



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

7 september 2017*

”Begäran om förhandsavgörande – Konkurrens – Företagskoncentration – Förordning (EG) nr 139/2004 – Artikel 3.1 b och 3.4 – Tillämpningsområde – Begreppet ’koncentration’ – Ändring av kontrollen över ett befintligt företag från ensam till gemensam – Bildande av ett gemensamt företag som på varaktig basis uppfyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner”

I mål C-248/16,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike) genom beslut av den 31 mars 2016, som inkom till domstolen den 2 maj 2016, i målet

Austria Asphalt GmbH & Co. OG

mot

Bundeskartellanwalt,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.L. da Cruz Vilaça samt domarna A. Tizzano (referent), domstolens vice ordförande, A. Borg Barthet, E. Levits och F. Biltgen,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: handläggaren X. Lopez Bancalari,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 22 mars 2017,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Austria Asphalt GmbH & Co. OG, genom B. Kofler-Senoner, S. Huber, M. Mayer och H. Kristoferitsch, Rechtsanwälte,
- Bundeskartellanwalt, genom A. Mair, H.L. Majer och G. Stifter, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom T. Christoforou, H. Leupold och M. Farley, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 27 april 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

* Rättegångsspråk: tyska.

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 3 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EG:s koncentrationsförordning) (EUT L 24, 2004, s. 1).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Austria Asphalt GmbH & Co. OG (nedan kallat Austria Asphalt) och Bundeskartellanwalt (Federala ombudet i konkurrensärenden), angående en påstådd företagskoncentration.

Tillämpliga bestämmelser

- 3 Skälen 5, 6, 8 och 20 i förordning nr 139/2004 har följande lydelse:

”(5) Åtgärder måste ... vidtas för att säkerställa att omstruktureringsprocessen inte på längre sikt skadar konkurrensen. Gemenskapsrätten bör därför innehålla bestämmelser om sådana koncentrationer som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den.

(6) Det är därför nödvändigt med en särskild rättsakt som möjliggör en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom gemenskapen. Den skall vara den enda rättsakt som är tillämplig på sådana koncentrationer. Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 har gjort det möjligt att utveckla en gemenskapspolitik på detta område. Mot bakgrund av de erfarenheter som har gjorts bör emellertid denna förordning omarbetas till en lagstiftning som är anpassad till de utmaningar som en mer integrerad marknad och den framtida utvidgningen av Europeiska unionen medför. I enlighet med subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna i artikel 5 i fördraget går denna förordning inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet att se till att konkurrensen på den gemensamma marknaden inte snedvrids.

...

(8) De bestämmelser som skall antas i denna förordning bör gälla betydande strukturförändringar vars verkningar på marknaden sträcker sig utöver en enskild medlemsstats gränser. Sådana koncentrationer bör generellt ses över uteslutande på gemenskapsnivå, i enlighet med principen om prövning vid en enda instans ('one-stop-shop') och subsidiaritetsprincipen.

...

(20) Begreppet koncentration bör definieras på ett sådant sätt att det omfattar transaktioner som medför en varaktig förändring av kontrollen över de berörda företagen och därmed av marknadsstrukturen. Det är därför lämpligt att gemensamma företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner omfattas av förordningens tillämpningsområde. Vidare bör sådana transaktioner som har nära anknytning till varandra genom att de är förenade genom villkor eller genomförs under tämligen kort tid i form av en rad transaktioner med värdepapper betraktas som en enda koncentration.”

- 4 I artikel 2.1 och 2.4 i förordning nr 139/2004 föreskrivs följande:

”1. Koncentrationer som omfattas av denna förordning skall bedömas i enlighet med målen i denna förordning och på grundval av följande bestämmelser för att fastställa om de är förenliga med den gemensamma marknaden.

När kommissionen gör sin bedömning skall den beakta

- a) behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden mot bakgrund av bland annat strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen,

...

4. I den utsträckning bildandet av ett gemensamt företag som utgör en koncentration enligt artikel 3 har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga, skall samordningen bedömas enligt kriterierna i artikel [101.1] och [101.3 FEUF], i syfte att fastställa om koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.”

- 5 I artikel 3 i nämnda förordning, med rubriken ”Definition av en koncentration”, anges följande i punkterna 1 och 4:

”1. En koncentration skall anses uppstå om en varaktig förändring av kontroll följer av att

...

- b) en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag eller ett eller flera företag genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt förvärvar kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag.

...

4. Bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner skall utgöra en koncentration enligt punkt 1 b.”

- 6 I artikel 21.1 i förordning nr 139/2004, under rubriken ”Tillämpning av förordningen och behörighet” föreskrivs följande:

”Endast denna förordning är tillämplig på koncentrationer enligt definitionen i artikel 3. Rådets förordningar (EG) nr 1/2003 [av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101] och [102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1), (EEG) nr 1017/68 ... (EEG) nr 4056/86 ... och (EEG) nr 3975/87 ... är inte tillämpliga, utom på gemensamma företag som inte har en gemenskapsdimension men som har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 7 Austria Asphalt är ett dotterbolag till Strabag SE som utövar en indirekt kontroll över Austria Asphalt. Strabag-koncernen är en internationell byggkoncern som bland annat bygger vägar.

- 8 Porr AG, som också ingår i en internationell byggkoncern som bygger vägar, innehar hela aktiekapitalet i Teerag Asdag AG. Teerag Asdag AG är ensam ägare till asfaltsverket Mürzzuschlag (nedan kallat målföretaget), vilket producerar den asfalt som behövs för vägbyggandet. Det framgår av beslutet om hänskjutande att merparten av produktionen i detta företag är avsedd för Porr-koncernen, vilket innebär att nämnda företag inte kan betraktas som ett självständigt fungerande företag.
- 9 Austria Asphalt och Teerag Asdag planerar att bilda ett bolag enligt österrikisk rätt som ska förvärva målföretaget. Tanken är att Austria Asphalt ska inneha 50 % av kapitalet i detta bolag och gemensamt med Teerag Asdag utöva kontroll över målföretaget. Från och med dagen för denna transaktion kommer Teerag Asdag således inte längre att utöva ensam kontroll över målföretaget utan kontrollen kommer att utövas gemensamt med Austria Asphalt. Enligt den hänskjutande domstolen kan det gemensamma företag som bildas genom nämnda transaktion i inte heller betraktas som ett självständigt fungerande gemensamt företag, eftersom merparten av dess produktion är avsedd för företag inom den koncern som utövar kontrollen över det.
- 10 Den 3 augusti 2015 anmälde Austria Asphalt den planerade koncentrationen till den federala konkurrensmyndigheten.
- 11 Med stöd av nationella processregler begärde det federala ombudet i kartellärenden att Kartellgericht (Konkurrensdomstolen, Österrike) skulle granska ärendet. Kartellgericht (Konkurrensdomstolen) fann att den planerade transaktionen utgjorde en koncentration i den mening som avses i artikel 3.1 b i förordning nr 139/2004 och att den, med hänsyn till att övriga villkor enligt denna förordning var uppfyllda, inte kunde bedömas på grundval av österrikisk rätt. Kartellgericht (Konkurrensdomstolen) förklarade sig därför obehörig och avvisade, genom beslut av den 6 oktober 2015, granskningsärendet.
- 12 Austria Asphalt överklagade detta beslut till Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike) då det enligt företaget följer av artikel 3.4 i nämnda förordning att bildandet av ett gemensamt företag endast ska anses ge upphov till en koncentration när företaget i fråga på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner, det vill säga i den mån det rör sig om ett självständigt fungerande gemensamt företag. Så förhåller det sig emellertid inte i förevarande fall och förordning nr 139/2004 är därför inte tillämplig.
- 13 Enligt den hänskjutande domstolen finns det ingen rättspraxis som fastställer omfattningen av begreppet "bildandet av ett gemensamt företag" enligt artikel 3.4 i förordning nr 139/2004 eller som klargör förhållandet mellan denna bestämmelse och artikel 3.1 i denna förordning där, i allmänna ordalag, de kriterier anges som ska vara uppfyllda för att en koncentration ska anses uppstå utan att två eller flera företag eller delar av sådana företag fusioneras. Inte heller framgår det på ett tydligt sätt av vare sig kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt förordning nr 139/2004 (EUT C 95, 2008, s. 1, och rättelse i EUT C 43, 2009, s. 10) eller kommissionens beslutspraxis hur dessa bestämmelser ska tolkas. Doktrinen slutligen är även den tvetydig.
- 14 Mot denna bakgrund beslutade Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:
- "Ska artikel 3.1 b och 3.4 i [förordning nr 139/2004] tolkas på så sätt att en övergång från ensam till gemensam kontroll över ett befintligt företag, där det företag som tidigare hade ensam kontroll förblir delaktigt genom gemensam kontroll, inte leder till en koncentration annat än om detta företag [som blivit föremål för ändrad kontroll] på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner?"

Tolkningsfrågan

- 15 Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida artikel 3.1 b och 3.4 i förordning nr 139/2004 ska tolkas så, att en koncentration inte ska anses ha uppstått efter en övergång från ensam till gemensam kontroll över ett befintligt företag annat än om det gemensamma företag som bildats genom en sådan transaktion på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.
- 16 Inför prövningen av denna fråga påpekas att det följer av lydelsen i artikel 3.1 b i denna förordning att en koncentration ska anses uppstå om en varaktig förändring av kontroll följer av att ett eller flera företag förvärvar kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag.
- 17 I artikel 3.4 i nämnda förordning föreskrivs emellertid att bildandet av ett gemensamt företag endast utgör en koncentration enligt punkt 1 b om företaget på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.
- 18 Det går således inte att utifrån själva lydelsen i artikel 3 i samma förordning avgöra huruvida en koncentration, i den mening som avses i sistnämnda förordning, ska anses uppstå i samband med övergång från ensam till gemensam kontroll över ett befintligt företag när det gemensamma företag som bildats genom en sådan transaktion inte fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.
- 19 En sådan transaktion ger nämligen å ena sidan upphov till en varaktig förändring av kontrollen över det företag som är föremål för transaktionen varmed ett av kriterierna i artikel 3.1 b i denna förordning är uppfyllt. Å andra sidan kan den anses utgöra ett bildande av ett gemensamt företag och därigenom komma att omfattas av artikel 3.4 på så sätt att en koncentration inte ska anses uppstå annat än om företaget i fråga på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.
- 20 När det inte är möjligt att genom en bokstavstolkning fastställa en unionsbestämmelses exakta räckvidd ska den aktuella lagstiftningen tolkas utifrån dess ändamål och allmänna systematik (se, för ett liknande resonemang, dom av den 31 mars 1998, Frankrike m.fl mot kommissionen, C-68/94 och C-30/95, EU:C:1998:148, punkt 168, och dom av den 7 april 2016, Marchon Germany, C-315/14, EU:C:2016:211, punkterna 28 och 29)
- 21 Vad beträffar de eftersträlvade målen med förordning nr 139/2004 framgår det av skälen 5, 6 och 8 att den ska säkerställa att omstruktureringar av företag inte skadar konkurrensen på längre sikt. Unionsrätten bör därför enligt dessa skäl innehålla bestämmelser om sådana koncentrationer som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens på den inre marknaden eller en väsentlig del av den och som möjliggör en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom unionen. Denna lagstiftning bör således gälla betydande strukturförändringar vars verkningar på marknaden sträcker sig utöver en enskild medlemsstats gränser.
- 22 Enligt skäl 20 i nämnda förordning bör begreppet koncentration därför definieras på ett sådant sätt att det omfattar transaktioner som medför en varaktig förändring av kontrollen över de berörda företagen och därmed av marknadsstrukturen. Gemensamma företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner ska också omfattas av förordningens tillämpningsområde.
- 23 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 28 i sitt förslag till avgörande görs i skälen till förordning nr 139/2004 ingen skillnad beroende på om företaget, genom den granskade transaktionen, har nybildats eller om det, såsom befintligt företag, har övergått från ensam kontroll av en koncern till gemensam kontroll av flera företag.

- 24 Med hänsyn till att bildandet av ett gemensamt företag ska kontrolleras av kommissionen med avseende på dess verkningar på marknadsstrukturen motiveras avsaknaden av en sådan distinktion till fullo av det faktum att uppkomsten av sådana verkningar är beroende av att ett sådant gemensamt företag verkligen uppstår på marknaden, det vill säga ett företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.
- 25 Artikel 3 i nämnda förordning avser således inte gemensamma företag annat än när bildandet av dem får varaktiga verkningar på marknadsstrukturen.
- 26 En sådan tolkning stöds av artikel 3.1 b i samma förordning där det, enligt definitionen av begreppet koncentration, inte hänvisas till bildandet av ett företag utan till förändringen av kontrollen över ett företag.
- 27 En motsatt tolkning av artikel 3 i förordning nr 139/2004, såsom den som bland andra kommissionen har förespråkat, skulle leda till en omotiverad skillnad i behandling mellan å ena sidan företag som till följd av transaktionen har nybildats, och som inte omfattas av begreppet koncentration annat än om de på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner, och å andra sidan företag som redan fanns vid tidpunkten för en sådan transaktion och som skulle omfattas av detta begrepp oberoende av huruvida de på varaktig basis fyller nämnda funktioner när transaktionen väl har genomförts.
- 28 Mot bakgrund av de mål som eftersträvas med förordning nr 139/2004 följer av det ovan anförda att artikel 3.4 i denna förordning ska tolkas så, att den hänvisar till bildandet av ett gemensamt företag, det vill säga en transaktion genom vilken ett företag som kontrolleras gemensamt av åtminstone två företag uppstår på marknaden, oberoende av huruvida detta nu gemensamt kontrollerade företag existerade före transaktionen i fråga.
- 29 En sådan tolkning av artikel 3 är även förenlig med den allmänna systematiken i förordning nr 139/2004.
- 30 Det framgår visserligen av skäl 6 i denna förordning att den förebyggande kontrollen av koncentrationer som förordningen inför avser koncentrationer som har verkningar på konkurrensstrukturen inom unionen, men däremot absolut inte att samtliga åtgärder från företagets sida som inte har sådana verkningar slipper undan kommissionens eller behöriga nationella konkurrensmyndigheters kontroll.
- 31 Nämnda förordning, precis som i synnerhet förordning (EG) nr 1/2003, ingår i ett lagstiftningspaket som syftar till att genomföra artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF och till att införa ett kontrollsystem som ska säkerställa att konkurrensen på unionens inre marknad inte snedvrids.
- 32 Såsom framgår av artikel 21.1 i förordning nr 139/2004 är denna förordning den enda som är tillämplig på koncentrationer i den mening som avses i artikel 3 i nämnda förordning, och på vilka förordning nr 1/2003 i princip inte är tillämplig.
- 33 Sistnämnda förordning är däremot fortfarande tillämplig på åtgärder från företag som, utan att leda till att företagskoncentrationer uppstår i den mening som avses i förordning nr 139/2004, kan resultera i en samordning dem emellan som strider mot artikel 101 FEUF och som kommissionen eller nationella konkurrensmyndigheter därför ska kontrollera.
- 34 Kommissionens tolkning av artikel 3 i förordning nr 139/2004, att förändringen av kontrollen över ett företag från ensam till gemensam omfattas av begreppet koncentration även när detta gemensamma företag inte på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner, är således inte förenlig med artikel 21.1 i nämnda förordning. En sådan tolkning skulle nämligen leda till att den förebyggande kontroll som avses i denna förordning utvidgas till transaktioner som inte är ägnade att

påverka strukturen på den aktuella marknaden och till en motsvarande reducering av tillämpningsområdet för förordning nr 1/2003, som då inte längre skulle vara tillämplig på sådana transaktioner, trots att de kan leda till samordnade förfaranden mellan företag i den mening som avses i artikel 101 FEUF.

- 35 Mot bakgrund av ovanstående överväganden ska frågan besvaras enligt följande. Artikel 3 i förordning nr 139/2004 ska tolkas så, att en koncentration inte ska anses ha uppstått efter en övergång från ensam till gemensam kontroll över ett befintligt företag annat än om det gemensamma företag som bildats genom en sådan transaktion på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.

Rättegångskostnader

- 36 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

Artikel 3 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EG:s koncentrationsförordning) ska tolkas så, att en koncentration inte ska anses ha uppstått efter en övergång från ensam till gemensam kontroll över ett befintligt företag annat än om det gemensamma företag som bildats genom en sådan transaktion på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.

Underskrifter