



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 27. april 2017¹

Sag C-248/16

**Austria Asphalt GmbH & Co OG
mod
Bundeskartellanwalt**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberster Gerichtshof (Østrig))

»Konkurrence – kontrol af virksomhedssammenlægninger (»fusionskontrol«) – artikel 3 i forordning (EF) nr. 139/2004 (»EF-fusionskontrollforordningen«) – materielt anvendelsesområde – begrebet fusion – overgang fra enekontrol til fælles kontrol over en virksomhed – ændring af et eksisterende selskab uden karakter af selvstændigt fungerende virksomhed til et joint venture-selskab uden karakter af selvstændigt fungerende virksomhed – kompetenceafgrænsning mellem Europa-Kommissionen og de nationale instanser med ansvar for fusionskontrol«

I. Indledning

1. Trubaduren Ulrich von Liechtenstein kan have gjort sig mange tanker, da han i 1227 på sin rejse fra Venedig til Bøhmen, som er beskrevet i litteraturen, kom gennem byen Mürzzuschlag² i det nuværende Østrig³. Men mon han allerede dengang forudså, at den maleriske lille by ved floden Mürz en gang ville blive skueplads for den første præjudicielle sag om den europæiske fusionskontrol?

2. Anledningen til denne sag er et asfaltblandeanlæg, som hidtil har tilhørt en stor byggekonzern alene, men som fremover skal drives af denne byggekonzern sammen med en anden byggekonzern. Det er altså med andre ord planen at ændre det allerede eksisterende asfaltblandeanlæg til et *joint venture-selskab*. Set fra fusionskontrollens synspunkt er det i denne forbindelse problematisk, at dette anlæg ikke er en *selvstændigt fungerende virksomhed*, idet dets aktivitet er begrænset til at levere til dets nuværende moderselskab – og fremover til dets to moderselskaber – uden i øvrigt at optræde selvstændigt på markedet.

3. På denne baggrund skal Domstolen tage stilling til det meget grundlæggende spørgsmål om, hvad der udgør en fusion som omhandlet i artikel 3 i EF-fusionsforordningen⁴. Konkret drejer det sig om EF-fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), og artikel 3, stk. 4, idet det skal diskuteres, om virksomheder som den i Mürzzuschlag, som i mangel af selvstændig tilstedeværelse på markedet ikke kan anses for en selvstændigt fungerende virksomhed, ifølge disse bestemmelser alligevel er underlagt den europæiske fusionskontrol, når tredjemand overtager en del af dem.

1 – Originalsprog: tysk.

2 – [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk].

3 – Begrebet »Murzslug«, som digteren (ca. 1200-1275) anvender i sit digt »Frauendienst«, anses samtidig for den første skriftlige nævnelser af byen Mürzzuschlag.

4 – Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20.1.2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, L 24, s. 1).

4. Den beskrevne problematik omkring ændringen af en eksisterende virksomhed uden karakter af selvstændigt fungerende virksomhed til et joint venture-selskab kan ved første blik forekomme yderst teknisk, og den er bestemt mere tør end en vise af en digter som Ulrich von Liechtenstein. Spørgsmålets praktiske betydning for det EU-retlige system til håndhævelse af konkurrencereglerne på EU's indre marked må imidlertid ikke undervurderes. Med fortolkningen af EF-fusionsforordningens artikel 3 trækkes der nemlig ikke kun en horisontal skillelinje mellem fusionskontrollen i henhold til EF-fusionskontrolforordningen og håndhævelsen af kartelretten i henhold til forordning (EF) nr. 1/2003⁵; der foretages også vertikalt en afgrænsning mellem Europa-Kommissionens kompetence som fusionskontrolmyndighed for det indre marked og de instanser i medlemsstaterne, som tager sig af fusioner, idet den europæiske fusionskontrol bygger på et princip om nøjagtig kompetencefordeling mellem de nationale kontrolmyndigheder og Fællesskabets kontrolmyndigheder⁶.

II. Retsforskrifter

5. Den EU-retlige ramme for denne sag bestemmes af EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, som har overskriften »Definition af en fusion« og er affattet således (uddrag):

»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. EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 1 og 4, uddybes i 20. betragtning til forordningen:

»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. [...]«

7. Også ottende betragtning til forordningen bør nævnes:

»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.«

5 – Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EUT 2003, L 1, s. 1, herefter »forordning nr. 1/2003«).

6 – Dom af 25.9.2003, Schlüsselerlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen (C-170/02 P, EU:C:2003:501, præmis 32), og af 22.6.2004, Portugal mod Kommissionen (C-42/01, EU:C:2004:379, præmis 50); i samme retning dom af 18.12.2007, Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen (C-202/06 P, EU:C:2007:814, præmis 37).

8. Endelig skal der henvises til EF-fusionskontrollforordningens artikel 21, som har overskriften »Anvendelse af forordningen og jurisdiktion« og – for så vidt det er relevant for den foreliggende sag – har dette indhold⁷:

»1. Kun denne forordning finder anvendelse på fusioner efter artikel 3, og [forordning nr. 1/2003] finder ikke anvendelse undtagen på joint ventures uden fællesskabsdimension, hvis oprettelse har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd.

2. Med forbehold af Domstolens prøvelsesret har alene Kommissionen beføjelse til at vedtage de i denne forordning omhandlede beslutninger.

3. Medlemsstaterne anvender ikke deres nationale konkurrencelovgivning på fusioner af fællesskabsdimension.

[...]«

9. Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion⁸ er *ikke* en del af retsreglerne for den foreliggende sag, da den kun udgør en retligt uforbindende bekendtgørelse, hvori Kommissionen af gennemsigtighedsgrunde bekendtgør sin retsopfattelse og sin administrative praksis vedrørende kompetencespørgsmål i forbindelse med fusionskontrol⁹.

III. De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

10. Austria Asphalt GmbH & Co OG (herefter »AA«) er et indirekte datterselskab tilhørende Strabag SE, hvorimod Teerag Asdag AG (herefter »TA«) hører til Porr-koncernen. Såvel Strabag som Porr er internationalt organiserede byggekonglomerater, som bl.a. er aktive inden for vejanlæg.

11. Asfaltblandeanlægget Mürzzuschlag ligger i kommunen Mürzzuschlag i den østrigske delstat Steiermark. Anlægget fremstiller asfalt til vejanlæg og leverer næsten udelukkende til TA, som aktuelt er enejer af virksomheden.

12. AA og TA vil oprette et selskab efter østrigsk ret i form af et GmbH & Co KG, idet AA og TA hver især overtager 50% af komplementarselskabet og 50% af kommanditandelene. Alle beslutninger på det nystiftede selskabs generalforsamling kræver enstemmighed.

13. Asfaltblandeanlægget skal af TA overdrages til det nyoprettede selskab. Som det anføres i den forelæggelseskendelsen, skal fremgangsmåden ud fra en økonomisk betragtning opfattes således, at AA erhverver en andel på 50% af asfaltblandeanlægget som en allerede eksisterende målvirksomhed, idet sælgeren TA, som indtil nu var den eneste, der kontrollerede virksomheden, forbliver som deltager i og medkontrollant af målvirksomheden. Det er næsten udelukkende AA og TA, der skal modtage den på anlægget fremstillede asfalt.

14. Denne transaktion anmeldte AA den 3. august 2015 til den østrigske konkurrencemyndighed (Bundeswettbewerbsbehörde) i henhold til Kartellgesetz 2005 (den østrigske kartellov af 2005, herefter »KartG«). Det fremgår af sagens akter, at AA tidligere i en administrativ skrivelse fra Europa-Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence havde fået oplyst, at projektet

7 – Referencerne i EF-fusionskontrollforordningens artikel 21, stk. 1, til andre forordninger end forordning nr. 1/2003 er forældede, og jeg har derfor udeladt dem i det følgende citat for at opnå en bedre læselighed.

8 – Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion efter Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2008, C 95, s. 1, tysk udgave bekendtgjort på ny i EUT 2009, C 43, s. 10).

9 – Jf. herom navnlig punkt 3 i den konsoliderede meddelelse om jurisdiktion.

tilsyneladende ikke udgjorde en fusion som omhandlet i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3¹⁰. Denne udtalelse blev dog afgivet med en udtrykkelig henvisning til, at den kun var udtryk for opfattelsen hos en af Kommissionens tjenestegrene og ikke var bindende for Kommissionen som EU-organ.

15. Efter anmeldelsen af 3. august 2015 indgav den østrigske Bundeskartellanwalt inden for fristen en begæring om efterprøvelse i henhold til KartG's § 11, stk. 1, til Oberlandesgericht Wien i dennes egenskab af ret i kartelretlige sager. Oberlandesgericht afviste imidlertid denne begæring ved kendelse af 6. oktober 2015. Oberlandesgericht begrundede afvisningen med, at den anmeldte transaktion var en fusion af fællesskabsdimension, og at den derfor ikke var underlagt den østrigske konkurrencelovgivning, men alene EU-retten i form af EF-fusionskontrolforordningen.

16. Oberster Gerichtshof¹¹ skal nu i sin egenskab af øverste domstol i kartelretlige sager tage stilling til AA's kære til prøvelse af Oberlandesgerichts nævnte kendelse. AA ønsker med sin kære at opnå, at Oberlandesgerichts kendelse annulleres, og at virksomhedens transaktion behandles som et anmeldelsespligtigt fusionsprojekt i henhold til den østrigske konkurrencelovgivning (KartG's §§ 7 og 9).

IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

17. Ved kendelse af 31. marts 2016, modtaget den 2. maj 2016, har Oberster Gerichtshof i henhold til artikel 267 TEUF forelagt Den Europæiske Unions Domstol følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Skal artikel 3, stk. 1, litra b), og [artikel 3,] stk. 4, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 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 på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner?«

18. Ved den præjudicielle sag for Domstolen har Austria Asphalt, Bundeskartellanwalt og Europa-Kommissionen afgivet skriftlige indlæg og var også repræsenteret i retsmødet den 22. marts 2017.

V. Bedømmelse

19. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om ændringen af kontrolforholdene over en eksisterende virksomhed – i den foreliggende sag overgangen fra enekontrol til fælles kontrol over asfaltblandeanlægget Mürzzuschlag – også anses for en fusion som omhandlet i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, når det joint venture-selskab, som denne transaktion resulterer i, ikke fremstår som en selvstændigt fungerende virksomhed.

20. Udgangspunktet er uomtvistet: I henhold til EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), anses enhver transaktion, der på et varigt grundlag fører til erhvervelse af enekontrol eller fælles kontrol over det hele eller dele af en virksomhed, for en fusion. Imidlertid giver allerede samspillet mellem denne bestemmelse og EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, problemer.

10 – Skrivelse af 22.12.2015 (konsultation C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), underskrevet af den i Generaldirektoratet for Konkurrence ansvarlige direktør for områderne grundstofindustri, produktionserhverv og landbrug.

11 – Herefter også »den forelæggende ret«.

Sidstnævnte bestemmelse inddrager nemlig også »Oprettelse af joint venture-selskaber« i fusionsbegrebet, dog med det forbehold, at dette joint venture-selskab »på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner«, altså har karakter af en selvstændigt fungerende virksomhed.

21. I lyset af denne formulering og den systematiske placering af EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, er det uklart, om joint venture-selskaber generelt kun er underlagt EU's fusionskontrol, hvis de er »selvstændige økonomiske enheder«, altså – med andre ord – selvstændigt fungerende virksomheder. Det er nemlig også muligt at forstå EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, således, at den deri indeholdte begrænsende henvisning til karakteren af selvstændigt fungerende virksomhed alene gælder ved *oprettelse* af nye joint venture-selskaber, men ikke ved *ændring* af en *eksisterende* virksomhed til et joint venture-selskab, som kontrolleres af to koncerner i fællesskab. Dersom man lægger den sidstnævnte læsning til grund, ville fusionskontrollen i sidste ende omfatte *alle transaktioner*, ved hvilke der som omhandlet i fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), på varigt grundlag sker en ændring i kontrollen over eksisterende (joint venture-)selskaber, uanset om der er tale om selvstændigt fungerende virksomheder eller – som det er tilfældet for asfaltblandeanlægget Mürzzuschlag – om rene produktionsenheder uden selvstændig markedsprævens.

22. Interessant nok forfægter Europa-Kommissionen i den foreliggende sag den sidstnævnte læsning, hvorimod den tjenestegren i Kommissionen, som er ansvarlig for fusionskontrollen, tidligere *i samme sag* indtog det diametralt modsatte standpunkt¹². Det er yderst beklageligt, at Kommissionen i et så grundlæggende og ofte optrædende kompetencespørgsmål ikke på forhånd lægger sig fast på en klar og entydig linje og konsekvent anvender denne¹³. Kun hvis dette er tilfældet, kan markedsaktørerne nemlig have tillid til udtalelser og rådgivning fra de tjenestegrene i Kommissionen, som har ansvaret for fusioner – også selv om disse kommer til udtryk i uforbindende administrative skrivelser – og dermed foretage en hensigtsmæssig vurdering af deres pligter i henhold til EU-retten.

23. Det ville efter min opfattelse ikke være hensigtsmæssigt med abstrakte overvejelser om, hvorvidt EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, for så vidt angår joint venture-selskaber fører til en udvidelse, en begrænsning eller en ren præcisering af fusionsbegrebet i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 1, litra b). Der skal tværtimod findes en løsning for fortolkningen og anvendelsen af EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, som kan anvendes i praksis. Til dette formål er det ifølge Domstolens faste praksis nødvendigt ved fortolkningen af en EU-retlig regel både at tage hensyn til dens ordlyd, den sammenhæng, hvori den indgår, og dens formål¹⁴.

Ordlyd

24. Ordlyden i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3 giver ikke præcise oplysninger om det spørgsmål, som er til diskussion i denne sag. EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, begrænser sig til at fastslå, at oprettelse af joint venture-selskaber, som på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, udgør en fusion efter EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 1, litra b). I denne formulering er det uklart, om karakteren af selvstændigt fungerende virksomhed – altså den omstændighed, at alle en selvstændig

12 – Jf. ovenfor, punkt 14 og fodnote 10 i dette forslag til afgørelse.

13 – Den forelæggende ret påpeger, at Kommissionen i sin afgørelsespraksis vedrørende sager om overgang fra enekontrol til fælles kontrol frem til i dag i nogle tilfælde undersøger kriteriet om selvstændig funktion og i andre tilfælde ikke.

14 – Jf., for mange, dom af 8.9.2015, Spanien mod Parlamentet og Rådet (C-44/14, EU:C:2015:554, præmis 44), og i samme retning dom af 8.11.2016, Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, præmis 31).

økonomisk enheds funktioner varetages på et varigt grundlag – alene kræves i tilfælde af oprettelse af et *nyt* joint venture-selskab, eller om dette også omfatter ændring af en allerede eksisterende virksomhed til et joint venture-selskab, således at også dette kun er omfattet af EU's fusionskontrol, såfremt den pågældende virksomhed er en selvstændigt fungerende virksomhed.

25. Den tvist, som udspilles for Domstolen, demonstrerer meget overbevisende, at der kan argumenteres for begge fortolkninger. Man kan nemlig i overensstemmelse med det synspunkt, som AA fremfører, forstå EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, således, at det helt generelt kun er joint venture-selskaber med karakter af selvstændigt fungerende virksomhed, der er underlagt EU's fusionskontrol, uanset om der ved deres »oprettelse« skabes en helt ny virksomhed, eller der er tale om, at en eksisterende virksomhed ændres til et joint venture-selskab. Ud fra ordlyden i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, kan man imidlertid også tilslutte sig Kommissionens synspunkt og alene i tilfælde af oprettelse af et nyt joint venture-selskab anse karakteren af selvstændigt fungerende virksomhed for en betingelse for at gennemføre en EU-fusionskontrol, hvorimod ændringen af kontrollen over en allerede eksisterende virksomhed – i kraft af dens ændring til et joint venture-selskab – altid er underlagt fusionskontrollen, selv i tilfælde, hvor karakteren af selvstændigt fungerende virksomhed mangler, for hverken i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, eller i artikel 3, stk. 1, litra b), opstilles et udtrykkeligt krav om, at også *eksisterende* virksomheder på et varigt grundlag skal varetage en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner.

26. Når ordlyden af en EU-retlig bestemmelse – som i den foreliggende sag fusionskontrollens artikel 3 – tillader forskellige fortolkninger, skal den korrekte fortolkning findes ud fra bestemmelsens formål og den systematik, som bestemmelsen indgår i. Supplerende kan historien bag bestemmelsen tages i betragtning.

Formål

27. Den omtvistede bestemmelse i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, forklares nærmere i 20. betragtning, andet punktum, til forordningen. Det hedder heri, at denne forordnings anvendelsesområde også bør omfatte alle joint ventures, der på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner – altså med andre ord alle joint venture-selskaber med karakter af selvstændigt fungerende virksomhed.

28. Præambelen til EF-fusionskontrolforordningen sonderer således ikke mellem nyoprettede joint ventures og joint ventures, der – som i den foreliggende sag – opstår ved overførsel af allerede eksisterende virksomheder fra en koncerns enekontrol til to koncerners fælles kontrol. På denne baggrund må det lægges til grund, at heller ikke EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, sigter mod en sådan sondring, men derimod helt generelt opstiller kravet om selvstændigt fungerende virksomhed for *alle joint venture-selskaber*, uanset om det pågældende joint venture-selskab er en nyoprettelse, eller dets »oprettelse« skyldes ændringen af en eksisterende virksomhed til et joint venture-selskab.

29. I øvrigt taler også den generelle målsætning for den europæiske fusionskontrol for dette synspunkt. Som det fremgår af ottende betragtning til EF-fusionskontrolforordningen, bør denne forordning nemlig gælde for *væsentlige strukturændringer*, hvis virkninger for markedet går ud over en enkelt medlemsstats grænser. I samme retning anføres det i 20. betragtning, første punktum, at 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*.

30. Det fremgår altså af denne målsætning, at den europæiske fusionskontrol er møntet på transaktioner, som fører til ændring af markedets struktur. Der sker imidlertid kun en sådan ændring af markedets struktur, hvis der sker nævneværdige ændringer af kontrolforholdene for virksomheder, som faktisk er aktive på markedet eller i det mindste har seriøse planer om at blive det.

31. Det ville være i strid med den europæiske fusionskontrols væsen at underkaste ændringen af en eksisterende virksomhed, som ikke har karakter af selvstændigt fungerende virksomhed, til et joint venture-selskab en obligatorisk ex ante-kontrol ved Kommissionen ud fra EF-fusionskontrolforordningens standarder. Når en enhed ikke har selvstændig markedsprævens, kan en ændring af kontrolforholdene over denne enhed nemlig ikke føre til en ændring af markedets struktur.

32. I denne forbindelse forekommer Kommissionens henvisning til det lille ord »også« i andet punktum i 20. betragtning til EF-fusionskontrolforordningen heller ikke relevant. For det første optræder denne formulering kun i nogle af sprogversionerne af forordningen, f.eks. i den tyske, hvorimod den helt mangler i mange andre sprogversioner, ikke mindst i den engelske og franske version. For det andet er Kommissionens argument heller ikke indholdsmæssigt særlig overbevisende. Ved en overfladisk betragtning er det muligt, at formuleringen, hvorefter denne forordnings anvendelsesområde derfor »[også] [bør] omfatte alle joint ventures, der på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner«¹⁵, ikke udelukker, at den europæiske fusionskontrol derudover også omfatter andre typer af joint venture-selskaber, nemlig sådanne *uden* karakter af selvstændigt fungerende virksomhed. Ved en nærmere betragtning ville dette imidlertid være i strid med EF-fusionskontrolforordningens generelle formål om at anvende en ex ante-kontrol på transaktioner, som fører til ændringer af markedets struktur.

33. I modsætning til Kommissionens opfattelse kan ændringen af en virksomhed uden karakter af selvstændigt fungerende virksomhed til et joint venture-selskab heller ikke under påberåbelse af fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), underkastes en europæisk fusionskontrol. Det generelle fusionskriterium, som findes i disse bestemmelser, forudsætter nemlig, at der på varigt grundlag sker en ændring af kontrollen over *det hele* eller *dele af* en eller flere andre *virksomheder*. I denne forbindelse skal virksomhedsbegrebet – som det også i øvrigt er tilfældet i EU's konkurrenceret – forstås funktionelt og omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde¹⁶. Da enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, er økonomisk virksomhed¹⁷, kan joint venture-selskaber *uden* selvstændig markedsprævens – dvs. uden karakter af selvstændigt fungerende virksomhed – som udgangspunkt ikke være omfattet af EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 1, litra b).

Sammenhæng

34. Man når ikke til noget andet resultat, når man ser på den sammenhæng, som EF-fusionskontrolforordningens artikel 3 indgår i.

35. Såvel EF-fusionskontrolforordningen som den beslægtede forordning nr. 1/2003 har i sidste ende til formål at gennemføre konkurrencereglerne for det indre marked, som findes i artikel 101 TEUF og 102 TEUF, idet altid kun én af de to forordninger kan finde anvendelse (jf. EF-fusionskontrolforordningens artikel 21, stk. 1).

15 – Min fremhævelse.

16 – Dom af 23.4.1991, Höfner og Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, præmis 21), af 16.3.2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2004:150, præmis 46), og af 17.9.2015, Total mod Kommissionen (C-597/13 P, EU:C:2015:613, præmis 33); tilsvarende allerede dom af 12.7.1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, præmis 11).

17 – Dom af 18.6.1998, Kommissionen mod Italien (C-35/96, EU:C:1998:303, præmis 36), af 12.9.2000, Pavlov m.fl. (C-180/98 – C-184/98, EU:C:2000:428, præmis 75), af 10.1.2006, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl. (C-222/04, EU:C:2006:8, præmis 108), af 1.7.2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 22), og af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 149).

36. Mens der på anvendelsesområdet for EF-fusionskontrolforordningen for ændringer af markedets struktur er indført et system med en præventiv og obligatorisk ex ante-kontrol, er virksomheders adfærd på markedet i øvrigt – i form af samordnet praksis eller ensidig misbrug af markedsdominerende positioner – i henhold til forordning nr. 1/2003 kun underlagt en repressiv ex post-kontrol, som i øvrigt er overladt til konkurrencemyndighederne.

37. Som det kan udledes af EF-fusionskontrolforordningens artikel 21, stk. 1, danner begrebet fusion som omhandlet i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3 skillelinjen mellem de to nævnte delområder af EU's konkurrenceret¹⁸. En systemkonform forståelse af EF-fusionskontrolforordningens artikel 3 kræver altså, at fusionsbegrebet fortolkes således, at kun ægte ændringer af markedets struktur er omfattet af den europæiske fusionskontrol, men ikke virksomheders blotte adfærd på markedet.

38. EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, bør således fortolkes således, at der også i tilfælde af ændring af en eksisterende virksomhed til et joint venture-selskab kun er tale om en fusion som omhandlet i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), hvis der er tale om en selvstændigt fungerende virksomhed. Kun når dette er tilfældet, sker der nemlig en ændring af markedets struktur, som kan berettige, at der gennemføres en fusionskontrol. Såfremt den pågældende transaktion derimod fører til, at der opstår et joint venture-selskab uden karakter af selvstændigt fungerende virksomhed, kan der højst være risiko for, at de to moderselskaber samordner deres markedsadfærd i forbindelse med deres samarbejde inden for joint venture-selskabet. En sådan samordning af markedsadfærden er, selv om den bestemt kan være relevant i forbindelse med artikel 101 TEUF og 102 TEUF, ikke et problem for den europæiske fusionskontrol, men et problem, som hører under forordning nr. 1/2003.

39. Bundeskartellanwalt har bemærket, at når man afstår fra en ex ante-kontrol i tilfælde som det foreliggende, kan konkurrencemyndighederne ikke gribe lige så hurtigt ind over for en eventuel forringelse af konkurrencen på et i forvejen stærkt koncentreret marked. Dette er imidlertid en nødvendig konsekvens af det system til håndhævelse af kartelretten, som blev indført med forordning nr. 1/2003. EU-lovgiver har for perioden efter den 1. maj 2004 helt bevidst undladt at stille krav om en obligatorisk forudgående anmeldelse af aftaler mellem virksomheder for på den ene side at lægge et større ansvar over på virksomhederne og på den anden side frigøre ressourcer hos konkurrencemyndighederne, hvilket i sidste ende udvider deres råderum til at prioritere i forbindelse med håndhævelsen af kartelretten. Såfremt man nu gennem en bred fortolkning af fusionsbegrebet ville lægge flere sager ind under anvendelsesområdet for den europæiske fusionskontrol, ville dette være ensbetydende med en tilsidesættelse af den nye systematik til håndhævelse af EU's konkurrenceregler, som fra den 1. maj 2004 blev indført med EF-fusionskontrolforordningen og forordning nr. 1/2003. Der er intet, som hindrer konkurrencemyndighederne i ved deres prioritering af håndhævelsen af kartelretten (artikel 101 TEUF og 102 TEUF) at være særligt opmærksomme på begivenhederne på stærkt koncentrerede markeder som det foreliggende.

Forarbejderne

40. Endelig fører heller ikke et blik på forarbejderne til EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, til noget andet resultat.

18 – Den tidligere praksis med en sporadisk anvendelse af EØF-traktatens artikel 85 (nu artikel 101 TEUF) henholdsvis EØF-traktatens artikel 86 (nu artikel 102 TEUF) samt de hertil udstedte bestemmelser (i dag forordning nr. 1/2003) på fusioner (jf. dom af 21.2.1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, 6/72, EU:C:1973:22, og af 17.11.1987, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, 142/84 og 156/84, EU:C:1987:490), mistede sin relevans ved ikrafttrædelsen af selvstændige bestemmelser om den europæiske fusionskontrol, som i dag findes i EF-fusionskontrolforordningen.

41. EF-fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 4, bygger på forordning (EF) nr. 1310/97¹⁹, hvorved der blev indføjet en enslydende bestemmelse allerede i forløberen til den nuværende fusionskontrolforordning.

42. Allerede på det tidspunkt ønskede EU-lovgiver at lægge varige ændringer af virksomheders struktur ind under fusionskontrollen. Det var et erklæret mål for den daværende ændring, hvis ordlyd i øvrigt har uændret lovkraft endnu i dag²⁰, at inkludere alle selvstændigt fungerende joint ventures i anvendelsesområdet for den europæiske fusionskontrol²¹.

43. Et rent samarbejde mellem virksomheder, som ganske vist fører til oprettelse af joint ventures, men ikke til disse joint venture-selskabers egen markedsprævens, har derimod aldrig været omfattet af den europæiske fusionskontrol, hverken efter EF-fusionskontrolforordningen eller den ordning, der gik forud for denne²².

Afsluttende bemærkninger

44. Alt i alt skal begrebet fusion som omhandlet i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3 altså forstås således, at oprettelse af joint venture-selskaber – uanset om det drejer sig om oprettelse af helt nye virksomheder eller om ændring af eksisterende virksomheder til joint venture-selskaber – udelukkende er underlagt den europæiske fusionskontrol, når der er tale om selvstændigt fungerende virksomheder.

45. Det, som gælder nyoprettelse af et joint venture-selskab, må nemlig især også overholdes ved ændring af en eksisterende virksomhed til et joint venture-selskab. Dette gælder så meget desto mere i et tilfælde som det foreliggende, hvor den omtvistede transaktion i lyset af den planlagte oprettelse af et nyt handelsselskab²³ i forvejen i høj grad nærmer sig en nyoprettelse.

46. Jeg kan ikke følge Kommissionens frygt, som blev fremført i retsmødet, for, at den gennemgående anvendelse af kriteriet om selvstændigt fungerende virksomhed kunne føre til en svaghed i den effektive håndhævelse af den europæiske fusionskontrol (engelsk: »*enforcement gap*«). Tværtimod forekommer det mig, at den manglende anvendelse af kriteriet om selvstændigt fungerende virksomhed i forbindelse med ændring af eksisterende joint venture-selskaber, som Kommissionen foretrækker, kunne føre til en udvanding af begrebet fusion som omhandlet i EF-fusionskontrolforordningens artikel 3 og aflede Kommissionens opmærksomhed fra de transaktioner, som virkelig er relevante for markedets struktur.

47. Til forskel fra Kommissionen anser jeg det i øvrigt ikke for nødvendigt i den foreliggende sag at fremkomme med en udtalelse om, under hvilke betingelser et joint venture-selskabs eventuelle forsvinden fra markedet er underlagt den europæiske fusionskontrol. Den foreliggende sag drejer sig nemlig ikke om et joint venture-selskabs forsvinden, men tværtimod om det opståen. Hvis det skulle

19 – Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30.6.1997 om ændring af forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT 1997, L 180, s. 1).

20 – Ved vedtagelsen af den nugældende EF-fusionskontrolforordning skete der kun en omnummerering af de relevante bestemmelser inden for EF-fusionskontrolforordningens artikel 3.

21 – Jf. herom femte betragtning til forordning nr. 1310/97, som er affattet således (uddrag): »Begrebet fusion bør defineres på en sådan måde, at det omfatter foranstaltninger, som bevirker en varig ændring af de deltagende virksomheders struktur; specielt med hensyn til joint ventures bør alle selvstændigt fungerende joint ventures være omfattet af bestemmelserne og procedurerne i forordning (EØF) nr. 4064/89. [...]«

22 – Ifølge den oprindelige bestemmelse i artikel 3, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 4064/89 var *kooperative* joint venture-selskaber i modsætning til *koncentrative* joint venture-selskaber *ikke* omfattet af den europæiske fusionskontrol.

23 – Jf. ovenfor, punkt 13 i dette forslag til afgørelse.

ske, at en virksomhed *efter* sin ændring til et joint venture-selskab – altså *efter* ændringen af kontrollen over denne virksomhed – af sine moderselskaber fjernes fra markedet, ville dette snarere være et spørgsmål om moderselskabernes adfærd på markedet (artikel 101 TEUF eller 102 TEUF) end et spørgsmål om ændring af markedets struktur.

VI. Forslag til afgørelse

48. På denne baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare den præjudicielle anmodning fra den østrigske Oberster Gerichtshof som følger:

»Overførsel af en eksisterende virksomhed eller del af en virksomhed fra en koncerns enekontrol til fælles kontrol af netop denne koncern og en yderligere, af denne uafhængig koncern, udgør kun en fusion som omhandlet i artikel 3 i forordning (EF) nr. 139/2004, hvis den virksomhed, der er resultatet af denne transaktion, på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner.«