



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

7 september 2017*

„Prejudiciële verwijzing – Mededinging – Concentratie van ondernemingen – Verordening (EG) nr. 139/2004 – Artikel 3, lid 1, onder b), en lid 4 – Werkingssfeer – Begrip ‚concentratie‘ – Wijziging van de aard van de zeggenschap over een bestaande onderneming van uitsluitend naar gezamenlijk – Oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult”

In zaak C-248/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Oberste Gerichtshof (hoogste rechterlijke instantie, Oostenrijk) bij beslissing van 31 maart 2016, ingekomen bij het Hof op 2 mei 2016, in de procedure

Austria Asphalt GmbH & Co OG

tegen

Bundeskartellanwalt,

wijst HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. L. da Cruz Vilaça, kamerpresident, A. Tizzano (rapporteur), vicepresident van het Hof, A. Borg Barthet, E. Levits en F. Biltgen, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: X. Lopez Bancalari, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 22 maart 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- Austria Asphalt GmbH & Co OG, vertegenwoordigd door B. Kofler-Senoner, S. Huber, M. Mayer en H. Kristoferitsch, Rechtsanwalte,
- de Bundeskartellanwalt, vertegenwoordigd door A. Mair, H. L. Majer en G. Stifter als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door T. Christoforou, H. Leupold en M. Farley als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 27 april 2017,

* Procestaal: Duits.

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 3 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening”) (PB 2004, L 24, blz. 1).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Austria Asphalt GmbH & Co. OG (hierna: „Austria Asphalt”) en de Bundeskartellanwalt (openbaar aanklager in mededingingszaken) over een vermeende concentratie.

Toepasselijke bepalingen

- 3 De overwegingen 5, 6, 8 en 20 van verordening nr. 139/2004 luiden als volgt:
 - „(5) Er moet [...] voor worden gezorgd dat het herstructureringsproces de mededinging niet blijvend schaadt; daarom moet het Gemeenschapsrecht bepalingen bevatten welke gelden voor concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze kunnen belemmeren.
 - (6) Een specifiek rechtsinstrument is dan ook vereist waardoor alle concentraties daadwerkelijk kunnen worden getoetst op hun effect op de mededingingsstructuur in de Gemeenschap, en dit moet het enige voor concentraties geldende instrument zijn. Verordening (EEG) nr. 4064/89 heeft het mogelijk gemaakt op dit gebied een Gemeenschapsbeleid tot ontwikkeling te brengen. Thans dient deze verordening evenwel in het licht van de opgedane ervaring te worden herschikt en omgezet in bepalingen die aan de uitdagingen van een sterker geïntegreerde markt en de komende uitbreiding van de Europese Unie zijn aangepast. Overeenkomstig de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid zoals bedoeld in artikel 5 van het Verdrag, gaat deze [verordening] niet verder dan hetgeen nodig is voor het bereiken van de doelstelling dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst, in overeenstemming met het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging.
- [...]
- (8) 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.
- [...]
- (20) 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. Bovendien is het wenselijk om transacties die nauw verweven zijn, in die zin dat zij van elkaar afhangen of de vorm aannemen van een reeks effectentransacties die binnen een redelijk korte tijdspanne plaatsvinden, als één concentratie te behandelen.”

4 Artikel 2, leden 1 en 4, van verordening nr. 139/2004 bepaalt het volgende:

„1. Concentraties in de zin van deze verordening worden aan de hand van onderstaande bepalingen getoetst op hun verenigbaarheid of onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

Bij die beoordeling houdt de Commissie rekening

a) met de noodzaak, op de gemeenschappelijke markt de daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen in het licht van, met name, de structuur van alle betrokken markten en van de bestaande of potentiële mededinging van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen;

[...]

4. Indien de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een concentratie vormt in de zin van artikel 3, de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, dan wordt die coördinatie beoordeeld overeenkomstig de criteria van artikel [101], leden 1 en 3, van het Verdrag, teneinde vast te stellen of de transactie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.”

5 Artikel 3 van deze verordening, met als opschrift „Definitie van concentraties”, bepaalt in de leden 1 en 4 ervan het volgende:

„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).”

6 Artikel 21 van verordening nr. 139/2004, met als opschrift „Toepassing van deze verordening en rechtsbevoegdheid”, bepaalt in lid 1 ervan het volgende:

„Op concentraties zoals omschreven in artikel 3 is uitsluitend deze verordening van toepassing; de verordeningen (EG) nr. 1/2003 [van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102] VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1)], (EEG) nr. 1017/68 [...], (EEG) nr. 4056/86 [...] en (EEG) nr. 3975/87 [...] zijn 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.”

Hoofdeding en prejudiciële vraag

7 Austria Asphalt is een dochteronderneming van Strabag SE, die indirect zeggenschap over haar heeft. De Strabag groep, waartoe deze vennootschappen behoren, is een internationaal bouwconcern dat met name actief is op het gebied van de wegenbouw.

- 8 Porr AG, dat eveneens onderdeel is van een internationaal bouwconcern dat wegen aanlegt, heeft het volledige kapitaal van Teerag Asdag AG in handen. Laatstgenoemde is de enige eigenaar van de asfaltmengfabriek Mürzzuschlag (hierna: „doelonderneming”), die het asfalt produceert dat nodig is voor de aanleg van wegen. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat het grootste deel van de productie van deze onderneming voor de Porr-groep is bestemd, zodat deze onderneming niet kan worden beschouwd als een volwaardige onderneming.
- 9 Austria Asphalt en Teerag Asdag zijn voornemens een vennootschap naar Oostenrijks recht op te richten die de doelonderneming zal kopen. Zo ligt het in de bedoeling dat Austria Asphalt 50 % van het kapitaal van die vennootschap houdt en samen met Teerag Asdag zeggenschap uitoefent over de doelonderneming. Bijgevolg zal Teerag Asdag vanaf het moment van die transactie niet langer alleen zeggenschap over de doelonderneming hebben, maar gezamenlijk met Austria Asphalt. Ook zal, volgens de verwijzende rechter, de gemeenschappelijke onderneming die het resultaat is van de transactie, niet kunnen worden beschouwd als een volwaardige gemeenschappelijke onderneming, aangezien het grootste deel van haar productie bestemd is voor de ondernemingen van de twee groepen die zeggenschap over haar uitoefenen.
- 10 Austria Asphalt heeft de voorgenomen concentratie op 3 augustus 2015 aangemeld bij de federale mededingingsautoriteit.
- 11 Overeenkomstig het nationale procesrecht heeft de Bundeskartellanwalt het Kartellgericht (rechtbank voor mededingingszaken, Oostenrijk) verzocht dit voornemen te onderzoeken. Deze rechterlijke instantie heeft in wezen geoordeeld dat de geplande transactie een concentratie vormde in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 en dat zij, aangezien de overige bij deze verordening vereiste voorwaarden waren vervuld, niet aan het Oostenrijkse recht kon worden getoetst. Zij heeft zich dientengevolge onbevoegd verklaard en heeft bij beslissing van 6 oktober 2015 het verzoek tot onderzoek verworpen.
- 12 Austria Asphalt is tegen deze beslissing opgekomen bij het Oberste Gerichtshof (hoogste rechterlijke instantie, Oostenrijk) met het betoog dat op grond van artikel 3, lid 4, van die verordening de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming slechts aanleiding geeft tot een concentratie wanneer die onderneming duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, dat wil zeggen voor zover het een volwaardige gemeenschappelijke onderneming betreft. Dat is in casu niet het geval, zodat verordening nr. 139/2004 niet van toepassing is.
- 13 De verwijzende rechter heeft allereerst vastgesteld dat nergens in de rechtspraak wordt gepreciseerd wat strekking is van het begrip „oprichting van een gemeenschappelijke onderneming”, zoals bedoeld in artikel 3, lid 4, van verordening nr. 139/2004, of wordt verduidelijkt hoe deze bepaling zich verhoudt tot artikel 3, lid 1, van die verordening, door algemene criteria vast te stellen waarbij een concentratie tot stand komt buiten het geval waarin twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen of delen van ondernemingen fuseren. In de tweede plaats kunnen deze bepalingen noch op grond van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening nr. 139/2004 (PB 2008, C 95, blz. 1), noch op grond van de besluitvormingspraktijk van de Commissie duidelijk worden uitgelegd.
- 14 Daarop heeft het Oberste Gerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet artikel 3, lid 1, onder b), en lid 4, van [verordening 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 de onderneming [waarover de zeggenschap is gewijzigd] duurzaam alle functies van een zelfstandige eenheid vervult?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 15 De verwijzende rechter wenst met zijn vraag in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, onder b), en lid 4, van verordening nr. 139/2004 aldus moet worden uitgelegd, dat een concentratie slechts tot stand komt na wijziging van de aard van de zeggenschap die wordt uitgeoefend over een bestaande onderneming van een uitsluitende in een gedeelde zeggenschap, indien de gemeenschappelijke onderneming die uit een dergelijke transactie voortkomt duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.
- 16 Om op deze vraag een antwoord te geven, moet worden opgemerkt dat volgens artikel 3, lid 1, onder b), van die verordening een concentratie tot stand komt indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit het verkrijgen, door één of meer personen, van zeggenschap, onmiddellijk of middellijk, over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan.
- 17 Volgens artikel 3, lid 4, van die verordening vormt de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming evenwel slechts een concentratie in de zin van lid 1, onder b), van dit artikel, indien die onderneming duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.
- 18 Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat op grond van de tekst van artikel 3 van deze verordening alleen, niet kan worden bepaald of een concentratie tot stand komt na een operatie waarbij de uitsluitende zeggenschap over een bestaande onderneming verandert in een gezamenlijke zeggenschap, wanneer de onderneming die daarvan het gevolg is niet alle functies vervult van een zelfstandige economische eenheid.
- 19 Een dergelijke operatie brengt enerzijds immers een duurzame wijziging van zeggenschap over de desbetreffende onderneming met zich mee en beantwoordt aldus aan één van de criteria van artikel 3, lid 1, onder b), van die verordening; anderzijds kan bij een dergelijke operatie een gemeenschappelijke onderneming worden geacht te zijn opgericht, waardoor die operatie onder artikel 3, lid 4, valt, zodat slechts een concentratie tot stand komt indien deze onderneming duurzaam alle functies vervult van een zelfstandige economische eenheid.
- 20 Wanneer de precieze strekking van een bepaling van Unierecht niet kan worden vastgesteld aan de hand van een letterlijke uitlegging ervan, dient de betrokken regeling te worden uitgelegd aan de hand van het doel en de algemene opzet ervan (zie in die zin arresten van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, EU:C:1998:148, punt 168, en 7 april 2016, Marchon Germany, C-315/14, EU:C:2016:211, punten 28 en 29).
- 21 Wat de doelstellingen betreft die worden nagestreefd bij verordening nr. 139/2004, blijkt uit de overwegingen 5, 6 en 8 dat deze beoogt ervoor te zorgen dat herstructureringen de mededinging niet blijvend schaden. Volgens deze overwegingen moet het Unierecht daarom bepalingen bevatten welke gelden voor concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze kunnen belemmeren en waarmee alle concentraties daadwerkelijk kunnen worden getoetst op hun effect op de mededingingsstructuur in de Unie. Deze verordening dient derhalve te gelden voor ingrijpende structuurveranderingen waarvan de gevolgen voor de markt verder reiken dan de nationale grenzen van één lidstaat.
- 22 Zoals volgt uit overweging 20 van die verordening moet het begrip „concentratie” derhalve dusdanig worden gedefinieerd 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. Gemeenschappelijke ondernemingen moeten dan ook binnen het toepassingsgebied van die verordening vallen als zij duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen.

- 23 Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 28 van haar conclusie, wordt in dit verband in de overwegingen van verordening nr. 139/2004 geen onderscheid gemaakt naargelang de onderneming in casu nieuw is opgericht als gevolg van de betrokken transactie, dan wel reeds bestond en tot dan toe onder de uitsluitende zeggenschap van een groep stond en nu onder gezamenlijke zeggenschap van meerdere ondernemingen komt te vallen.
- 24 Dat hier geen onderscheid wordt gemaakt, wordt geheel en al gerechtvaardigd door het feit dat, hoewel de Commissie toezicht moet houden op de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming met het oog op de gevolgen ervan voor de structuur van de markt, het ontstaan van dergelijke gevolgen afhangt van het daadwerkelijk betreden van de markt van een dergelijke gemeenschappelijke onderneming, dat wil zeggen van een onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.
- 25 Artikel 3 van deze verordening ziet derhalve slechts op gemeenschappelijke ondernemingen voor zover de oprichting ervan een duurzaam effect op de structuur van de markt met zich meebrengt.
- 26 Een dergelijke uitlegging vindt steun in artikel 3, lid 1, onder b), van deze verordening, dat als bestanddeel van het begrip concentratie niet de oprichting van een onderneming in aanmerking neemt, maar de wijziging van de zeggenschap over een onderneming.
- 27 Een omgekeerde uitlegging van artikel 3 van verordening nr. 139/2004, zoals die welke met name door de Commissie is voorgestaan, zou leiden tot een ongerechtvaardigd verschil in behandeling tussen enerzijds de ondernemingen die na de betrokken operatie nieuw zijn opgericht en die slechts onder het begrip concentratie zouden vallen indien zij duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen, en de ondernemingen die reeds vóór een dergelijke operatie bestonden en die onder dit begrip zouden vallen ongeacht of zij, zodra die transactie is verwezenlijkt, duurzaam die functies vervullen.
- 28 Hieruit volgt dat tegen de achtergrond van de bij verordening nr. 139/2004 nagestreefde doelstellingen, artikel 3, lid 4, ervan aldus moet worden uitgelegd dat het verwijst naar de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, dat wil zeggen naar een transactie ten gevolge waarvan een onderneming waarover door ten minste twee andere ondernemingen gezamenlijk zeggenschap wordt uitgeoefend, de markt betreedt, zonder dat het ertoe doet of die onderneming waarover sinds kort gezamenlijk zeggenschap wordt uitgeoefend, vóór de betrokken concentratie heeft bestaan.
- 29 Een dergelijke uitlegging van dit artikel 3 is ook in overeenstemming met de algemene opzet van verordening nr. 139/2004.
- 30 Hoewel, volgens overweging 6 van deze verordening, de daarbij ingestelde preventieve toetsing van de concentraties inderdaad betrekking heeft op de concentraties die een effect hebben op de mededingingsstructuur in de Unie, volgt hieruit geenszins dat alle gedragingen van de ondernemingen die geen dergelijke effecten sorteren, ontsnappen aan de toetsing door de Commissie of de bevoegde nationale mededingingsautoriteiten.
- 31 Die verordening, net zoals in het bijzonder verordening (EG) nr. 1/2003, maakt deel uit van een wetgevingspakket waarmee wordt beoogd uitvoering te geven aan de artikelen 101 en 102 VWEU en een toetsingssysteem op te zetten dat waarborgt dat de mededinging in de interne markt van de Unie niet wordt vervalst.
- 32 Zoals volgt uit artikel 21, lid 1, van verordening nr. 139/2004, is deze verordening uitsluitend van toepassing op concentraties zoals omschreven in artikel 3 van die verordening, waarop verordening nr. 1/2003 in beginsel niet van toepassing is.

- 33 Laatstgenoemde verordening blijft daarentegen van toepassing op de gedragingen van ondernemingen die, zonder dat zij een concentratie vormen in de zin van verordening nr. 139/2004, niettemin kunnen leiden tot een onderlinge coördinatie die indruist tegen artikel 101 VWEU en die om die reden zijn onderworpen aan de toetsing van de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten.
- 34 De uitlegging door de Commissie van artikel 3 van verordening nr. 139/2004, volgens welke de wijziging van de zeggenschap over een onderneming van uitsluitend naar gemeenschappelijk onder het begrip concentratie valt, zelfs wanneer die gemeenschappelijke onderneming niet duurzaam alle functies vervult van een zelfstandige economische eenheid, is dus niet in overeenstemming met artikel 21, lid 1, van verordening nr. 139/2004. Het aanhangen van een dergelijke uitlegging zou er immers toe leiden dat de preventieve toetsing waarin in deze verordening is voorzien, wordt uitgebreid tot concentraties die geen effect kunnen hebben op de structuur van de betrokken markt en dat dienovereenkomstig het toepassingsgebied wordt ingeperkt van verordening nr. 1/2003, die dan niet meer op dergelijke operaties van toepassing zou zijn, zelfs al kunnen deze aanleiding geven tot coördinatie tussen ondernemingen in de zin van artikel 101 VWEU.
- 35 Gelet op het voorgaande dient op de vraag te worden geantwoord dat artikel 3 van verordening nr. 139/2004 aldus moet worden uitgelegd dat een concentratie slechts tot stand komt na de wijziging van de aard van de zeggenschap die wordt uitgeoefend over een bestaande onderneming van een uitsluitende in een gedeelde zeggenschap, indien de gemeenschappelijke onderneming die uit een dergelijke concentratie voortkomt duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

Kosten

- 36 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 3 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening”) dient aldus te worden uitgelegd dat een concentratie slechts tot stand komt na wijziging van de aard van de zeggenschap die wordt uitgeoefend over een bestaande onderneming van een uitsluitende in een gedeelde zeggenschap, indien de gemeenschappelijke onderneming die uit een dergelijke transactie voortkomt duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

ondertekeningen