea obligației.

18 A se vedea de asemenea în acest sens Hotărârea din 26 octombrie 2017, Marine Harvest/Comisia (T-704/14, EU:T:2017:753, punctul 58 și jurisprudența citată).

19 Faptul că astfel de măsuri pregătitoare interne nu intră sub incidența obligației de suspendare a părut să facă obiectul consensului între părțile care participă la procedura orală.

20 A se vedea, în ceea ce privește articolul 3 alineatul (1) din Regulamentul nr. 4064/89, Hotărârea din 23 februarie 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comisia (T-282/02, EU:T:2006:64, punctul 109). Respingând recursul formulat împotriva acestei hotărâri, prin Hotărârea din 18 decembrie 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comisia (C-202/06 P, EU:C:2007:814), Curtea nu s-a pronunțat cu privire la această constatare (a se vedea punctul 44).

21 În plus, se face trimitere la considerentul (20) al Regulamentului nr. 139/2004, potrivit căruia „este oportun ca operațiunile care sunt strâns legate între ele printr-o legătură condițională sau care iau forma unei serii de tranzacții cu valori mobiliare desfășurate pe parcursul unei perioade de timp rezonabil de scurte să fie tratate ca fiind o singură concentrare".

22 A se vedea Hotărârea din 26 octombrie 2017, Marine Harvest/Comisia (T-704/14, EU:T:2017:753, punctul 126).

66. Împotriva unei astfel de opinii, se poate susține că obligația de suspendare nu ar trebui, din motive de eficiență, să fie interpretată în mod restrictiv și că domeniul său de aplicare, ca produs compus al unei „concentrări" și al unei „puneri în aplicare", ar trebui, ca măsură de precauție, să fie chiar mai larg decât sfera noțiunii „concentrare". Această poziție pare inerentă argumentelor prezentate de guvernul danez și de Comisie. Hotărârea pronunțată în cauza Aer Lingus Group/Comisia[23] sprijină într-o anumită măsură acest punct de vedere. Tribunalul a statuat că „achiziționarea unei participații [minoritare] care nu conferă, ca atare, controlul în sensul articolului 3 din [Regulamentul nr. 139/2004] poate intra în domeniul de aplicare al articolului 7", părând să disocieze astfel obligația de suspendare de noțiunea „concentrare".

67. Cu toate acestea, pentru a plasa această constatare în contextul său, la punctul 82 din hotărârea menționată, Tribunalul a analizat derogarea de la obligația de suspendare prevăzută la articolul 7 alineatul (2) din Regulamentul nr. 139/2004, iar nu cea prevăzută la articolul 7 alineatul (1). În continuare, la punctul 83, Tribunalul a făcut afirmația cu caracter general reprodusă mai sus, fără a oferi o altă explicație decât un rezumat al interpretării sale cu privire la abordarea Comisiei. În consecință, semnificația acestei afirmații este oarecum ambiguă. În orice caz, această afirmație nu este compatibilă cu concluzia ulterioară la care s-a ajuns, la punctele 84 și 85 din această hotărâre, în raport cu împrejurările cauzei – cu care suntem de acord – că achiziționarea unei participații minoritare nu poate, în general, să fie considerată o punere în aplicare parțială a unei concentrări, de natură să dea naștere unei măsuri adoptate în temeiul articolului 8 alineatele (4) și (5) din acest regulament[24].

68. În plus, considerăm că o interpretare a domeniului de aplicare al obligației de suspendare prevăzute la articolul 7 din Regulamentul nr. 139/2004 care este disociată de sfera noțiunii de „concentrare" ar crea o zonă gri în care anumite măsuri care, deși se află la periferia unei concentrări, nu sunt legate în sine, în mod indisolubil, de transferul controlului, ar intra sub incidența acesteia. Totuși, dacă perimetrul acestei zone gri ar fi mai larg decât sfera noțiunii „concentrare", acest fapt ar implica extinderea obligației menționate dincolo de domeniul de aplicare al regulamentului însuși, astfel cum este exprimat la articolul 1 din regulament. Această poziție ar fi imposibil de susținut.

69. În plus, o astfel de interpretare în sens larg ar depăși ceea ce este necesar pentru a menține un control eficient al concentrărilor. După cum s-a menționat mai sus, la punctele 33-36, ar părea excesiv să se considere că obligația de suspendare este un instrument indispensabil. Astfel, Comisia are competența, în temeiul articolului 8 alineatele (4) și (5) din Regulamentul nr. 139/2004, de a dispune restabilirea sau menținerea condițiilor de concurență efectivă, în special de a dispune dizolvarea unei concentrări. Simplul risc de a fi nevoite să plătească costurile asociate unei astfel de dispoziții este cu siguranță disuasiv pentru întreprinderile care fuzionează. Faptul de a solicita întreprinderilor care fuzionează să aștepte acordarea autorizației chiar și în ceea ce privește măsurile care nu sunt în sine legate în mod indisolubil de transferul controlului ar fi excesiv și ar putea cauza întârzieri inutile.

70. În plus, Regulamentul nr. 139/2004 stabilește în mod expres condițiile în care este aplicabil chiar înainte de crearea efectivă a unei concentrări. De exemplu, în temeiul articolului 4 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004, o concentrare presupune în mod normal încheierea unui acord, anunțarea unei oferte publice sau preluarea pachetului de control. Totuși, al doilea paragraf al articolului 4 alineatul (1) permite părților să notifice o concentrare chiar înainte ca aceasta să ia naștere, în cazul în care intenția de a fuziona este fără echivoc, cum ar fi un anunț public al unei oferte care va avea ca rezultat o concentrare (denumită în continuare „concentrare planificată"). Al treilea paragraf al articolului 4 alineatul (1) din regulament stabilește circumstanțele specifice în care Regulamentul nr. 139/2004 este aplicabil chiar dacă o concentrare nu a fost încă realizată și face distincția, în acest

23 Hotărârea din 6 iulie 2010, Aer Lingus Group/Comisia (T-411/07, EU:T:2010:281, punctul 83).

24 De asemenea, trebuie să se facă trimitere la Ordonanța din 18 martie 2008, Aer Lingus Group/Comisia (T-411/07 R, EU:T:2008:80), privind cererea de măsuri provizorii depusă în aceeași cauză, care a statuat, la punctul 94, că, „chiar dacă articolul 7 alineatul (1) din [Regulamentul nr. 139/2004] ar fi trebuit interpretat în sensul că interzice numai o schimbare a controlului în cursul examinării de către Comisie, dar nu și realizarea unor pași mici spre transferul controlului […], Comisia ar fi întemeiată să solicite părților să nu întreprindă nicio acțiune care ar putea conduce la o schimbare a controlului".

sens, între „concentrări notificate” și „concentrări” (ghilimelele apărând în reglementarea însăși). În conformitate cu articolul 4 alineatul (1) al treilea paragraf prima teză, concentrările planificate reprezintă o „concentrare notificată” în sensul regulamentului. În temeiul celei de a doua teze a aceluiași paragraf, o concentrare planificată este de asemenea echivalentă cu o „concentrare”, dar numai în ceea ce privește procedura prevăzută la articolul 4 alineatele (4) și (5) din regulament.

71. În acest context și având în vedere faptul că noțiunea „concentrare notificată” nu figurează la articolul 7 din Regulamentul nr. 139/2004[25], ajungem la concluzia că articolul 7 – și, prin urmare, obligația de suspendare – nu se aplică în ceea ce privește concentrările planificate. Aceasta confirmă faptul că legiuitorul Uniunii nu a dorit ca obligația de suspendare să se aplice atunci când o concentrare încă nu s-a materializat.

72. Acest lucru nu înseamnă că noțiunea „pus în aplicare”, astfel cum este utilizată la articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004, nu ar trebui să poarte un sens larg, asigurând astfel monitorizarea de către Comisie[26] a punerilor în aplicare parțiale. În orice caz, o concentrare poate fi „pusă în aplicare”, în mod logic, numai dacă există.

73. Argumentele prezentate de guvernul danez și de Comisie pentru a justifica ideea că aplicarea obligației de suspendare nu ar trebui să fie legată în niciun fel de noțiunea „concentrare” nu sunt convingătoare.

74. În primul rând, stabilirea unei legături între obligația de suspendare și noțiunea „concentrare” nu subminează în niciun fel sistemul de control *ex ante* al concentrărilor, instituit de Regulamentul nr. 139/2004.

75. În al doilea rând, faptul că, în practica sa administrativă, Comisia ar fi putut adopta o abordare largă cu privire la ceea ce trebuie să fie calificat drept punerea în aplicare prematură a unei concentrări este irelevant. Practica Comisiei nu leagă Curtea.

76. În al treilea rând, o distincție între măsurile pregătitoare interne și măsurile pregătitoare externe, astfel cum susține în esență guvernul danez, nu are niciun temei în Regulamentul nr. 139/2004. În schimb, regulamentul respectiv se referă la „o modificare de durată a controlului”, indiferent dacă această modificare este rezultatul unor măsuri interne sau externe.

77. În al patrulea rând, concluziile Tribunalului din Hotărârea Electrabel/Comisia[27], citată de guvernul danez și de Comisie, se referă, astfel cum a subliniat în esență Ernst & Young, la gravitatea încălcării obligației de suspendare și la proporționalitatea amenzii aplicate drept consecință a încălcării, iar nu la existența în sine a unei astfel de încălcări.

78. Pe baza considerentelor de mai sus, suntem de părere că obligația de suspendare a unei concentrări, prevăzută la articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul nr. 139/2004, nu afectează măsurile care, deși luate în legătură cu procesul care conduce la o concentrare, precedă și pot fi disociate de măsurile care duc efectiv la dobândirea posibilității de a exercita o influență decisivă asupra unei întreprinderi țintă.

25 Spre deosebire, de exemplu, de articolul 6 alineatul (2), de articolul 8 alineatele (1) și (2), de articolul 9 alineatul (1), de articolul 10 alineatele (2) și (3) și de articolul 11 alineatul (5) din Regulamentul nr. 139/2004.

26 A se vedea în acest sens Modrall, J. R., și Ciullo, S., „Gun-Jumping and EU Merger Control”, European Competition Law Review, ediția a noua, Sweet & Maxwell, 2003, p. 424-429 (Nu adoptăm o poziție cu privire la ipotezele menționate în acest articol).

27 Hotărârea din 12 decembrie 2012, Electrabel/Comisia (T-332/09, EU:T:2012:672, punctele 246, 247 și 280).

e) Aplicare în situația din procedura principală

79. Prin intermediul celei de a doua întrebări preliminare, instanța de trimitere solicită Curții să se pronunțe cu privire la împrejurările din litigiul cu care este sesizată.

80. În cadrul procedurii de trimitere preliminară, punerea în aplicare a interpretării dreptului Uniunii date de Curte situației de fapt este de competența instanțelor naționale, care se află într-o poziție mai adecvată decât Curtea pentru a stabili și a evalua toate circumstanțele relevante. Cu toate acestea, Curtea poate furniza instanței naționale toate elementele de interpretare care îi pot fi de ajutor în soluționarea cauzei aflate pe rolul acesteia[28].

81. În procedura principală, pe de o parte, acordul de concentrare propriu-zis a fost supus aprobării Consiliului Concurenței și nu trebuia pus în aplicare înainte ca aprobarea respectivă să fie dată.

82. Pe de altă parte, după cum se precizează în cererea de decizie preliminară, rezilierea acordului de cooperare între KPMG DK și KPMG International nu a făcut obiectul aceleiași cerințe de aprobare, iar notificarea a fost dată înainte de primirea aprobării concentrării.

83. Decizia atacată a statuat că, procedând astfel, KPMG DK a încălcat obligația de suspendare. Prin urmare, cel puțin în mod implicit, rezultă că KFST a apreciat că rezilierea acordului de cooperare trebuia calificată considerată ca fiind o punere în aplicare parțială a concentrării.

84. În mod evident, suntem de acord cu guvernul danez în sensul că cele două operațiuni menționate mai sus la punctele 81 și 82 nu au fost de sine stătătoare, ci au fost legate între ele. Acordul de concentrare prevedea că KPMG DK urma să își înceteze cooperarea cu KPMG International. În consecință, rezilierea acordului de cooperare era o condiție preliminară necesară pentru ca această concentrare să intre în vigoare.

85. Totuși, acest lucru nu este suficient. Rezilierea nu a contribuit, în niciun caz, la o schimbare de control între KPMG DK și EY.

86. Deși se poate argumenta, după cum procedează guvernul danez, că rezilierea acordului de cooperare a făcut parte din acordul de concentrare, aceasta nu a fost legată în mod indisolubil de transferul controlului, oferind EY posibilitatea de a exercita o influență decisivă asupra KPMG DK, astfel cum este aceasta definită la articolul 3 alineatul (2) din Regulamentul nr. 139/2004[29]. Efectul rezilierii a fost doar acela că KPMG DK nu a mai făcut parte din rețeaua KPMG și s-a întors la statutul de comerciant independent pe piața serviciilor de contabilitate. Deși rezilierea ar fi putut avea un anumit efect asupra pieței, aceasta nu ar fi însemnat că KPMG DK nu ar mai fi fost un concurent pentru EY[30].

87. Astfel, acceptarea unei astfel de argumentații ar însemna că *orice* măsură pusă în aplicare de EY sau de KPMG DK, între semnarea acordului de concentrare și aprobarea de către autoritatea competentă în domeniul concurenței, ar fi putut intra sub incidența obligației de suspendare. Totuși, din motivele menționate la punctul 71 de mai sus, simpla intenție de a realiza o concentrare nu dă naștere obligației de suspendare.

28 A se vedea în acest sens Hotărârea din 5 iunie 2014, I (C-255/13, EU:C:2014:1291, punctul 55 și jurisprudența citată).

29 Reprezentantul Ernst & Young a susținut, de fapt, în cadrul ședinței, că KPMG DK nu a avut altă opțiune decât să notifice rezilierea acordului de cooperare atunci când a făcut-o, întrucât, în caz contrar, KPMG International ar fi putut rezilia acordul de cooperare cu efect imediat, pentru motivul unei practici neloiale.

30 În consecință, aspectul analizat diferă în mod semnificativ de cel în discuție în Hotărârea din 26 octombrie 2017, Marine Harvest/Comisia (T-704/14, EU:T:2017:753), în care Comisia și Tribunalul au considerat că o achiziție inițială de 48,5 % din acțiunile societății țintă dă naștere, *de facto*, prin ea însăși, unei schimbări de control, în locul unei oferte publice ulterioare care a conferit reclamantei 87,1 % din acțiunile întreprinderii țintă.

88. În consecință, o măsură pregătitoare de acest tip nu poate fi calificată, în opinia noastră, drept o punere în aplicare prematură a unei concentrări.

3. A treia și a patra întrebare preliminară

89. Prin intermediul celei de a treia și al celei de a patra întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă prezintă relevanță pentru obligația de suspendare faptul că măsura pretinsă a fi o punere în aplicare prematură a unei concentrări a avut vreun efect asupra pieței și, în caz afirmativ, ce criterii pot fi utilizate pentru a indica un astfel de efect și care este pragul probatoriu care trebuie îndeplinit în acest sens de autoritatea competentă în domeniul concurenței atunci când investighează o presupusă încălcare a acestei obligații.

90. Aceste întrebări sunt adresate întrucât decizia atacată a recunoscut că, deși nu a fost posibil pentru KFST să determine cu certitudine dacă rezilierea acordului de cooperare a determinat unii din clienții KPMG DK să recomande o schimbare de auditor la adunările lor generale, aceasta a statuat că a fost necesar să se arate doar un potențial de a produce efecte asupra pieței. Ernst & Young contraargumentează că aceste recomandări au fost pur și simplu emise în conformitate cu practicile curente al marilor companii daneze pentru selectarea sau schimbarea auditorilor și că evaluarea concentrării de către KFST a fost făcută în momentul din an în care are loc în mod normal o schimbare de auditor.

91. Din răspunsul nostru la primele două întrebări și în special la criteriul cu privire la potențialul măsurii supuse controlului de a avea efecte asupra pieței (a se vedea punctele 53-56 de mai sus) rezultă că, în opinia noastră, posibilele efecte asupra pieței ale unei măsuri nu sunt relevante pentru aplicarea obligației de suspendare. Mai curând, obligația respectivă trebuie să fie respectată în același timp și în măsura în care se realizează o concentrare care corespunde pragurilor aplicabile.

92. În cazul în care Curtea va adopta o poziție diferită de a noastră, ne vom limita la următoarele scurte observații, cu titlu subsidiar.

93. Curtea a statuat că, în domeniul controlului concentrărilor, analiza prospectivă solicitată, care constă în examinarea modului în care o concentrare ar putea modifica factorii care determină starea concurenței pe o anumită piață, pentru a stabili dacă aceasta ar da naștere unui impediment semnificativ pentru concurența efectivă, face necesară prevederea a diferite legături de la cauză la efect, în scopul de a stabili care dintre acestea este cel mai probabil. Acest standard se aplică atât în ceea ce privește deciziile care autorizează o concentrare, cât și pentru deciziile care o interzic[31].

94. În cazul în care Curtea, spre deosebire de noi, consideră criteriul efectelor potențiale asupra pieței ca fiind relevant, în ciuda suprapunerii cu evaluarea pe fond a compatibilității concentrării cu piața comună, nu vedem niciun motiv evident pentru care standardul de control menționat la punctul anterior nu ar trebui să se aplice – *mutatis mutandis* – deciziilor de constatare a punerii în aplicare. Evaluarea care ar trebui efectuată ar aminti de cea referitoare la cererile de derogare de la obligația de suspendare prevăzută la articolul 7 alineatul (3) din Regulamentul nr. 139/2004, care impun între altele luarea în considerare a amenințării la adresa concurenței pe care o reprezintă concentrarea.

31 Hotărârea din 10 iulie 2008, Bertelsmann și Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punctele 46-49).

95. În conformitate cu principiile obișnuite în materie probatorie, Comisia (sau autoritatea competentă în domeniul concurenței) este cea care trebuie să dovedească presupusa încălcare[32]. În consecință, această autoritate trebuie să demonstreze, pe baza unei aprecieri a diferite ipoteze care implică diverse legături de la cauză la efect, că ipoteza în care măsura în cauză este susceptibilă să dea naștere unui impediment semnificativ pentru concurența efectivă, este cea mai probabilă[33].

96. În ceea ce privește tipul de probe care pot fi invocate de Comisie (sau de autoritatea competentă în domeniul concurenței), principiul care prevalează în dreptul Uniunii este acela al evaluării libere a probelor. Mai exact, atât timp cât probele au fost prezentate în mod legal, singurul criteriu relevant în scopul aprecierii valorii lor probatorii se referă la credibilitatea acestora[34]. În această privință, nu există nicio obligație de a utiliza o anumită metodă sau un anumit test[35].

97. Este de competența instanței de trimitere să stabilească dacă autoritățile daneze competente în domeniul concurenței au demonstrat, pe baza unei aprecieri a diferite ipoteze care implică diverse legături de la cauză la efect, că ipoteza în care rezilierea acordului de cooperare a fost capabilă să dea naștere unui impediment semnificativ pentru concurența efectivă este cea mai probabilă. În mod concret, aceasta trebuie să fie, în consecință, considerată mai plauzibilă decât argumentația prezentată de Ernst & Young referitoare la comportamentul tipic al marilor companii daneze.

IV. Concluzii

98. Pe baza celor menționate anterior, propunem Curții să răspundă la întrebările preliminare adresate de Sø- og Handelsretten (Tribunalul Maritim și Comercial din Danemarca) în sensul că, într-o interpretare corectă, obligația de suspendare a unei concentrări prevăzută la articolul 7 alineatul (1) din Regulamentul (CE) nr. 139/2004 al Consiliului din 20 ianuarie 2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (Regulamentul CE privind concentrările economice) nu afectează măsurile care, deși au fost luate în legătură cu procesul care conduce la o concentrare, precedă și pot fi disociate de măsurile care duc la dobândirea efectivă a posibilității de a exercita o influență decisivă asupra unei întreprinderi țintă.

32 A se vedea de exemplu articolul 2 din Regulamentul (CE) nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la articolele [101] și [102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 167), cu modificările ulterioare.

33 A se vedea în acest sens Hotărârea din 15 februarie 2005, Comisia/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, punctul 43).

34 A se vedea în acest sens Ordonanța din 12 iulie 2016, Pérez Gutiérrez/Comisia (C-604/15 P, nepublicată, EU:C:2016:545, punctul 38 și jurisprudența citată).

35 A se vedea prin analogie Hotărârea din 6 octombrie 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, punctul 57).