



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 7 de septiembre de 2017\*

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Concentración de empresas — Reglamento (CE) n.º 139/2004 — Artículo 3, apartado 1, letra b), y apartado 4 — Ámbito de aplicación — Concepto de “concentración” — Cambio de naturaleza del control de una empresa existente, que deja de ser exclusivo y pasa a ser conjunto — Creación de una empresa en participación que desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma»

En el asunto C-248/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo, Austria), mediante resolución de 31 de marzo de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de mayo de 2016, en el procedimiento entre

**Austria Asphalt GmbH & Co. OG**

y

**Bundeskartellanwalt,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. J. L. da Cruz Vilaça, Presidente de Sala, el Sr. A. Tizzano (Ponente), Vicepresidente del Tribunal de Justicia, y los Sres. A. Borg Barthet, E. Levits y F. Biltgen, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sra. X. Lopez Bancalari, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 22 de marzo de 2017;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Austria Asphalt GmbH & Co. OG, por los Sres. B. Kofler-Senoner, S. Huber, M. Mayer y H. Kristoferitsch, Rechtsanwälte;
- en nombre del Bundeskartellanwalt, por los Sres. A. Mair, H. L. Majer y G. Stifter, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. T. Christoforou, H. Leupold y M. Farley, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 27 de abril de 2017;

\* Lengua de procedimiento: alemán.

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DO 2004, L 24, p. 1).
- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Austria Asphalt GmbH & Co. OG (en lo sucesivo, «Austria Asphalt») y el Bundeskartellanwalt (Defensor de la Competencia, Austria) respecto a una supuesta operación de concentración.

### **Marco jurídico**

- 3 Los considerandos 5, 6, 8 y 20 del Reglamento n.º 139/2004 tienen el siguiente tenor:
  - «(5) [...] es necesario garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio duradero a la competencia; el Derecho comunitario debe, por consiguiente, contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
  - (6) Por consiguiente, es preciso un instrumento jurídico específico que permita un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único instrumento aplicable a estas concentraciones. El Reglamento (CEE) n.º 4064/89 ha permitido desarrollar una política comunitaria en este ámbito. No obstante, a la luz de la experiencia adquirida, en estos momentos resulta oportuno refundir dicho Reglamento en un texto legislativo que responda a los retos de un mercado más integrado y de la futura ampliación de la Unión Europea. Con arreglo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5 del Tratado, el presente Reglamento no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar que no se distorsione la competencia en el mercado común, conforme al principio de una economía de mercado abierta con libre competencia.

[...]

- (8) Las disposiciones del presente Reglamento deberían aplicarse a las modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro. Por regla general, estas concentraciones deberían ser examinadas exclusivamente a escala comunitaria, en aplicación de un procedimiento de “ventanilla única” y con arreglo al principio de subsidiariedad. Las concentraciones no cubiertas por el presente Reglamento son, en principio, competencia de los Estados miembros.

[...]

- (20) Es preciso definir el concepto de concentración de forma que abarque las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado. En consecuencia, resulta adecuado incluir también en el ámbito de aplicación del presente Reglamento las empresas en participación que ejerzan de forma duradera todas las funciones propias de una entidad económica autónoma. Es preciso, además, considerar como una sola concentración transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición o adoptar la forma de una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo.»

4 El artículo 2, apartados 1 y 4, del Reglamento n.º 139/2004 establece lo siguiente:

«1. Las concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente Reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

a) la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

[...]

4. En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituya una concentración con arreglo al artículo 3 tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo [101 TFUE], con objeto de determinar si la operación es compatible con el mercado común.»

5 El artículo 3 del citado Reglamento, titulado «Definición de concentración», dispone lo siguiente en sus apartados 1 y 4:

«1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

[...]

b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

[...]

4. La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1.»

6 El artículo 21 del Reglamento n.º 139/2004, titulado «Aplicación del presente Reglamento y competencias», establece lo siguiente en su apartado 1:

«El presente Reglamento sólo será aplicable a las concentraciones definidas en el artículo 3, y los Reglamentos (CE) n.º 1/2003 [del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1)], (CEE) n.º 1017/68 [...], (CEE) n.º 4056/86 [...] y (CEE) n.º 3975/87 [...] no serán aplicables, salvo a las empresas en participación sin dimensión comunitaria cuyo objeto o efecto sea coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes.»

### *Litigio principal y cuestión prejudicial*

- 7 Austria Asphalt es una filial de Strabag SE, que la controla indirectamente. El grupo Strabag, al que pertenecen estas sociedades, es un grupo internacional de empresas de construcción que desarrolla su actividad concretamente en el ámbito de las vías públicas.
- 8 Porr AG, que también forma parte de un grupo internacional de empresas de construcción que construye carreteras, es propietaria de la totalidad del capital de Teerag Asdag AG. Esta última entidad es la única propietaria de la central de mezcla asfáltica de Mürzzuschlag (en lo sucesivo, «empresa objetivo»), que produce el asfalto necesario para la construcción de carreteras. De la resolución de remisión se desprende que la mayor parte de la producción de esta empresa se destina al grupo Porr, de modo que, con arreglo a la mencionada resolución, dicha empresa no puede calificarse de empresa con plenas funciones.
- 9 Austria Asphalt y Teerag Asdag prevén crear una sociedad con arreglo a la legislación austríaca que adquirirá la empresa objetivo. Así, está previsto que Austria Asphalt tenga el 50 % del capital de esta sociedad y ejerza, junto con Teerag Asdag, el control de la empresa objetivo. Por ello, a partir de la fecha de la operación, Teerag Asdag ya no ejercerá un control exclusivo sobre la empresa objetivo sino conjunto con Austria Asphalt. Según el órgano jurisdiccional remitente, la empresa en participación que resulta de la mencionada operación tampoco puede calificarse de empresa en participación con plenas funciones, dado que la mayor parte de su producción irá destinada a las empresas de los dos grupos que la controlan.
- 10 Austria Asphalt notificó el proyecto de concentración a la Oficina Federal de Defensa de la Competencia el 3 de agosto de 2015.
- 11 En virtud de disposiciones procedimentales nacionales, la Oficina Federal de Defensa de la Competencia solicitó al Kartellgericht (Tribunal de Defensa de la Competencia, Austria) que examinase este proyecto. Este órgano consideró, esencialmente, que la operación planteada constituía una concentración a efectos del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 139/2004 y que, dado que se cumplían las demás condiciones establecidas en el mencionado Reglamento, esta operación no podía examinarse a la luz del Derecho austríaco. Por ello, se declaró incompetente y, mediante resolución de 6 de octubre de 2015, desestimó la solicitud de examen.
- 12 Austria Asphalt recurrió esta resolución ante el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo, Austria), alegando que, con arreglo al artículo 3, apartado 4, del mencionado Reglamento, la creación de una empresa en participación sólo da lugar a una operación de concentración cuando esta empresa desempeña de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma, es decir, en la medida en que se trate de una empresa en participación con plenas funciones. Ahora bien, según Austria Asphalt, no ocurre así en el presente asunto, por lo que el Reglamento n.º 139/2004 no es aplicable.
- 13 El órgano jurisdiccional remitente señala, ante todo, que no existe ninguna jurisprudencia que precise el alcance del concepto «creación de una empresa en participación» del artículo 3, apartado 4, del Reglamento n.º 139/2004, o que clarifique las relaciones entre esta disposición y el artículo 3, apartado 1, de ese Reglamento, y que defina de manera general los criterios en cuya presencia se considera realizada una concentración más allá del caso de la fusión de dos o más empresas o de partes de tales empresas. Seguidamente, el órgano jurisdiccional remitente señala que ni la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento n.º 139/2004 (DO 2008, C 95, p. 1), ni la práctica decisoria de la Comisión permiten interpretar con claridad estas disposiciones. Por último, según el órgano jurisdiccional remitente, la doctrina se encuentra también dividida.

14 En estas circunstancias, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 3, apartados 1, letra b), y 4, del [Reglamento n.º 139/2004] en el sentido de que, cuando se pasa de un control exclusivo a un control conjunto de una empresa concreta, de manera que la empresa que hasta ese momento ejercía el control exclusivo sigue participando en el control conjunto, sólo estaremos ante una concentración si la empresa [cuyo control se modifica] desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma?»

### *Sobre la cuestión prejudicial*

15 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 3, apartados 1, letra b), y 4, del Reglamento n.º 139/2004 debe interpretarse en el sentido de que sólo se entenderá que se produce una concentración como resultado del cambio de naturaleza del control ejercido sobre una empresa existente, que deja de ser exclusivo y pasa a ser conjunto, si la empresa en participación resultante de tal operación desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma.

16 Para responder a esta cuestión, procede destacar que, conforme al tenor del artículo 3, apartado 1, letra b), del mencionado Reglamento, se entenderá que se produce una concentración, en particular, cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de la adquisición, por una o varias empresas, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

17 No obstante, según el artículo 3, apartado 4, del citado Reglamento, la creación de una empresa en participación únicamente constituirá una concentración a efectos del apartado 1, letra b), de ese artículo si tal empresa desempeña de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma.

18 Por ello, es preciso señalar que la redacción del artículo 3 del mencionado Reglamento no permite, por sí misma, determinar si se entiende que se produce una concentración, en el sentido de dicha norma, como resultado de una operación mediante la que el control de una empresa existente deja de ser exclusivo y pasa a ser conjunto cuando la empresa en participación resultante de tal operación no desempeña todas las funciones propias de una entidad económica autónoma.

19 En efecto, esa operación implica, por una parte, un cambio duradero del control de la empresa que es objeto de la misma, lo que responde a uno de los criterios previstos en el artículo 3, apartado 1, letra b), de ese Reglamento, y, por otra parte, puede considerarse que crea una empresa en participación y quedar comprendido por tanto en el artículo 3, apartado 4, de modo que solo se entenderá producida una concentración si esa empresa desempeña de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma.

20 Pues bien, cuando la interpretación literal de una disposición del Derecho de la Unión no permite apreciar su alcance exacto, procede interpretar la normativa en cuestión basándose tanto en su finalidad como en su sistema general (véanse, en este sentido, las sentencias de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, C-68/94 y C-30/95, EU:C:1998:148, apartado 168, y de 7 de abril de 2016, Marchon Germany, C-315/14, EU:C:2016:211, apartados 28 y 29).

21 En lo que atañe a los objetivos perseguidos por el Reglamento n.º 139/2004, de sus considerandos 5, 6 y 8 se desprende que éste pretende garantizar que las reestructuraciones de empresas no causen un perjuicio duradero a la competencia. Por ello, conforme a los considerandos mencionados, el Derecho de la Unión debe contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo

y que permita un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Unión. Por ello, este Reglamento debería aplicarse a las modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro.

- 22 Así, como se desprende del considerando 20 del citado Reglamento, el concepto de concentración debe definirse de forma que abarque las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado. Igualmente, en lo que respecta a las empresas en participación, éstas deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de ese Reglamento si ejercen de forma duradera todas las funciones propias de una entidad económica autónoma.
- 23 A este respecto, como ha señalado la Abogado General en el punto 28 de sus conclusiones, la exposición de motivos del Reglamento n.º 139/2004 no establece ninguna diferencia en función de que la empresa de que se trate haya sido creada como resultado de la operación considerada o de que, existiendo con anterioridad y sometida hasta entonces al control único de un solo grupo, dicha empresa pase a ser controlada conjuntamente por varias empresas.
- 24 Esta inexistencia de distinción se justifica plenamente por el hecho de que, si bien la creación de una empresa en participación debe ser controlada por la Comisión respecto a sus efectos sobre la estructura del mercado, que se produzcan tales efectos depende de la aparición efectiva de dicha empresa en participación en el mercado, es decir, de una empresa que ejerce de forma duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma.
- 25 Por ello, el artículo 3 del mencionado Reglamento únicamente se aplica a las empresas en participación si su creación produce un efecto duradero sobre la estructura del mercado.
- 26 Esta interpretación se ve corroborada por el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento citado, que no establece como elemento constitutivo del concepto de concentración la creación de una empresa, sino la modificación del control de una empresa.
- 27 Adoptar una interpretación contraria del artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, como la sostenida en particular por la Comisión, llevaría a una diferencia de trato injustificada entre, por una parte, las empresas nuevas creadas a raíz de la operación de que se trate, que únicamente quedarían comprendidas en el concepto de concentración si ejerciesen de forma duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma, y las empresas preexistentes a dicha operación, que quedarían comprendidas en dicho concepto independientemente del hecho de que, una vez realizada la operación, ejerzan de forma duradera tales funciones.
- 28 De ello resulta que, a la vista de los objetivos perseguidos por el Reglamento n.º 139/2004, su artículo 3, apartado 4, debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la creación de una empresa en participación, es decir, a una operación a raíz de la cual aparece en el mercado una empresa controlada en común por al menos dos empresas, sin que sea relevante que esta empresa que pasa a ser controlada en común existiera antes de la operación en cuestión.
- 29 Esta interpretación del mencionado artículo 3 se inscribe también en el sistema general del Reglamento n.º 139/2004.
- 30 Si bien es cierto que, conforme al considerando 6 de este Reglamento, el control preventivo de las operaciones de concentración establecido por éste se refiere a las operaciones de concentración que tengan un efecto sobre la estructura de la competencia en la Unión, de ello no resulta en modo alguno que todo comportamiento de las empresas que no produzca tales efectos escape al control de la Comisión o de las autoridades nacionales de competencia.

- 31 Pues bien, el mencionado Reglamento, así como, en particular, el Reglamento n.º 1/2003, forman parte de un conjunto de medidas legislativas destinadas a aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE y a establecer un sistema de control que garantice que no se falsee la competencia en el mercado interior de la Unión.
- 32 Como se desprende del artículo 21, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, este último Reglamento sólo es aplicable a las concentraciones definidas en su artículo 3, a las que el Reglamento n.º 1/2003 no es, en principio, aplicable.
- 33 En cambio, este último Reglamento sigue siendo aplicable a los comportamientos de empresas que, sin constituir una operación de concentración a efectos del Reglamento n.º 139/2004, puedan sin embargo dar lugar a una coordinación entre ellas contraria al artículo 101 TFUE y que, por ese motivo, están sometidos al control de la Comisión o de las autoridades nacionales de competencia.
- 34 Por ello, no es conforme con el artículo 21, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 la interpretación hecha por la Comisión de su artículo 3, conforme a la cual el cambio del control de una empresa que pasa de ser exclusivo a ser común queda comprendido en el concepto de concentración aun cuando esta empresa en participación no ejerza de forma duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma. En efecto, adoptar tal interpretación llevaría a ampliar el control preventivo previsto por ese Reglamento a operaciones que no pueden tener efectos sobre la estructura del mercado afectado y a reducir, de forma correlativa, el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1/2003, que dejaría por tanto de ser aplicable a tales operaciones, pese a que éstas pueden dar lugar a una coordinación entre empresas a efectos del artículo 101 TFUE.
- 35 A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004 debe interpretarse en el sentido de que sólo se entenderá que se produce una concentración como resultado del cambio de naturaleza del control ejercido sobre una empresa existente, que deja de ser exclusivo y pasa a ser conjunto, si la empresa en participación resultante de tal operación desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma.

### *Costas*

- 36 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

**El artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»), debe interpretarse en el sentido de que sólo se entenderá que se produce una concentración como resultado del cambio de naturaleza del control ejercido sobre una empresa existente, que deja de ser exclusivo y pasa a ser conjunto, si la empresa en participación resultante de tal operación desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma.**

Firmas