



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

7. september 2017*

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – virksomhedsovertagelser – forordning (EF) nr. 139/2004 – artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 4 – anvendelsesområde – begrebet »fusion« – ændring af karakteren af kontrollen over en eksisterende virksomhed fra enekontrol til fælles kontrol – oprettelse af et joint venture-selskab, der på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner«

I sag C-248/16,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig) ved afgørelse af 31. marts 2016, indgået til Domstolen den 2. maj 2016, i sagen

Austria Asphalt GmbH & Co. OG

mod

Bundeskartellanwalt,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, J.L. da Cruz Vilaça, Domstolens vicepræsident, A. Tizzano (refererende dommer), og dommerne A. Borg Barthet, E. Levits og F. Biltgen,

generaladvokat: J. Kokott,

justitssekretær: fuldmægtig X. Lopez Bancalari,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 22. marts 2017,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Austria Asphalt GmbH & Co. OG ved Rechtsanwälte B. Kofler-Senoner, S. Huber, M. Mayer og H. Kristoferitsch,
 - Bundeskartellanwalt ved A. Mair, H.L. Majer og G. Stifter, som befuldmægtigede,
 - Europa-Kommissionen ved T. Christoforou, H. Leupold og M. Farley, som befuldmægtigede,
- og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 27. april 2017,

* Processprog: tysk.

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 3 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser («EF-fusionsforordningen») (EUT 2004, L 24, s. 1).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Austria Asphalt GmbH & Co. OG (herefter »Austria Asphalt«) og Bundeskartellanwalt (forbundsstatens repræsentant i kartelsager) vedrørende en angivelig fusion.

Retsforskrifter

- 3 Femte, sjette, ottende og tyvende betragtning til forordning nr. 139/2004 er affattet som følger:

»(5) Det bør [...] sikres, at strukturændringerne ikke på længere sigt skader konkurrencen. Fællesskabsretten bør derfor indeholde bestemmelser vedrørende de fusioner, der vil kunne hæmme den effektive konkurrence på det fælles marked eller en væsentlig del heraf betydeligt.

(6) Der er derfor behov for en særlig retsakt, der kan muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet, og som skal være den eneste retsakt, der finder anvendelse på sådanne fusioner. Forordning (EØF) nr. 4064/89 har gjort det muligt at udvikle en fællesskabspolitik på dette område. På baggrund af de hidtidige erfaringer bør denne forordning imidlertid nu omarbejdes til et sæt regler, der kan imødegå de udfordringer, som et mere integreret marked og den fremtidige udvidelse af Den Europæiske Union indebærer. I overensstemmelse med nærheds- og proportionalitetsprincipperne i traktatens artikel 5 indeholder denne forordning kun det mindstemål af bestemmelser, der er nødvendige for at nå målet, som er at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence.

[...]

(8) De bestemmelser, der skal fastsættes i denne forordning, bør gælde for væsentlige strukturændringer, hvis virkninger for markedet går ud over en enkelt medlemsstats grænser. Sådanne fusioner bør som hovedregel udelukkende behandles på fællesskabsplan, inden for rammerne af et system med kun én kontrolinstans og i overensstemmelse med nærhedsprincippet. De fusioner, der ikke er omfattet af denne forordning, henhører i princippet under medlemsstaternes kompetence.

[...]

(20) Det er hensigtsmæssigt at definere fusionsbegrebet på en sådan måde, at det omfatter transaktioner, der medfører en varig ændring i de deltagende virksomheders kontrolforhold og dermed i markedets strukturer. Denne forordnings anvendelsesområde bør derfor omfatte alle joint ventures, der på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner. Endvidere bør transaktioner, der er nært knyttet til hinanden, fordi de er sammenkædet ved en betingelse eller har form af en serie værdipapirhandler, som finder sted inden for en rimelig kort periode, behandles som én og samme fusion.«

4 Artikel 2, stk. 1 og 4, i forordning nr. 139/2004 bestemmer:

»1. Fusioner, der er omfattet af denne forordning, vurderes på grundlag af målene for denne forordning og følgende bestemmelser med henblik på at fastslå, om de er forenelige med det fælles marked.

I denne vurdering tager Kommissionen hensyn til:

a) nødvendigheden af at bevare og udvikle en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet, bl.a. under hensyn til alle de berørte markeders struktur samt den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder beliggende i eller uden for Fællesskabet

[...]

4. I det omfang, hvor etableringen af et joint venture, som udgør en fusion efter artikel 3, har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd, vurderes denne samordning efter kriterierne i traktatens artikel [101], stk. 1 og 3 [TEUF], for at fastslå, om transaktionen er forenelig med fællesmarkedet.«

5 Forordningens artikel 3 med overskriften »Definition af en fusion« bestemmer i stk. 1 og 4:

»1. Der anses at foreligge en fusion, når en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag beror på,

[...]

b) at en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, eller en eller flere virksomheder ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.

[...]

4. Oprettelse af joint venture-selskaber, som på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, udgør en fusion efter stk. 1, litra b).«

6 Artikel 21 i forordning nr. 139/2004 med overskriften »Anvendelse af forordningen og jurisdiktion« bestemmer i stk. 1:

»Kun denne forordning finder anvendelse på fusioner efter artikel 3, og Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 [af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EUT 2003, L 1, s. 1)], (EØF) nr. 1017/68 [...], (EØF) nr. 4056/86 [...] og (EØF) nr. 3975/87 [...] finder ikke anvendelse undtagen på joint ventures uden fællesskabsdimension, hvis oprettelse har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd.«

Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

7 Austria Asphalt er et datterselskab af Strabag SE, som kontrollerer selskabet indirekte. Strabag-koncernen, som disse selskaber er en del af, er en international byggekonzern, der bl.a. er aktiv inden for vejanlæg.

- 8 Porr AG, som ligeledes er en del af en international byggekonzern, der anlægger veje, ejer hele kapitalen i Teerag Asdag AG. Sidstnævnte selskab er ene-ejer af asfaltblande-anlægget Mürzzuschlag (herefter »målvirksomheden«), som fremstiller den asfalt, der bruges ved anlæg af veje. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at den største del af denne virksomheds produktion leveres til Porr-konzernen, således at den pågældende virksomhed ikke kan kvalificeres som et selvstændigt fungerende joint venture-selskab.
- 9 Austria Asphalt og Teerag Asdag tilsigter at oprette et selskab efter østrigsk ret, som skal købe målvirksomheden. Det er således bestemt, at Austria Asphalt skal eje 50% af kapitalen i dette selskab og i fællesskab med Teerag Asdag skal udøve kontrol over målvirksomheden. Teerag Asdag skal derfor fra tidspunktet for denne transaktion udøve en kontrol over målvirksomheden, der ikke længere er en enekontrol, men en kontrol i fællesskab med Austria Asphalt. Ifølge den forelæggende ret kan det joint venture-selskab, der følger af den pågældende transaktion, heller ikke kvalificeres som et selvstændigt fungerende joint venture-selskab, eftersom den største del af dets produktion leveres til virksomhederne i de to koncerner, der kontrollerer det.
- 10 Den 3. august 2015 anmeldte Austria Asphalt fusionsplanen til forbundsstatens konkurrencemyndighed.
- 11 I henhold til de nationale procedureregler anmodede forbundsstatens repræsentant i kartelsager Kartellgericht (konkurrencedomstol, Østrig) om at efterprøve planen. Denne ret var i det væsentlige af den opfattelse, at den påtænkte transaktion udgjorde en fusion som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004, og at eftersom de øvrige betingelser i forordningen var opfyldt, kunne transaktionen ikke behandles på grundlag af østrigsk ret. Den fastslog derfor, at den ikke havde kompetence, og afviste ved afgørelse af 6. oktober 2015 begæringen om efterprøvelse.
- 12 Austria Asphalt har anlagt sag til prøvelse af denne afgørelse ved Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig), idet den har gjort gældende, at oprettelse af et joint venture-selskab i henhold til forordningens artikel 3, stk. 4, kun giver anledning til en fusion, såfremt dette selskab på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, dvs. for så vidt som der er tale om et selvstændigt fungerende joint venture-selskab. Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag, således at forordning nr. 139/2004 ikke finder anvendelse.
- 13 Den forelæggende ret har indledningsvis anført, at der ikke findes retspraksis, der præciserer rækkevidden af begrebet »oprettelse af joint venture-selskaber« som omhandlet i artikel 3, stk. 4, i forordning nr. 139/2004, eller som afklarer forholdet mellem denne bestemmelse og forordningens artikel 3, stk. 1, som generelt fastlægger de kriterier, der skal være opfyldt, for at der kan anses at foreligge en fusion ud over de tilfælde, hvor to eller flere virksomheder eller dele af sådanne virksomheder fusioneres. Dernæst gør hverken Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion efter forordning nr. 139/2004 (EUT 2008, C 95, s. 1) eller Kommissionens afgørelsespraksis det muligt at foretage en klar fortolkning af disse bestemmelser. Endelig er juridisk litteratur herom tvetydig.
- 14 Under disse omstændigheder har Oberster Gerichtshof (øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »Skal artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 4, i [forordning nr. 139/2004] fortolkes således, at det ved ændring fra enekontrol til fælles kontrol af en eksisterende virksomhed, hvor den virksomhed, der tidligere havde enekontrollen, fortsat deltager som medkontrollerende del, kun medfører en fusion, hvis denne virksomhed[, der er blevet genstand for ændrede kontrolforhold,] på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner?«

Om det præjudicielle spørgsmål

- 15 Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 4, i forordning nr. 139/2004 skal fortolkes således, at der efter en ændring af karakteren af den kontrol, der udøves over en eksisterende virksomhed, fra en enekontrol til en fælles kontrol kun er tale om en fusion, såfremt det joint venture-selskab, der følger af en sådan transaktion, på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner.
- 16 Med henblik på at besvare dette spørgsmål bemærkes, at det følger af forordningens artikel 3, stk. 1, litra b), at der anses at foreligge en fusion, når en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag beror på, at en eller flere virksomheder erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.
- 17 Ifølge forordningens artikel 3, stk. 4, udgør en oprettelse af joint venture-selskaber imidlertid kun en fusion efter artiklens stk. 1, litra b), såfremt virksomheden på et varigt grundlag varetager samtlige funktioner i en selvstændig erhvervsvirksomhed.
- 18 Det skal således konstateres, at ordlyden af forordningens artikel 3 ikke i sig selv gør det muligt at afgøre, om en fusion som omhandlet i forordningen kan anses at foreligge efter en transaktion, hvorefter kontrollen over en eksisterende virksomhed, der var en enekontrol, nu overgår til en fælles kontrol, når det joint venture-selskab, der følger af denne transaktion, ikke varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner.
- 19 En sådan transaktion indebærer nemlig for det første en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag for den virksomhed, som er genstand for transaktionen, som således opfylder et af de tre kriterier, der er fastsat i forordningens artikel 3, stk. 1, litra b), og kan for det andet anses for at oprette et joint venture-selskab og således for at henhøre under artikel 3, stk. 4, således at der kun er tale om en fusion, såfremt denne virksomhed på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner.
- 20 Når der ikke på grundlag af en fortolkning af ordlyden af en EU-retlig bestemmelse kan tages stilling til den nøjagtige rækkevidde heraf, må bestemmelserne fortolkes på grundlag af deres formål og almindelige opbygning (jf. i denne retning dom af 31.3.1998, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, C-68/94 og C-30/95, EU:C:1998:148, præmis 168, og af 7.4.2016, Marchen Germany, C-315/14, EU:C:2016:211, præmis 28 og 29).
- 21 For så vidt angår de mål, der forfølges med forordning nr. 139/2004, fremgår det af femte, sjette og ottende betragtning til forordningen, at denne har til formål at sikre, at reorganiseringer i erhvervslivet ikke på længere sigt skader konkurrencen. EU-retten bør ifølge disse betragtninger derfor indeholde bestemmelser vedrørende de fusioner, der vil kunne hæmme den effektive konkurrence på det indre marked eller en væsentlig del heraf betydeligt, og muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i EU. Forordningen bør derfor gælde for væsentlige strukturændringer, hvis virkninger for markedet går ud over en enkelt medlemsstats grænser.
- 22 Som det fremgår af 20. betragtning til forordningen, skal fusionsbegrebet således defineres på en sådan måde, at det omfatter transaktioner, der medfører en varig ændring i de deltagende virksomheders kontrolforhold og dermed i markedets strukturer. For så vidt angår joint venture-selskaber omfattes disse også af forordningens anvendelsesområde, såfremt de på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner.

- 23 I denne forbindelse, og som anført af generaladvokaten i punkt 28 i forslaget til afgørelse, foretages der ingen sontring i betragtningerne til forordning nr. 139/2004 mellem, om den omhandlede virksomhed er nyoprettet efter den pågældende fusion, eller om den allerede eksisterer og hidtil har været undergivet en koncerns enekontrol og nu overgår til at være undergivet flere virksomheders fælles kontrol.
- 24 Denne manglende sontring er fuldt ud begrundet som følge af den omstændighed, at selv om oprettelsen af et joint venture-selskab skal prøves af Kommissionen i forhold til dens virkninger på markedets struktur, vil sådanne virkninger afhænge af, at et sådant joint venture-selskab rent faktisk indtræder på markedet, dvs. en virksomhed, der på varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner.
- 25 Forordningens artikel 3 omfatter derfor kun joint venture-selskaber, for så vidt som oprettelsen af disse har en varig indvirkning på markedets struktur.
- 26 En sådan fortolkning understøttes af samme forordnings artikel 3, stk. 1, litra b), som bestemmer, at det grundlæggende element i begrebet fusion ikke er, at der oprettes en virksomhed, men at der sker en ændring i en virksomheds kontrolforhold.
- 27 En modsat fortolkning af artikel 3 i forordning nr. 139/2004 såsom den, som bl.a. Kommissionen har argumenteret for, ville føre til en ubegrundet forskelsbehandling mellem på den ene side de virksomheder, der oprettes efter den pågældende fusion, og som kun omfattes af begrebet fusion, såfremt de på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, og de virksomheder, der allerede eksisterer inden en sådan fusion, og som omfattes af begrebet, uanset om de, når transaktionen er gennemført, på et varigt grundlag varetager de pågældende funktioner.
- 28 Det følger heraf, at artikel 3, stk. 4, i forordning nr. 139/2004, henset til de formål, der forfølges med forordningen, skal fortolkes således, at den henviser til oprettelsen af et joint venture-selskab, dvs. en transaktion, i forlængelse af hvilken en virksomhed, der er genstand for fælles kontrol af mindst to andre virksomheder, indtræder på markedet, uden at det er af betydning, om denne virksomhed, der nu er genstand for fælles kontrol, eksisterede inden den omhandlede transaktion.
- 29 En sådan fortolkning af artikel 3 er ligeledes i overensstemmelse med den generelle opbygning af forordning nr. 139/2004.
- 30 Selv om det er korrekt, at den forebyggende kontrol med fusioner, der er indført ved forordningen, ifølge sjette betragtning til forordningen vedrører indvirkning på konkurrencestrukturen i EU, følger det på ingen måde deraf, at enhver adfærd fra virksomhedernes side, der ikke har en sådan indvirkning, falder uden for Kommissionens eller de kompetente nationale myndigheders kontrol på konkurrenceområdet.
- 31 Den pågældende forordning udgør i lighed med navnlig forordning nr. 1/2003 en del af et lovgivningskompleks, der har til formål at gennemføre artikel 101 TEUF og 102 TEUF samt at oprette et kontrolsystem, der sikrer, at konkurrencen inden for EU's indre marked ikke forrejses.
- 32 Som det følger af artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004, er denne forordning den eneste, der finder anvendelse på fusioner som defineret i forordningens artikel 3, og på hvilke forordning nr. 1/2003 principielt ikke finder anvendelse.
- 33 Sidstnævnte forordning finder derimod anvendelse på den adfærd hos virksomheder, som, uden at den udgør en fusion som omhandlet i forordning nr. 139/2004, ikke desto mindre kan føre til en koordinering mellem dem, der er i strid med artikel 101 TEUF, og som af denne grund er undergivet Kommissionens eller de nationale konkurrencemyndigheders kontrol.

- 34 Kommissionens fortolkning af artikel 3 i forordning nr. 139/2004, hvorefter en ændring af et selskabs kontrolforhold fra enekontrol til fælles kontrol er omfattet af fusionsbegrebet, selv om dette joint venture-selskab ikke på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, er således ikke i overensstemmelse med samme forordnings artikel 21, stk. 1. Såfremt en sådan fortolkning lægges til grund, ville det føre til en udvidelse af den forebyggende kontrol, der er fastsat i forordningen, til at omfatte transaktioner, som ikke kan påvirke strukturen af det pågældende marked, og tilsvarende indskrænke anvendelsesområdet for forordning nr. 1/2003, som ikke længere ville finde anvendelse på sådanne transaktioner, selv om disse vil kunne medføre en koordinering mellem virksomheder som omhandlet i artikel 101 TEUF.
- 35 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal spørgsmålet besvares med, at artikel 3 i forordning nr. 139/2004 skal fortolkes således, at der efter en ændring i karakteren af den kontrol, der er blevet udøvet over en eksisterende virksomhed, fra enekontrol til fælles kontrol kun er tale om en fusion, såfremt det joint venture-selskab, der opstår efter en sådan transaktion, på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner.

Sagsomkostninger

- 36 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Femte Afdeling) for ret:

Artikel 3 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) skal fortolkes således, at der efter en ændring i karakteren af den kontrol, der er blevet udøvet over en eksisterende virksomhed, fra enekontrol til fælles kontrol, kun er tale om en fusion, såfremt det joint venture-selskab, der opstår efter en sådan transaktion, på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner.

Underskrifter