



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
J. KOKOTT  
van 27 april 2017<sup>1</sup>

**Zaak C-248/16**

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

[verzoek van het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Mededinging – Controle op concentraties van ondernemingen („concentratiecontrole”) – Artikel 3 van verordening (EG) nr. 139/2004 („EG-concentratieverordening”) – Materiële werkingssfeer – Begrip „concentratie” – Overgang van uitsluitende zeggenschap naar gezamenlijke zeggenschap over een onderneming – Omzetting van een bestaande onderneming die geen volwaardige onderneming is, in een gemeenschappelijke onderneming die geen volwaardige onderneming is – Afgrenzing van bevoegdheid tussen de Europese Commissie en de voor concentratiecontrole verantwoordelijke nationale autoriteiten”

## I. Inleiding

1. Van alles kan er in de minnezanger Ulrich von Liechtenstein zijn omgegaan toen hij in 1227 tijdens zijn in de literatuur vereeuwigde reis van Venetië naar Bohemen de plaats Mürzzuschlag<sup>2</sup> in het huidige Oostenrijk passeerde<sup>3</sup>. Zou hij echter toen al hebben voorzien dat dit stadje met zijn pittoreske ligging aan de oevers van de rivier de Mürz ooit het toneel zou zijn van de eerste prejudiciële procedure over de Europese concentratiecontrole?

2. De aanleiding voor deze procedure vormt een asfaltmengfabriek die tot dusver alleen toebehoort aan een groot bouwconcern, maar die dit bouwconcern in de toekomst samen met een ander bouwconcern wil gaan exploiteren. De bedoeling is dus, met andere woorden, van de bestaande asfaltmengfabriek een *gemeenschappelijke onderneming* te maken. Daarbij is het uit het oogpunt van concentratiecontrole problematisch dat deze fabriek *geen volwaardige onderneming* is, omdat haar activiteiten beperkt zijn tot het belevaren van haar huidige moedermaatschappij en in de toekomst van haar beide moedermaatschappijen, zonder voor het overige nog noemenswaardige zelfstandige marktactiviteiten te ontplooiën.

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Duits.

<sup>2</sup> [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk].

<sup>3</sup> Het begrip „Murzuslage”, dat de omstreeks het jaar 1200 geboren en in 1275 gestorven dichter in zijn epos „Frauendienst” gebruikt, wordt tevens beschouwd als de eerste vermelding van de stad Mürzzuschlag in een document.

3. Tegen deze achtergrond wordt het Hof verzocht duidelijkheid te verschaffen over de zeer fundamentele vraag wanneer sprake is van een concentratie van ondernemingen in de zin van artikel 3 van de EG-concentratieverordening (hierna: „concentratieverordening”)<sup>4</sup>. In concreto gaat het om artikel 3, lid 1, onder b), en artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening, waarbij moet worden besproken of op grond van deze bepalingen ondernemingen als die in Mürzzuschlag, die niet als volwaardige ondernemingen kunnen worden aangemerkt, omdat zij niet zelfstandig op de markt optreden, niettemin aan de Europese concentratiecontrole zijn onderworpen wanneer derden erin participeren.

4. De geschetste problematiek omtrent de omzetting van een bestaande, niet-volwaardige onderneming in een gemeenschappelijke onderneming, kan op het eerste gezicht uitermate technisch aandoen en is ongetwijfeld droger dan de minnezang van een Ulrich von Liechtenstein. Voor het Unierechtelijke systeem van handhaving van de mededingingsregels op de Europese interne markt is deze problematiek echter van een niet te onderschatten praktisch belang. Met de uitlegging van artikel 3 van de concentratieverordening wordt immers niet alleen horizontaal de scheidslijn tussen enerzijds de concentratiecontrole op grond van de EG-concentratieverordening en anderzijds de handhaving van het mededingingsrecht overeenkomstig verordening (EG) nr. 1/2003<sup>5</sup> getrokken, maar wordt ook verticaal een grens vastgelegd tussen de bevoegdheden van enerzijds de Europese Commissie als de autoriteit die verantwoordelijk is voor de concentratiecontrole op de interne markt, en anderzijds de met het toezicht op fusies belaste autoriteiten van de lidstaten, aangezien de Europese concentratiecontrole berust op een stelsel van exacte bevoegdheidsverdeling.<sup>6</sup>

## II. Toepasselijke bepalingen

5. Het Unierechtelijke kader van dit geval wordt gevormd door artikel 3 van de concentratieverordening, dat het opschrift „Definitie van concentraties” draagt en onder meer bepaalt:

„1. Een concentratie komt tot stand indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit:

[...]

b) het verkrijgen, door één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of door één of meer ondernemingen, van zeggenschap – door de verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze –, rechtstreeks of middellijk, over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan.

[...]

4. De oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, vormt een concentratie in de zin van lid 1, onder b).

[...]”

4 Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1).

5 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1; hierna: „verordening nr. 1/2003”).

6 Arresten van 25 september 2003, Schlüsselverlag J.S. Moser e.a./Commissie (C-170/02 P, EU:C:2003:501, punt 32), en 22 juni 2004, Portugal/Commissie (C-42/01, EU:C:2004:379, punt 50); in die zin ook arrest van 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie (C-202/06 P, EU:C:2007:814, punt 37).

6. Een toelichting op artikel 3, leden 1 en 4, van de concentratieverordening is te vinden in overweging 20 van de EG-concentratieverordening:

„Het is wenselijk het begrip ‚concentratie’ dusdanig te definiëren dat het betrekking heeft op transacties welke een blijvende wijziging in de zeggenschap over de betrokken ondernemingen en derhalve in de structuur van de markt teweegbrengen. Het is daarom dienstig dat alle gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen, onder de toepassing van deze verordening vallen. [...]”

7. Voorts dient overweging 8 van deze verordening te worden vermeld:

„De in deze verordening vast te stellen bepalingen dienen te gelden voor ingrijpende structuurveranderingen waarvan de gevolgen voor de markt verder reiken dan de nationale grenzen van één lidstaat. Dergelijke concentraties dienen in de regel alleen op gemeenschapsniveau te worden onderzocht, overeenkomstig het eenloketsysteem en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel. Concentraties waarop deze verordening niet van toepassing is, behoren in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten.”

8. Ten slotte moet worden gewezen op artikel 21 van de concentratieverordening, dat het opschrift „Toepassing van deze verordening en rechtsbevoegdheid” draagt en, voor zover in casu relevant, het volgende inhoudt:<sup>7</sup>

„1. Op concentraties zoals omschreven in artikel 3 is uitsluitend deze verordening van toepassing; [verordening nr. 1/2003 is] niet van toepassing, behalve op gemeenschappelijke ondernemingen welke geen communautaire dimensie hebben en de coördinatie beogen of tot stand brengen van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven.

2. Onder voorbehoud van het toezicht door het Hof van Justitie is uitsluitend de Commissie bevoegd de in deze verordening bedoelde beschikkingen te geven.

3. De lidstaten passen hun nationale mededingingswetgeving niet toe op concentraties met een communautaire dimensie.

[...]”

9. De geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties<sup>8</sup> maakt *geen* deel uit van het rechtskader voor het onderhavige geval, aangezien die mededeling slechts een juridisch niet-bindende bekendmaking is, waarin de Commissie om redenen van transparantie haar rechtsopvatting en haar administratieve praktijk in bevoegdheidskwesties bij de controle op concentraties bekendmaakt.<sup>9</sup>

### III. Feiten en hoofdgeding

10. Austria Asphalt GmbH & Co OG (hierna: „AA”) is een indirecte dochteronderneming van Strabag SE, terwijl Teerag Asdag AG (hierna: „TA”) deel uitmaakt van de Porr-groep. Zowel Strabag als Porr is een internationaal gestructureerd bouwconcern dat onder meer in de wegenbouw actief is.

<sup>7</sup> De in de originele tekst van artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening opgenomen verwijzingen naar andere verordeningen dan verordening nr. 1/2003 zijn achterhaald en daarom heb ik ze in het volgende citaat omwille van de leesbaarheid weggelaten.

<sup>8</sup> Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2008, C 95, blz. 1).

<sup>9</sup> Zie dienaangaande met name punt 3 van de geconsolideerde mededeling over bevoegdheidskwesties.

11. De asfaltmengfabriek Mürzzuschlag bevindt zich in de gemeente Mürzzuschlag in de Oostenrijkse deelstaat Stiermarken. De fabriek produceert asfalt voor de wegenbouw en belevt bijna uitsluitend TA, die momenteel de enige eigenaar van de fabriek is.

12. AA en TA zijn voornemens een vennootschap naar Oostenrijks recht op te richten in de vorm van een GmbH & Co KG (KG = commanditaire vennootschap), waarbij het de bedoeling is dat AA en TA elk 50 % van de aandelen in de commanditaire vennootschap en 50 % van de aandelen in de als complementair optredende GmbH zullen houden. Alle besluiten van de aandeelhoudersvergadering van de nieuw opgerichte vennootschap zullen eenstemmig moeten worden genomen.

13. Het ligt in de bedoeling dat de asfaltmengfabriek door TA wordt overgedragen aan de nieuw opgerichte vennootschap. Zoals in de verwijzingsbeslissing wordt uiteengezet, moet deze transactie in economisch opzicht aldus worden begrepen dat AA een participatie van 50 % in de asfaltmengfabriek als reeds bestaande doelonderneming verwerft, terwijl de vervreemdende vennootschap TA, die tot dusver de uitsluitende zeggenschap over de doelonderneming had, voortaan met gedeelde zeggenschap in de doelonderneming blijft participeren. Het in de fabriek geproduceerde asfalt is nagenoeg uitsluitend bestemd om aan AA en TA te worden geleverd.

14. Deze transactie is door AA op 3 augustus 2015 overeenkomstig het Oostenrijkse Kartellgesetz 2005 (mededingingswet 2005; hierna: „KartG”) bij de Bundeswettbewerbsbehörde (federale mededingingsautoriteit) aangemeld. Blijkens het dossier had het directoraat-generaal Concurrentie van de Europese Commissie AA vooraf in een administratieve brief meegedeeld dat de voorgenomen transactie geen concentratie in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening leek te zijn.<sup>10</sup> Bij deze mededeling werd er evenwel uitdrukkelijk op gewezen dat daarin slechts de zienswijze van een afdeling van de Commissie tot uitdrukking wordt gebracht, die voor de Commissie als instelling van de Unie niet bindend is.

15. Na de aanmelding van 3 augustus 2015 heeft de Oostenrijkse Bundeskartellanwalt (procureur in mededingingszaken) bij het Oberlandesgericht Wien (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Wenen, Oostenrijk) als mededingingsrechter in eerste aanleg tijdig een verzoek tot toetsing als bedoeld in § 11, lid 1, KartG ingediend. Bij beslissing van 6 oktober 2015 heeft de mededingingsrechter in eerste aanleg dat verzoek echter afgewezen. Ter motivering van zijn beslissing heeft hij uiteengezet dat de aangemelde transactie een concentratie met een Uniedimensie is, zodat daarop niet het Oostenrijkse mededingingsrecht, maar uitsluitend het Unierecht in de vorm van de EG-concentratieverordening toepasselijk was.

16. Thans dient het Oberste Gerichtshof<sup>11</sup> in zijn hoedanigheid van appelrechter in mededingingszaken uitspraak te doen over het hoger beroep dat AA heeft ingesteld tegen de genoemde beslissing van de mededingingsrechter in eerste aanleg. Met haar hoger beroep wenst AA te bereiken dat de beslissing van de mededingingsrechter in eerste aanleg wordt vernietigd en dat de transactie wordt behandeld als een voorgenomen concentratie die overeenkomstig het Oostenrijkse mededingingsrecht (§§ 7 en 9 KartG) moet worden aangemeld.

<sup>10</sup> Brief van 22 december 2015 (Consultatie C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), ondertekend door de bij het directoraat-generaal Concurrentie voor de sectoren basisindustrie, maakindustrie en landbouw verantwoordelijke directeur.

<sup>11</sup> Hierna ook: „verwijzende rechter”.

#### IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof

17. Bij beslissing van 31 maart 2016, ingekomen bij het Hof op 2 mei 2016, heeft het Oberste Gerichtshof het Hof overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet artikel 3, lid 1, onder b), en lid 4, van verordening (EG) nr. 139/2004 aldus worden uitgelegd, dat in situaties waarbij een overgang van uitsluitende zeggenschap naar gezamenlijke zeggenschap over een bestaande onderneming plaatsvindt – waarbij de onderneming die voorheen de uitsluitende zeggenschap had, met gedeelde zeggenschap blijft participeren – alleen dan sprake is van een concentratie als die onderneming duurzaam alle functies van een zelfstandige eenheid vervult?”

18. Austria Asphalt, de Bundeskartellanwalt en de Europese Commissie hebben schriftelijk deelgenomen aan de prejudiciële procedure voor het Hof en waren tevens vertegenwoordigd op de terechtzitting van 22 maart 2017.

#### V. Juridische beoordeling

19. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de wijziging van de zeggenschapsverhoudingen in een bestaande onderneming – in casu de overgang van uitsluitende zeggenschap naar gezamenlijke zeggenschap over de asfaltmengfabriek Mürzzuschlag – zelfs dan als concentratie van ondernemingen in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening dient te worden beschouwd wanneer de uit deze transactie ontstane gemeenschappelijke onderneming geen volwaardige onderneming is.

20. Over het uitgangspunt bestaat geen verschil van mening: als concentratie moet volgens artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening elke transactie worden beschouwd die leidt tot de duurzame verkrijging van uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap over een onderneming of een deel daarvan. De wisselwerking tussen deze bepaling en artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening levert echter problemen op. Volgens laatstgenoemde bepaling valt namelijk ook de „oprichting van een gemeenschappelijke onderneming” onder het begrip „concentratie”, zij het op voorwaarde dat deze gemeenschappelijke onderneming „duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult”, dus als een volwaardige onderneming kan worden aangemerkt.

21. Gezien deze formulering en de plaats die artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening in de systematiek van de regeling inneemt, is niet duidelijk of voor gemeenschappelijke ondernemingen in het algemeen geldt dat zij enkel aan de Europese concentratiecontrole onderworpen zijn wanneer het „zelfstandige economische eenheden”, dat wil dus zeggen volwaardige ondernemingen zijn. Men zou artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening namelijk ook aldus kunnen opvatten dat de daarin opgenomen beperkende verwijzing naar de volwaardigheid alleen van toepassing is in geval van *oprichting* van *nieuwe* gemeenschappelijke ondernemingen, maar niet bij de *omzetting* van een *bestaande* onderneming in een gemeenschappelijke onderneming waarover twee concerns gezamenlijk de zeggenschap uitoefenen. Indien van deze laatste uitlegging wordt uitgegaan, zouden uiteindelijk *alle transacties* waarbij de zeggenschap over bestaande (gemeenschappelijke) ondernemingen duurzaam wordt gewijzigd in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening, onder de concentratiecontrole vallen, ongeacht of het gaat om volwaardige ondernemingen dan wel – zoals in het geval van de asfaltmengfabriek Mürzzuschlag – slechts om productiefaciliteiten zonder eigen marktactiviteiten.

22. Opvallend genoeg staat de Europese Commissie in de onderhavige gerechtelijke procedure laatstgenoemde interpretatie voor, terwijl eerder *in dezelfde zaak* de voor de concentratiecontrole verantwoordelijke afdeling van de Commissie het diametraal tegenovergestelde standpunt heeft ingenomen<sup>12</sup>. Het is ten zeerste betreurenswaardig dat de Commissie in een zodanig fundamentele en vaak terugkerende bevoegdheidskwestie niet vooraf een duidelijke, uniforme beleidslijn vastlegt en deze vervolgens consequent in de praktijk brengt.<sup>13</sup> Alleen dan kunnen de marktpartijen namelijk afgaan op de adviezen en aanbevelingen van de voor concentraties van ondernemingen verantwoordelijke afdelingen van de Commissie – ook al worden die slechts in de vorm van niet-bindende administratieve brieven gegeven – en een zinvolle inschatting maken van de op hen krachtens het Unierecht rustende verplichtingen.

23. Het lijkt mij niet bepaald zinvol om er thans zuiver abstract over te theoretiseren of artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening, wat gemeenschappelijke ondernemingen betreft, leidt tot een verruiming of beperking van het begrip „concentratie” in artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening, dan wel dit begrip slechts preciseert. Veeleer is het van belang een werkbare oplossing te vinden voor de uitlegging en toepassing van artikel 3 van de concentratieverordening. Daartoe moet – in overeenstemming met de vaste rechtspraak – rekening worden gehouden met zowel de bewoordingen als de context en doelstellingen van deze bepaling.<sup>14</sup>

## Bewoordingen

24. De bewoordingen van artikel 3 van de concentratieverordening geven geen uitsluitel over de kwestie die hier aan de orde is. Artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening stelt enkel vast dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, een concentratie vormt in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening. Bij deze formulering blijft het onduidelijk of de volwaardigheid van de onderneming – met andere woorden de omstandigheid dat deze duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult – alleen vereist is wanneer een *nieuwe* gemeenschappelijke onderneming wordt opgericht, dan wel of dit vereiste ook geldt voor de omzetting van een reeds bestaande onderneming in een gemeenschappelijke onderneming, zodat ook die alleen aan de Europese concentratiecontrole onderworpen is als de betrokken onderneming een volwaardige onderneming is.

25. Uit de debatten voor het Hof blijkt op indrukwekkende wijze dat voor beide interpretaties iets te zeggen valt. Artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening kan namelijk overeenkomstig de door AA naar voren gebrachte opvatting aldus worden uitgelegd dat als algemene regel *alleen* die gemeenschappelijke ondernemingen aan de Europese concentratiecontrole zijn onderworpen die als volwaardig kunnen worden aangemerkt, ongeacht of bij de „oprichting” ervan een geheel nieuwe onderneming in het leven wordt geroepen dan wel een bestaande onderneming in een gemeenschappelijke onderneming wordt omgezet. In het licht van de bewoordingen van artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening kan echter ook de opvatting van de Commissie worden onderschreven en de volwaardigheid van de betrokken onderneming alleen in geval van oprichting van een nieuwe gemeenschappelijke onderneming als voorwaarde voor de uitvoering van een Europese concentratiecontrole worden beschouwd, terwijl de wijziging van de zeggenschap over een reeds bestaande onderneming – door omzetting ervan in een gemeenschappelijke onderneming – hoe

<sup>12</sup> Zie dienaangaande hierboven punt 14 en voetnoot 10 van deze conclusie.

<sup>13</sup> De verwijzende rechter wijst erop dat de Commissie in haar besluitvormingspraktijk met betrekking tot gevallen waarin sprake is van een overgang van uitsluitende zeggenschap naar gezamenlijke zeggenschap, ook in recentere gevallen nu eens aan het criterium van volwaardigheid toetst, dan weer aan dit criterium voorbijgaat.

<sup>14</sup> Zie, enkel bij wijze van voorbeeld, arrest van 8 september 2015, Spanje/Parlement en Raad (C-44/14, EU:C:2015:554, punt 44), en eveneens in die zin arrest van 8 november 2016, Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, punt 31).

dan ook aan de concentratiecontrole onderworpen zou zijn, zelfs indien het geen volwaardige onderneming zou zijn. Noch in artikel 3, lid 4, noch in artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening is immers uitdrukkelijk het vereiste geformuleerd dat ook *bestaande* ondernemingen duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid moeten vervullen.

26. Wanneer de bewoordingen van een bepaling van het Unierecht, zoals in casu artikel 3, van de concentratieverordening, op verschillende manieren kunnen worden uitgelegd, dient de juiste uitlegging ervan te worden vastgesteld aan de hand van het doel en de systematiek van de regeling waarvan die bepaling deel uitmaakt. In aanvulling daarop kan worden gekeken naar de ontstaansgeschiedenis van de bepaling in kwestie.

## Doel

27. De in het geding zijnde bepaling, te weten artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening, wordt in de tweede volzin van overweging 20 van de EG-concentratieverordening nader toegelicht. Daar heet het dat het dienstig is dat alle gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen – dat wil dus zeggen alle gemeenschappelijke ondernemingen die als volwaardig kunnen worden aangemerkt – onder de toepassing van deze verordening vallen.

28. In de considerans van de EG-concentratieverordening wordt dus *geen* onderscheid gemaakt tussen nieuw opgerichte gemeenschappelijke ondernemingen en gemeenschappelijke ondernemingen die, zoals in casu, ontstaan doordat een reeds bestaande onderneming overgaat van uitsluitende zeggenschap van een concern naar gezamenlijke zeggenschap van twee concerns. Tegen die achtergrond moet worden aangenomen dat in artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening evenmin een dergelijk onderscheid wordt gemaakt, maar dat in die bepaling geheel in het algemeen voor *alle gemeenschappelijke ondernemingen* het vereiste van volwaardigheid wordt gesteld, ongeacht of de betrokken gemeenschappelijke onderneming nieuw is opgericht, dan wel of de „oprichting” ervan het gevolg is van de omzetting van een bestaande onderneming in een gemeenschappelijke onderneming.

29. Ook de algemene doelstelling van de Europese concentratiecontrole pleit overigens voor deze zienswijze. Zoals blijkt uit overweging 8 van de EG-concentratieverordening dient deze verordening namelijk te gelden voor *ingrijpende structuurveranderingen* waarvan de gevolgen voor de markt verder reiken dan de nationale grenzen van één lidstaat. Eveneens in die zin heet het in overweging 20, eerste volzin, dat het wenselijk is het begrip „concentratie” aldus te definiëren dat het betrekking heeft op transacties die een blijvende wijziging in de zeggenschap over de betrokken ondernemingen en derhalve in de *structuur van de markt* teweegbrengen.

30. In het licht van deze doelstelling is de Europese concentratiecontrole dus gericht op transacties die een wijziging van de structuur van de markt teweegbrengen. Een dergelijke wijziging van de structuur van de markt doet zich echter alleen voor, wanneer sprake is van noemenswaardige wijzigingen in de zeggenschapsverhoudingen van ondernemingen die daadwerkelijk marktactiviteiten ontplooiën of op zijn minst ernstige voornemens daartoe hebben.

31. Het zou in tegenspraak zijn met het wezen van de Europese concentratiecontrole om de omzetting van een bestaande niet-volwaardige onderneming in een gemeenschappelijke onderneming te onderwerpen aan een verplichte ex-antecontrole door de Commissie aan de hand van de maatstaven van de EG-concentratieverordening. Als een bedrijfsinrichting geen eigen activiteiten op de markt ontplooit, kan namelijk ook een wijziging van de zeggenschapsverhoudingen binnen die inrichting niet leiden tot een wijziging van de structuur van de markt.

32. In dit verband lijkt de verwijzing van de Commissie naar het woordje „auch” [in de Duitse taalversie] in de tweede zin van overweging 20 van de EG-concentratieverordening, niet veel ter zake te doen. Deze formulering komt namelijk om te beginnen hoe dan ook slechts voor in enkele taalversies van de verordening, bijvoorbeeld in de Duitse, terwijl zij in tal van andere taalversies, met name in de Engelse en de Franse versie, geheel ontbreekt. Voorts is het argument van de Commissie ook inhoudelijk niet bijzonder overtuigend. Op het eerste gezicht kan de formulering volgens welke „[ook] alle gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen”<sup>15</sup>, onder de toepassing van de EG-concentratieverordening dienen te vallen, niet uitsluiten dat de Europese concentratiecontrole daarnaast ook nog betrekking heeft op andere soorten gemeenschappelijke ondernemingen, in het bijzonder die welke *geen* volwaardige ondernemingen zijn. Nader beschouwd zou dat echter in tegenspraak zijn met het algemene doel van de EG-concentratieverordening, die erin bestaat een ex-antecontrole uit te voeren op transacties die wijzigingen in de structuur van de markt teweegbrengen.

33. Anders dan de Commissie meent, kan de omzetting van een niet-volwaardige onderneming in een gemeenschappelijke onderneming ook niet op grond van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening aan een Europese concentratiecontrole worden onderworpen. Er is immers slechts sprake van een concentratie in de zin van deze bepaling indien de zeggenschap over een *onderneming* of een *deel daarvan* duurzaam wordt gewijzigd. Daarbij moet het begrip onderneming, zoals ook elders in het Europese mededingingsrecht, functioneel worden opgevat en omvat het elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.<sup>16</sup> Aangezien elke activiteit die erin bestaat goederen of diensten op een bepaalde markt aan te bieden, als economische activiteit wordt beschouwd<sup>17</sup>, kunnen gemeenschappelijke ondernemingen die *geen* zelfstandige activiteiten op de markt ontplooiën en dus geen volwaardige ondernemingen zijn, a priori niet onder artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening vallen.

## Context

34. De context van artikel 3 van de concentratieverordening noopt niet tot een andere conclusie.

35. Zowel de EG-concentratieverordening als de daaraan verwante verordening nr. 1/2003 strekt per slot van rekening tot uitvoering van de in de artikelen 101 en 102 VWEU neergelegde mededingingsregels voor de interne markt, met dien verstande dat altijd slechts een van beide verordeningen kan worden toegepast (zie in dit verband artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening).

36. Terwijl binnen de werkingssfeer van de EG-concentratieverordening voor wijzigingen in de structuur van de markt een systeem van preventieve en verplichte ex-antecontrole is ingevoerd, is het marktgedrag van ondernemingen voor het overige – of het nu gaat om onderling afgestemd gedrag of eenzijdig misbruik van een machtspositie op de markt – krachtens verordening nr. 1/2003 alleen onderworpen aan een repressieve ex-postcontrole, bij de uitvoering waarvan de mededingingsautoriteiten over discretionaire bevoegdheid beschikken.

<sup>15</sup> Cursivering van mij.

<sup>16</sup> Arresten van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, punt 21); van 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, EU:C:2004:150, punt 46), en 17 september 2015, Total/Commissie (C-597/13 P, EU:C:2015:613, punt 33); in dezelfde zin reeds het arrest van 12 juli 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, punt 11).

<sup>17</sup> Arresten van 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, EU:C:1998:303, punt 36); 12 september 2000, Pavlov e.a. (C-180/98–C-184/98, EU:C:2000:428, punt 75); 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. (C-222/04, EU:C:2006:8, punt 108); 1 juli 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, punt 22), en 23 februari 2016, Commissie/Hongarije (C-179/14, EU:C:2016:108, punt 149).



37. Zoals uit de lezing van artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening blijkt, vormt het begrip „concentratie” van artikel 3 van de concentratieverordening de scheidslijn tussen de twee genoemde onderdelen van het Europese mededingingsrecht.<sup>18</sup> Een met het systeem van de regeling overeenstemmende lezing van artikel 3 van de concentratieverordening brengt dan ook de noodzaak met zich mee het begrip „concentratie” aldus uit te leggen dat alleen werkelijke wijzigingen in de structuur van de markt aan de Europese concentratiecontrole worden onderworpen en niet het loutere marktgedrag van ondernemingen.

38. Dienovereenkomstig moet artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening aldus worden uitgelegd dat ook in geval van omzetting van een bestaande onderneming in een gemeenschappelijke onderneming alleen dan sprake is van een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening wanneer het een volwaardige onderneming betreft. Alleen dan doet zich immers een wijziging van de structuur van de markt voor die rechtvaardigt dat een concentratiecontrole wordt toegepast. Indien de desbetreffende transactie daarentegen leidt tot het ontstaan van een gemeenschappelijke onderneming die *niet* kan worden aangemerkt als een volwaardige onderneming, kan hoogstens gevreesd worden dat de twee moedermaatschappijen in het kader van hun samenwerking binnen de gemeenschappelijke onderneming hun marktgedrag onderling zullen afstemmen. Een dergelijke onderlinge afstemming van het marktgedrag kan weliswaar uit het oogpunt van de artikelen 101 en 102 VWEU ongetwijfeld relevant zijn, maar is geen kwestie die de Europese concentratiecontrole raakt, doch een probleem waarop verordening nr. 1/2003 ziet.

39. De Bundeskartellanwalt geeft in overweging dat de mededingingsautoriteiten niet meer zo snel zouden kunnen optreden tegen een eventuele verstoring van de mededinging op een nu al sterk geconcentreerde markt, wanneer zij zouden afzien van ex-antecontroles in gevallen als het onderhavige. Dat is evenwel de onvermijdelijke consequentie van het systeem van handhaving van het mededingingsrecht dat met verordening nr. 1/2003 is ingevoerd. De Uniewetgever heeft voor de periode vanaf 1 mei 2004 zeer bewust afgezien van een voorafgaande aanmeldingsplicht voor afspraken tussen ondernemingen teneinde de marktdeelnemers tot meer eigen verantwoordelijkheid aan te sporen en de mededingingsautoriteiten te ontlasten, wat hun uiteindelijk meer speelruimte geeft om hun eigen prioriteiten te stellen bij de handhaving van het mededingingsrecht. Indien nu door een ruime uitlegging van het begrip „concentratie” meer gevallen binnen de werkingssfeer van de Europese concentratiecontrole zouden worden gebracht, zou de met de EG-concentratieverordening en verordening nr. 1/2003 sinds 1 mei 2004 bestaande nieuwe systematiek voor de handhaving van de Europese mededingingsregels worden doorkruist. Niets belet de nationale mededingingsautoriteiten om – in het kader van hun prioriteiten voor de handhaving van het mededingingsrecht (artikelen 101 en 102 VWEU) – bijzondere aandacht te besteden aan de gebeurtenissen op sterk geconcentreerde markten zoals die in het onderhavige geval.

### **Ontstaansgeschiedenis**

40. Tot slot leidt ook een blik op de ontstaansgeschiedenis van artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening niet tot een ander resultaat.

41. Artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening vindt zijn oorsprong in verordening (EG) nr. 1310/97<sup>19</sup>, waarbij al een bepaling met dezelfde bewoordingen in de aan de huidige EG-concentratieverordening voorafgaande regeling werd ingevoegd.

<sup>18</sup> De vroegere praktijk van sporadische toepassing van artikel 85 EEG (thans artikel 101 VWEU) respectievelijk artikel 86 EEG (thans artikel 102 VWEU) alsmede de in verband daarmee vastgestelde procedureregels (thans verordening nr. 1/2003) op concentraties van ondernemingen (zie arresten van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, EU:C:1973:22, en 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie, 142/84 en 156/84, EU:C:1987:490) is met de inwerkingtreding van specifieke voorschriften voor Europese concentratiecontrole, zoals die thans in de EG-controleverordening zijn neergelegd, achterhaald.

<sup>19</sup> Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 houdende wijziging van verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1997, L 180, blz. 1).

42. Ook toen al was de Uniewetgever erop bedacht duurzame wijzigingen in de structuur van ondernemingen aan de concentratiecontrole te onderwerpen. De toen nieuwe regeling, die overigens tot op heden in ongewijzigde bewoordingen kracht van wet heeft<sup>20</sup>, had de uitdrukkelijke doelstelling *alle volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen* onder de toepassing van de Europese concentratiecontrole te laten vallen.<sup>21</sup>

43. De samenwerking van ondernemingen die weliswaar tot gevolg heeft dat een gemeenschappelijke onderneming in het leven wordt geroepen, maar zonder dat deze eigen marktactiviteiten ontplooit, heeft evenwel als zodanig nog nooit het voorwerp uitgemaakt van de Europese concentratiecontrole, noch krachtens de EG-concentratieverordening, noch krachtens de voorloper daarvan.<sup>22</sup>

### Slotopmerkingen

44. Per slot van rekening dient het begrip „concentratie” in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening derhalve aldus te worden opgevat dat de oprichting van gemeenschappelijke ondernemingen – ongeacht of het gaat om de totstandbrenging van geheel nieuwe ondernemingen dan wel slechts om de omzetting van bestaande ondernemingen in gemeenschappelijke ondernemingen – uitsluitend aan de Europese concentratiecontrole is onderworpen wanneer het volwaardige ondernemingen betreft.

45. Wat voor de oprichting van een nieuwe gemeenschappelijke onderneming geldt, dient immers a fortiori te gelden bij omzetting van een bestaande onderneming in een gemeenschappelijke onderneming. Dat geldt des te meer in een geval als het onderhavige, waarin de litigieuze transactie, gelet op het feit dat de oprichting van een nieuwe handelsmaatschappij gepland is<sup>23</sup> de oprichting van een nieuwe onderneming toch al dicht benadert.

46. De door de Commissie ter terechtzitting geuite vrees dat de voortdurende toepassing van het volwaardigheids criterium zou kunnen leiden tot een zwakke plek in de effectieve handhaving van de Europese concentratiecontrole (Engels: „enforcement gap”), kan ik niet begrijpen. Integendeel, het komt mij voor dat het laten vallen van het volwaardigheids criterium bij de omzetting van bestaande ondernemingen in gemeenschappelijke ondernemingen, zoals door de Commissie wordt voorgestaan, zou kunnen leiden tot een verwatering van het begrip „concentratie” in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening en de aandacht van de Commissie zou kunnen afleiden van de transacties die echt relevant zijn voor de structuur van de markt.

47. Anders dan de Commissie acht ik het overigens niet noodzakelijk in de onderhavige procedure een uitspraak te doen over de voorwaarden waaronder het feit dat een gemeenschappelijke onderneming mogelijkwijs van de markt verdwijnt, aan de Europese concentratiecontrole onderworpen is. De onderhavige zaak betreft immers niet het verdwijnen, maar juist het ontstaan van een gemeenschappelijke onderneming. Mocht het ooit gebeuren dat een onderneming *na* haar omzetting in een gemeenschappelijke onderneming – en dus *na* de wijziging van de zeggenschapsverhoudingen met betrekking tot die onderneming – door haar moedermaatschappijen van de markt wordt gehaald, dan zou dat eerder een kwestie van het marktgedrag van de moedermaatschappijen zijn (artikel 101 of 102 VWEU) dan een kwestie van wijziging van marktstructuren.

20 Bij de vaststelling van de thans geldende EG-concentratieverordening is alleen de nummering van de desbetreffende bepalingen binnen artikel 3 van de concentratieverordening gewijzigd.

21 Zie de vijfde overweging van verordening nr. 1310/97, waarin onder meer is te lezen: „Overwegende dat het dienstig is het begrip concentratie dusdanig te definiëren dat het betrekking heeft op transacties welke een blijvende wijziging in de structuur van de betrokken ondernemingen teweegbrengen; dat het in het bijzondere geval van gemeenschappelijke ondernemingen dienstig is alle volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen onder de werkingssfeer en de procedure van verordening (EEG) nr. 4064/89 te laten vallen; [...]”

22 Volgens de oorspronkelijke regeling in artikel 3, lid 2, van verordening (EEG) nr. 4064/89 waren *coöperatieve* gemeenschappelijke ondernemingen – in tegenstelling tot *concentratieve* gezamenlijke ondernemingen – *niet* aan de Europese concentratiecontrole onderworpen.

23 Zie dienaangaande punt 13 supra van deze conclusie.

## VI. Conclusie

48. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de door het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„De overgang van een bestaande onderneming of deel van een onderneming van de uitsluitende zeggenschap van een concern naar de gezamenlijke zeggenschap van dit concern en een ander, daarvan onafhankelijk concern, vormt slechts een concentratie in de zin van artikel 3 van verordening (EG) nr. 139/2004 wanneer de uit deze transactie ontstane gemeenschappelijke onderneming duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.”