

Din nou despre noțiunea de întreprindere în dreptul comunitar

Prof. univ. dr. Emilia MIHAI
Universitatea de Vest Timișoara

Ever since the 1960s, the notion of enterprise has been “the star” of the Community authorities. Referring to the “enterprise”, the drafters of the ECSC and ECC treaties assigned it the role of a common place in the relations among the member states. Which did not yet clarify whether it was a mere linguistic stratagem, a label covering all similar subjects of law from different national legal orders, or whether it was more than that, namely a notion having its own existence.

1. Întreprinderea – noțiune prezentă în tratatele comunitare. Noțiunea de întreprindere a fost, încă din anii 60 ai secolului XX, „vedeta” autorităților comunitare. Redactorii Tratatelor CECO și CEE, referindu-se la „întreprindere”, îi atribuiseră rostul de liant în raporturile dintre statele membre. Ceea ce nu lămurea însă dacă era vorba numai de o banală comoditate lingvistică, o etichetă acoperitoare a subiectelor de drept similare din diferitele ordini juridice naționale, sau dacă, mai mult decât atât, se născuse o noțiune cu consistență proprie.

A. Identificarea întreprinderii cu o persoană juridică în tratatele CECO și CEE

2. Întreprinderea – persoană juridică în Tratatul CECO. Inițial, în aplicarea Tratatului CECO¹, Curtea de Justiție a atribuit noțiunii de întreprindere prima dintre semnificațiile de mai sus, aceea de subiect de drept în sensul dreptului comun - persoană fizică sau juridică: „Noțiunea de întreprindere în sensul tratatului este aceeași cu conceptul de persoană fizică sau morală, dat fiind că tratatul face apel la această noțiune esențialmente pentru a desemna titularii de drepturi și obligații care decurg din dreptul comunitar”².

Scurt timp după această primă decizie, Curtea a definit încă și mai clar noțiunea de întreprindere, printr-un recurs fără echivoc la statutul său juridic: „...întreprinderea este constituită dintr-o organizare unitară de elemente materiale, imateriale și de personal, legate de un subiect juridic autonom, care urmărește în mod constant un scop economic determinat”³.

3. Întreprinderea – persoană juridică în Tratatul CEE. Cu aceeași configurație și-a afirmat pentru început prezența noțiunea de întreprindere și în jurisprudența legată de

¹ Tratatul însuși conținea un fel de definiție, de fapt o prezentare a instrumentului tehnic și geografic numit „întreprindere”, fără a lămuri însă natura acestei noțiuni: „...întreprinderile, în sensul prezentului Tratat, sunt cele care exercită o activitate de producție în domeniul cărbunelui și oțelului în interiorul teritoriilor vizate la art. 79, primul alineat și, în plus, în ceea ce privește articolele 65 și 66, ca și informațiile primite pentru aplicarea lor și recursurile formulate cu ocazia lor, întreprinderile sau organismele care exercită în mod obișnuit o activitate de distribuție, alta decât vânzarea către consumatorii domestici sau către bresle” (art. 80).

² CJCE, 22 martie 1961, af. 42 și 49/59, *SNUPAT c. Înalta Autoritate*, Rec., 1961, p. 101.

³ CJCE, 13 iulie 1962, af. 17 și 20/61, *Kloekner-Werke A.G. și Hoesch A.G. c. Înalta Autoritate*, Rec. 1962, p. 615 și CJCE, 13 iulie 1962, af. 19/61, *Mannesmann A.G. c. Înalta Autoritate*, Rec. 1962, p. 675.

aplicarea Tratatului CEE. De pildă, într-o decizie din 1966, Curtea de Justiție a statuat că „în ceea ce privește noțiunea de întreprindere, definițiile elaborate în dreptul CECO și în dreptul național în materie de antante ne pot ajuta. Astfel, independent de forma juridică sau de căutarea beneficiului, **întreprinderile sunt persoane fizice sau morale** care participă activ și independent la viața economică și care nu desfășoară deci o activitate pur privată”⁴.

Deși, cum se observă, forma juridică nu este elementul determinant, totuși întreprinderea nu poate fi, în viziunea de atunci a autorităților comunitare, decât un subiect de drept în sens clasic. De altfel, chiar în aceeași zi, Curtea s-a pronunțat și mai tranșant, în afacerea Grundig: „...potrivit jurisprudenței elaborate în funcție de Tratatul CECO, **noțiunea de întreprindere coincide cu noțiunea juridică de persoană juridică sau morală**. Această noțiune va fi în mod egal aplicabilă în cadrul Tratatului CEE”⁵.

Identificarea întreprinderii cu o persoană juridică fusese determinată, în aplicarea Tratatului CECO, de unele considerente financiare⁶ inexistente sub incidența Tratatului CEE. În consecință, explicația utilizării unei definiții similare trebuie să rezide în alte temeuri. Într-o scurtă prezentare, acestea sunt:

a) Întreprinderea – parte a unui acord

4. Acordul – între contract și practică concertată. Art. 81 par. 1 din Tratatul CE interzice *acordurile* între întreprinderi. Cuvântul acord poate fi interpretat într-un sens restrictiv, care ne poartă înspre sfera dreptului civil, anume spre noțiunea de contract, și în altul, extensiv, care, transgresând reperatele dreptului comun, implică și expresii diferite de contract.

O interpretare *restrânsă* forțează înțelesul întreprinderii ca persoană juridică, pentru că numai persoana juridică poate fi parte a unui contract: în dreptul civil, acordul presupune un concurs de voințe, iar voința nu poate aparține decât unui subiect de drept. Așadar, putem presupune că autoritățile comunitare, într-o primă fază, au optat pentru această perspectivă clasică a termenului acord, care impune asimilarea întreprinderii cu o persoană juridică.

Dimpotrivă, o interpretare *extensivă* impune ca termenul acord să implice și alte semnificații, mai puțin formale. Or, exact acest tip de interpretare au îmbrățișat Comisia și jurisdicțiile europene, începând cu sfârșitul anilor 1960. Acordul nu este numai clasicul contract creat de dreptul civil, ci poate fi și un angajament de onoare, ori un *gentleman's agreement*, sau chiar un *Frühstück Kartelle*⁷. Semnalul schimbării de paradigmă l-a dat decizia Comisiei din afacerea *Antanta internațională a chininei*, din 1969, când au fost considerate acorduri între întreprinderi două înțelegeri scrise dar nesemnate, prin care se extindea la țările Pieței comune un acord de fixare de prețuri, de quotas de livrări și de restricții de fabricare, încheiat pentru țări terțe, între principalii furnizori ai Comunității⁸.

În evoluția noțiunii de acord, un moment clarificator îl reprezintă și afacerea *Sandoz* din 1990, cu ocazia căreia Curtea de Justiție s-a pronunțat: „*Este potrivit să amintim că, pentru aplicarea art. 85, par. 1, din Tratatul CEE, este suficient ca stipularea în cauză să fie expresia voinței părților. Nu este necesar ca ea să constituie un contract obligatoriu și valid*

⁴ CJCE, 13 iulie 1966, af. C-32-65, *Guvernul Republicii Italiene c. Consiliul și Comisia CEE*, Rec., p. 563.

⁵ CJCE, 13 iulie, afacerile reunite 56 și 58-64, *Etablissements Constens SARL și Grundig-Verkaufs GmbH, c. Comisie*, Rec., p. 429.

⁶ V. Pe larg, L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2002, p. 36-40.

⁷ Înțelegere (stabilită) la micul dejun.

⁸ Com., *Entente internationale de la quinine*, dec. nr. 69/240/CEE, JOCE, L. 192, 5 aug. 1969.

*potrivit dreptului național*⁹. Așadar, esențială pentru definirea acordului nu mai este întâlnirea a două voințe juridice. Puțin importă că înțelegerea părților întrunește sau nu criteriile de validitate prevăzute de dreptul comun pentru contract¹⁰, ori dacă poate asigura executarea silită a obligațiilor stipulate. Altceva contează: conduita autonomă pe piață a entităților implicate¹¹.

Un argument în plus pentru noua orientare jurisprudențială l-au constituit *practicile concertate*¹², în mod egal prohibite prin art. art. 81 par. 1 Tratat CE, pentru că, evident, acestea puteau fi opera unor entități lipsite de personalitate juridică. Într-adevăr, fiind vorba de modalități informale de coluziune, care nu comportă angajamente ale părților una față de cealaltă și nici măcar un plan comun, care deci nu se încadrează în schema clasică a contractului, se poate cu ușurință presupune că pot fi realizate de entități atipice, care, și ele, se deosebesc de clasicele subiecte de drept.

Iată cum, după un pasager avatar al întreprinderii – persoană juridică, în practica decizională a Comisiei și în jurisprudența comunitară s-a instalat – definitiv – o altă paradigmă: întreprinderea ca entitate indiferentă față de forma sa juridică.

Persistă însă un semnificativ semn de întrebare: din punct de vedere procesual, cui îi vor fi comunicate actele de procedură din cursul anchetelor ?

b) Întreprinderea – destinatară a comunicării actelor de procedură

5. Identitatea civilă – o necesitate absolută ? Declanșarea unei anchete de către organul de supraveghere a concurenței impune efectuarea unor acte de procedură. Și sub imperiul Regulamentului CEE nr. 17/1962 al Consiliului din 6 februarie 1962, și al actualului în vigoare Regulament CE nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 referitor la punerea în practică a regulilor de concurență prevăzute în art. 81 și 82 din Tratatul CE, se prevede că autoritățile comunitare trebuie să notifice învinuirile întreprinderilor interesate și că tot acestora trebuie să li se aducă la cunoștință deciziile privind amenziile cominatorii, ori sancțiunile aplicate. Or, asemenea comunicări nu pot avea ca destinatari decât entități dotate cu identitate civilă. Iar cât privește amenziile cominatorii și amenziile ca sancțiuni finale, acestea nu pot fi aplicate decât unor entități care posedă patrimoniu propriu. Iată tot atâtea argumente în favoarea identificării întreprinderii cu o persoană juridică. Și totuși...

Totuși, doctrina a obiectat încă din primii ani ai aplicării proaspăt născutului drept comunitar al concurenței: „*independența juridică nu se confundă (...) cu personalitatea juridică. Nu ar trebui să se pretindă întreprinderii să fie dotată cu aceasta din urmă. Mai importantă pare puterea ansamblului tehnic luat în considerare de a-și determina juridic*

⁹ CJCE, 11 ian. 1990, *Sandoz c. Comisie*, af. C/277-87, Rec. 1990, p. 362.

¹⁰ Schimbarea de paradigmă a servit nu numai asigurarea eficienței dreptului concurenței, ci și un principiu politic, acela al nesubordonării dreptului comunitar dreptului național al statelor membre.

¹¹ V. infra.

¹² Definiția practicii concertate se originează din afacerea *materiilor colorante*, din 1972, când Curtea a arătat că: „dacă articolul 85 distinge noțiunea de practică concertată de cea de acord între întreprinderi sau de decizii ale asociațiilor de întreprinderi este pentru că prin ea trebuie să înțelegem, potrivit acestui articol, o formă de cooperare dintre întreprinderi, care, fără a atinge realizarea unei convenții propriu-zise, substituie în cunoștință de cauză riscurile concurenței cu o cooperare practică între ele; prin însăși natura sa, practica concertată nu reunește deci toate elementele unui acord, ci poate să rezulte mai ales dintr-o coordonare care se exteriorizează prin comportamentul participanților” (CJCE, 14 iulie 1972, af. reunite 48,49, 51-57/69, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Comisie*, Rec., p. 619).

conduita, organizarea și raporturile externe”¹³. Prin urmare, chiar dacă, în cursul aplicării art. 81 și 82 Tratat CE, există momente în care prezența întreprinderii ca persoană juridică este necesară, aceasta nu înseamnă că întreprinderea, ca noțiune de dreptul concurenței, trebuie să fie identificată formal cu o persoană juridică. Rămâne să verificăm soliditatea argumentelor care susțin această orientare.

B. Argumentele împotriva identificării întreprinderii cu o persoană juridică

6. Clasificare. În literatura juridică¹⁴ se consideră că aceste argumente pot fi împărțite în două categorii: unele prin care se tinde la asigurarea eficacității dreptului concurenței, altele care vizează înlăturarea unei posibile discriminări între operatorii economici.

a) Identificarea întreprinderii cu o persoană juridică afectează eficacitatea dreptului concurenței

7. Eficacitatea în dreptul concurenței. Noțiunea de eficacitate aplicată la dreptul concurenței rezidă în realizarea unui raport optim între obiectivul normelor sale și măsura în care acesta este realizat *in concreto*; în final, în aplicarea normelor respective, exact acelor subiecți care nesocotesc imperatiile lor¹⁵. În doctrină s-a afirmat ferm: „...*supunerea față de regulile concurenței numai a entităților dotate cu personalitate juridică ar priva dreptul (concurenței, n.n.) de orice eficacitate*”¹⁶. Această ineficacitate poate fi ilustrată în trei domenii ale dreptului concurenței: al antantelor, al abuzului de poziție dominantă și al concentrărilor economice.

8. Riscul ineficacității în materia antantelor. Să ne imaginăm că o societate, în aplicarea unei strategii de eludare a dreptului concurenței, evită crearea de filiale, limitându-se să înființeze doar sucursale, entități lipsite de personalitate juridică, dar dispunând de autonomie economică. De asemenea că, în cooperare cu acestea, înfrânge dispozițiile art. 81 par. 1 Tratat CE. Sancțiunile de dreptul concurenței nu ar putea fi aplicate, pentru simplul motiv că nu se poate reține că o întreprindere se poate înțelege cu sine însăși. Orice antantă presupune minimum doi intervenienți, iar dacă optăm pentru identificarea întreprinderii cu o persoană juridică, o seamă întreagă de astfel de atingeri aduse concurenței ar scăpa de sub incidența legii.

Dar abordarea formală a noțiunii de întreprindere poate conduce concomitent și la o deformare în sens invers a dreptului concurenței, la extinderea nejustificată a aplicării sale: de vreme ce filialele sunt entități dotate cu personalitate juridică, orice înțelegere între acestea și societățile mame ar trebui declarat ilegală.

9. Riscul ineficacității în materia abuzului de poziție dominantă. Noțiunea de poziție dominantă a fost definită în dreptul comunitar, în celebra afacere *United Brands Company* ca fiind: „*situația de forță economică deținută de o întreprindere care îi conferă puterea de a se opune menținerii unei concurențe eficiente pe piață, furnizându-i într-o măsură considerabilă posibilitatea unor comportamente independente față de concurenții săi, de clienții săi și, finalmente, față de consumatori*”¹⁷.

¹³ J.-B. Blaise, *Le statut juridique des ententes économique dans le droit français et le droit des Communautés européennes*, LGDJ 1964, p. 62, apud L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2002, p. 48.

¹⁴ *Idem*, p. 48-66.

¹⁵ M.-A. Frison-Roche, *L'efficacité des décisions en matière de la concurrence: notions, critères, typologie*, Rev. Conc. Consomm. 2000, nr. 118, p. 7.

¹⁶ M.-Ch. Boutard-Labarde, G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, L.G.D.J., 1994, p. 15.

¹⁷ CJCE, 14 februarie 1978, af. 27/76, *United Brands Company*, Rec., p. 207.

O abordare formală a noțiunii de întreprindere ar conduce la ignorarea poziției dominante deținute de grupurile de societăți, implicit la nesancționarea abuzurilor săvârșite fie de grup, ca entitate unică, fie doar de una din componentele sale.

Într-adevăr, chiar și numai o privire superficială asupra vieții economice relevă existența grupurilor de societăți, foarte adesea *de facto*, deci nedispunând de o unică personalitate juridică¹⁸. Împreună, toate piesele care alcătuiesc un asemenea grup, dețin importante cote de piață, unul din cele mai relevante indicii ale puterii de piață¹⁹. Dacă sunt privite izolat, fiecare din întreprinderile componente poate avea însă o prezență nesemnificativă pe piață. De referință rămâne pentru reținerea acestei ipoteze decizia Curții de justiție în *afacerea coloranților*²⁰, prin care s-a constatat că societatea americană CSC și filiala sa italiană, Instituto, „dispuneau de o poziție dominantă pentru producerea și vânzarea de nitropropan” și că era adecvat ca cele două societăți să fie tratate „ca formând în relațiile lor cu Zoja și în scopul aplicării art. 86 ca o unică și aceeași întreprindere sau entitate economică”. În caz contrar, abuzul lor nu ar fi putut fi sancționat.

Având în vedere că art. 82 Tratat CE se referă nu numai la poziția dominantă deținută de o singură întreprindere, ci și la poziția dominantă comună sau conjunctă, se poate pune, legitim, întrebarea dacă cele două ipoteze nu sunt coincidente.

În dreptul comunitar, poziția dominantă colectivă a fost pentru prima dată abordată în *afacerea Verre plat*. Cu ocazia acesteia, TPICE a apreciat că se poate reține o poziție dominantă colectivă când două sau mai multe entități economice independente sunt, pe o anumită piață specifică, unite prin legături economice care le conferă o poziție dominantă în raport cu ceilalți operatori de pe aceeași piață²¹. Ulterior, Comisia a considerat că se poate recurge la această noțiune când două întreprinderi adoptă împreună, față de clienții și concurenții lor, o atitudine foarte asemănătoare cu a unei întreprinderi unice în poziție dominantă, ceea ce înseamnă că ele nu sunt într-o situație de concurență efectivă²². Mai recent, Curtea de justiție a sintetizat: „*expresia „mai multe întreprinderi” care figurează în art. 86 din tratat implică ipoteza că o poziție dominantă poate fi deținută de două sau mai multe entități economice, juridic independente una de alta, cu condiția ca, din punct de vedere economic, ele să se prezinte sau să acționeze împreună, pe o piață specifică, precum o entitate colectivă*”²³.

În opinia noastră, criteriile expuse mai sus, dezvoltate de autoritățile comunitare, nu se opun distincției între abuzul de poziție dominantă a grupului de societăți și abuzul de poziție dominantă colectivă a societăților grupului. Noțiunea de poziție dominantă

¹⁸ Fenomenul este luat în considerare, cum vom vedea, și în materia concentrărilor economice.

¹⁹ „Existența unei poziții dominante poate rezulta din mai mulți factori care, luați izolat, nu ar fi în mod necesar determinanți, dar, printre acești factori, existența părților de piață de mare amploare este deosebit de semnificativă” (TPICE, 12 decembrie 1991, af. T-30/39, Hilti, Rec., II, p. 1439).

²⁰ CJCE, 6 martie 1974, af. reunite 6 și 7-73, Instituto Chemioterapico italiano Spa, Commercial Solvens Corporation c. Comisie, Rec., p. 223.

²¹ TPICE, 10 martie 1992, af. T-68/89, Societatea Italiana Vetro Spa și a., Rec., II, p. 1403. Menționăm și o decizie a Curții de justiție: „o asemenea poziție dominantă colectivă impune în același timp ca întreprinderile grupului în cauză să fie suficient de legate între ele pentru a adopta o aceeași linie de acțiune pe piață” (CJCE, 24 aprilie 1994, Comuna Almelo, af. C-393/92, Rec. 1994, I, p. 1477)

²² Comisia Europeană, Comunicarea referitoare la aplicarea regulilor concurenței la acordurile de acces în sectorul telecomunicațiilor – cadru general, piețe relevante și principii, JOCE C 265, 22 august 1998.

²³ CJCE; 16 martie 2000, af. reunite C-395/96 P și C-396/96, Compania maritimă belgiană de transporturi SA și Compania maritimă belgiană SA c. Dafra-Lines A/S, Rec. 2000, I, p. 1365.

colectivă este utilă pentru a identifica exercitarea abuzivă, de către „colectivul” alcătuit din totalitatea entităților implicate, a puterii de piață conjuncte. În schimb, în cazul în care abuzul este săvârșit de o singură entitate membră a grupului, entitate care însă nu deține puterea economică dominantă pe piață, noțiunea care apare ca adecvată este cea de poziție dominantă a grupului de societăți²⁴.

Cea mai celebră ilustrare a acestei din urmă ipoteze o constituie afacerea *Continental Can Company*²⁵. În speță, societatea americană cu acest nume era lider mondial în ce privește producția de ambalaje metalice și un important producător de materiale de ambalaj din hârtie și plastic. În plus, construia mașini pentru fabricarea și utilizarea acestor ambalaje. În 1969, Continental a achiziționat 85,8 % din capitalul societății Schmalbech-Lubeca-Werke AG (S.L.W.), cel mai mare producător de ambalaje metalice ușoare din Europa continentală. În 1970, după ce a abandonat ideea realizării unui holding comun cu câteva societăți franceze, engleze și olandeze, Continental a creat o societate denumită Europemballage Corporation (Europemballage), în care deținea totalitatea acțiunilor. Totodată, a transmis acestei noi societăți participările sale în diferite societăți europene, în primul rând 85,8 % deținute la societatea germană S.L.W. și 10,4 % deținute în societatea olandeză TDV. În aprilie 1970, Europemballage a lansat o ofertă publică de cumpărare de acțiuni și obligațiuni TDV, care i-a ridicat cota de participare la capitalul acesteia de la 10,4 % la 91,07 %. Comisia Europeană a considerat că această achiziție constituia o încălcare a art. 86 din Tratatul de la Roma (actualmente 82 Tratat CE) și a declanșat procedura corespunzătoare, împotriva Continental, societatea mamă a grupului.

În epocă, a surprins atribuirea responsabilității comportamentului SLW în sarcina Continental²⁶, deoarece nu aceasta deținea poziția dominantă și nu ea înfrânsese dispozițiile art. 86 Tratat de la Roma. Într-adevăr, poziția dominantă pe piața de referință (Germania) era posedată de SLW și nu de Continental. Iar abuzul, considerat a fi constat în achiziționarea acțiunilor TDV, fusese săvârșit de Europemballage, nu de Continental. Șocantă a fost apoi „distanța” juridică dintre poziția dominantă și abuz. Căci, dacă, în principiu, abuzul poate fi săvârșit pe o piață relevantă diferită de cea pe care se exercită poziția dominantă, trebuie totuși să existe o legătură de cauzalitate între cele două elemente. Numai deținătorul poziției dominante poate comite abuzul, pentru că nu poți

²⁴ În doctrină s-a arătat că noțiunea de grup de societăți vizează acele situații când entitățile componente au suficientă autonomie, încât să poată constitui întreprinderi distincte, dar se află totuși sub un control comun (în ipoteza în care filialele sunt complet lipsite de autonomie, ele formează împreună cu societatea mamă o unică întreprindere (M.-Ch. Boutard-Labarde, G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, L.G.D.J., 1994, p. 68).

²⁵ Com., 9 decembrie 1971, *Continental Can Company*, dec. nr. 72/21/CEE, JOCE L. 7, 8 ianuarie 1972, p. 25. Această decizie este copios citată de doctrină și când este prezentat procesul politico-economic care a condus la instaurarea controlului comunitar al concentrărilor economice, prin adoptarea Regulamentului CEE nr. 4064/89/CE din 21 decembrie 1989, referitor la operațiunile de concentrare între întreprinderi. Doctrina a considerat, în general, că de fapt nu era vorba de un abuz de poziție dominantă, ci de o „nevinovată” operațiune de concentrare economică, pe care însă Comisia nu o putea cenzura ca atare, deoarece nu exista un mecanism comunitar de control al concentrărilor.

²⁶ Nu putem omite, în primul rând, „curiozitatea” sancționării unei societăți străine, care a uimit atunci comentatorii. Sub acest aspect apele s-au liniștit rapid, dat fiind că principiul teritorialității dreptului comunitar a fost recunoscut: normele acestuia sunt incidente, din moment ce „infrațiunea” și efectele acesteia se produc pe teritoriul comunitar. De altfel, se cunoaște că și dreptul american, pe fundamentul Sherman Act (din 1890), se aplică unor societăți străine. Dincolo de această chestiune procedurală, problemele de fond au stârnit însă dispute aprige.

abuza decât de ceea ce ai, nu și de ceea ce nu-ți aparține. Comisia a rezolvat această dilemă foarte simplu, considerând că „infracțiunea” trebuia imputată unei unice entități, anume grupul având ca societate mamă compania Continental. Într-adevăr, autoritatea comunitară de concurență, fără a identifica explicit întreprinderea cu grupul de societăți, a caracterizat poziția dominantă a acestuia din urmă prin referire la unitatea sa internă: poziția dominantă a grupului „*rezultă din părțile pe care filiala sa SLW le deține pe diferitele piețe parțiale ale sectorului ambalajului ușor și din importanța economică, financiară și tehnică a grupului*”. Constată apoi că „*fiind singurul acționar al Europemballage, care deține 85 % din capitalul SLW, Continental controlează aceste două întreprinderi*” și că, deci, acestei societăți „*trebuie să i se impute comportamentul celorlalte*”.

Dincolo de considerentele politice care au motivat Comisia Europeană să adopte această decizie, trebuie să subliniem o evidență incontestabilă: întreprinderea, ca principal actor al dreptului concurenței, este altceva decât o persoană juridică potrivit paradigmei civiliste. Numai cu ignorarea – deliberată - a clasicului principiu al autonomiei de voință, în materie de societăți, Comisia a putut să facă abstracție de personalitatea juridică distinctă a filialelor²⁷.

10. Riscul ineficienței în materia controlului concentrărilor economice

Potrivit Regulamentului (CE) nr. 139/2004 al Consiliului din 20 ianuarie 2004 referitor la controlul concentrărilor între întreprinderi, intrat în vigoare la 1 mai 2004²⁸, o „concentrare” este reputată realizată când are loc o schimbare durabilă a controlului rezultând fie din fuziunea a două sau mai multe întreprinderi sau părți de întreprinderi anterior independente, fie din achiziția directă sau indirectă, de către una sau mai multe persoane (deținând deja controlul cel puțin asupra unei întreprinderi) sau de către mai multe întreprinderi a controlului asupra uneia sau mai multor alte întreprinderi.

Observăm că legea comunitară tratează distinct noțiunile de întreprindere și de persoană (posibil fizică sau juridică): ele nu se identifică una cu cealaltă. De pildă, un grup de societăți achiziționează o societate. Dacă achizitorul, fie el societatea mamă, fie o filială, are cifra de afaceri inferioară pragului care conferă operațiunii statut comunitar, concentrarea va ieși de sub incidența controlului. Dreptul concurenței ar pierde dramatic din eficacitate. Singura soluție este considerarea grupului de societăți în întregul lui ca unică întreprindere – întreprinderea implicată, astfel încât să poată fi avută în vedere cifra de afaceri totală și raportată la criteriile valorice stabilite de regulament. Este, de altfel, soluția la care s-au oprit autoritățile comunitare, atât sub imperiul Regulamentului nr. 4064/CE/89²⁹, cât și în aplicarea noului Regulament – 139/CE/2004.

Potrivit unui mecanism de sorginte americană, exportat la scară globală, operatorii economici se pot alia în strategiile lor de cucerire a piețelor și prin crearea unor „*joint ventures*” potrivit denumirii lor originare, „*întreprinderi comune*”, potrivit terminologiei

²⁷ Decizia Comisiei a fost confirmată, în judecarea recursului, de Curtea de Justiție (CJCE, 21 februarie 1973, *Europemballage Corporation și Continental Can Company Inc c. Comisie*, Rec. 1973, p. 215.

²⁸ Acest regulament a înlocuit Regulamentul 4064/89/CE din 21 decembrie 1989, dar definiția operațiunii de concentrare a rămas aceeași.

²⁹ De pildă, în Comunicarea Comisiei privind noțiunea de întreprinderi implicate, din 1998, se preciza că întrucât „*toate societățile care fac parte din grup (societăți mame, filiale etc.) constituie o singură entitate economică*”, ele nu pot fi considerate decât ca „*o singură întreprindere implicată în sânul aceleiași grup*” (JOCE C 66, 2 martie 1998, pct. 19).

dreptului comunitar³⁰. O astfel de operațiune este o concentrare economică, în măsura în care entitatea nou plămădită îndeplinește, într-o manieră durabilă, toate funcțiunile unei „entități economice autonome”³¹. Or, sintagma „entitate economică autonomă” este neutră, ea nu impune câtuși de puțin asimilarea noțiunii de întreprindere cu aceea de persoană juridică. Și într-adevăr, încă în 1977, Comisia a calificat drept filială comună o societate olandeză în nume colectiv, fără personalitate juridică³².

Iată așadar încă un palier al dreptului concurenței în care eficiența sa ar fi diminuată printr-o abordare clasică, restrictivă, a noțiunii de întreprindere.

b) Identificarea întreprinderii cu o persoană juridică induce inegalitatea între operatorii economici

11. O aplicare a principiului nediscriminării. Identificarea întreprinderii cu o persoană juridică riscă să amenințe egalitatea de tratament între actorii economici de pe piața comunitară. Am cunoscut deja două exemple: cazul grupurilor de societăți și al sucursalelor care, lipsite fiind de personalitate juridică, ar rămâne în afara câmpului de aplicare a dreptului concurenței. Alte exemple pot fi de asemenea citate: asociațiile în participațiune care, în dreptul român, ca și în cel francez, sunt lipsite de personalitate juridică, societățile comerciale înseși ori societățile civile, până în momentul în care, potrivit legii, ar dobândi personalitate juridică, ar trebui excluse de sub incidența normelor care organizează concurența, deși, prin ipoteză, le-ar încălca.

Pornind de la aceste aspecte, o chestiune care trebuie punctată distinct este aceea a diferențierilor existente între sistemele de drept ale statelor membre în ceea ce privește acordarea personalității juridice. Aceste diferențieri sunt într-adevăr susceptibile să afecteze grav aplicarea uniformă a dreptului concurenței și să genereze discrepanțe de regim juridic în funcție de naționalitatea actorilor economici. Astfel, societățile în nume colectiv, cunoscute de mai toate sistemele europene de drept, sunt lipsite de personalitate juridică în dreptul italian și în cel olandez, în timp ce în alte sisteme de drept au personalitate juridică (d.e. în dreptul belgian, englez, luxemburghez). În dreptul german, societățile numite *Offene Handelsgesellschaft* au numai o personalitate juridică incompletă. Tot dreptul german nu recunoaște personalitate juridică societăților civile, în timp ce, de pildă, în dreptul român și în cel francez acestea dobândesc personalitate juridică. Confruntate cu atingeri aduse concurenței de astfel de entități, provenind din state europene membre cu sisteme juridice divergente în privința recunoașterii personalității juridice, autoritățile de concurență ar fi puse în situații inextricabile. Fără îndoială, unele dintre „infractoare” ar trebui exonerate de răspundere, pentru că potrivit dreptului lor național sunt lipsite de personalitate juridică, în timp ce altele ar fi sancționate, pentru că, tot în virtutea normelor de drept național, au personalitate juridică.

Conchidem așadar că era imperios necesar ca dreptul comunitar să găsească un mijloc tehnic care să-i permită transgresarea acestor diferențieri și aplicarea nediscriminatorie a regulilor concurenței³³. Acest mijloc tehnic s-a vădit a fi noțiunea de întreprindere, înțeleasă ca entitate independentă de existența personalității juridice.

³⁰ O altă expresie des utilizată este aceea de „filiale comune”.

³¹ Deja prin Regulamentul nr. 1310/97, care l-a modificat pe cel din 1989, crearea oricărei întreprinderi comune structurale sau de plin exercițiu este supusă regulilor procedurale referitoare la concentrări.

³² Com., 25 iulie 1977, *De Laval Stork*, dec. 77/543/CEE, JOCE L 125, 23 august 1977, p. 11.

³³ Potrivit art. 6 alin. 1 Tratat CE, este prohibită orice discriminare în funcție de naționalitate: „în domeniul de aplicare a prezentului tratat și fără prejudicierea dispozițiilor particulare pe care le prevede, este interzisă orice discriminare exercitată în temeiul naționalității”.

12. O interpretare substanțială a noțiunii de întreprindere. În 1991, Curtea de Justiție a Comunităților Europene afirma fără ezitări următoarea definiție: „*în contextul dreptului concurenței, prin noțiunea de întreprindere înțelegem orice entitate care exercită o activitate economică, independent de statutul juridic al acestei entități și de modul său de finanțare* (s.n.)³⁴”. S-a optat deci pentru interpretarea substanțială a noțiunii, cea mai adecvată de altfel în dreptul economic, întrucât este susceptibilă să releve „fondul”³⁵, adică, în analiza noastră, activitatea cu caracter economic.

Or, dacă activitatea (economică) este comună oricărui operator pe piață, fie că este dotat, fie că nu este dotat cu personalitate juridică, înseamnă că întreprinderea este suportul acestei activități și poate îmbrăca numeroase forme. De aceea în doctrină s-a scris, poate prea radical: „*întreprinderea nu este un concept juridic, ci un instrument de referință care se pretează la toate conjugările. Este...o paradigmă juridică*”³⁶.

³⁴ CJCE, 23 aprilie 1991, *Klaus. Höfner și Fritz. Elser c. Macrotron GmbH*, af. C-41/90, Rec. 1991, I, p. 1979.

³⁵ G. Farjat, *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*, RIDE, 1986, p. 9 și urm., cf. L. Arcelin, op. cit., p. 68.

³⁶ A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, Rev. Comm., 1985, p. 621, cf. L. Arcelin, op. cit., p. 81.