



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE  
JULIANE KOKOTT,  
predstavljeni 27. aprila 2017<sup>1</sup>

**Zadeva C-248/16**

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Oberster Gerichtshof (Avstrija))

„Konkurenca – Nadzor koncentracij podjetij („nadzor nad združitvami“) – Člen 3 Uredbe (ES) št. 139/2004 („Uredba ES o združitvah“) – Področje stvarne uporabe – Pojem koncentracije – Prehod z izključnega nadzora na skupni nadzor nad podjetjem – Sprememba obstoječega podjetja, ki nima narave polno delujočega podjetja, v skupno podjetje, ki nima narave polno delujočega podjetja – Razmejitev pristojnosti med Evropsko komisijo in nacionalnimi organi, pristojnimi za nadzor nad združitvami“

### I. Uvod

1. Minnesänger Ulrich von Liechtenstein je verjetno razmišljal o marsičem, ko je leta 1227 na svoji poti od Benetk do Böhmna, ki jo je literarno ovekovečil, prečil kraj Mürzzuschlag<sup>2</sup> v današnji Avstriji.<sup>3</sup> Vendar ali je že tedaj predvidel, da bo to slikovito mesto na obrežju reke Mürz nekoč prizorišče prvega postopka predhodnega odločanja glede evropskega nadzora nad združitvami?

2. Povod za ta postopek je podjetje za mešanje asfalta, katerega edini lastnik je trenutno velik gradbeni koncern, ki pa naj bi ga v prihodnje upravljal prav ta gradbeni koncern skupaj z nekim drugim gradbenim koncernom. Drugače povedano, namen je, da se že obstoječe podjetje za mešanje asfalta preoblikuje v *skupno podjetje*. Z vidika nadzora nad združitvami je pri tem problematično, da to podjetje *ni polno delujoče podjetje*, saj je njegova dejavnost omejena na to, da oskrbuje svojo sedanjo matično družbo – in v prihodnje obe svoji matični družbi – ne da bi sicer omembe vredno samostojno nastopalo na trgu.

3. Glede na navedeno mora Sodišče pojasniti precej temeljno vprašanje, kaj je značilno za koncentracijo podjetij v smislu člena 3 Uredbe ES o združitvah (v nadaljevanju tudi: Uredba o združitvah).<sup>4</sup> Konkretno gre za člen 3(1)(b) in (4) Uredbe o združitvah, pri čemer je treba preučiti, ali so v skladu s temi določbami podjetja, kakršno je to iz Mürzzuschlaga, ki jih zato, ker niso samostojno prisotna na trgu, ni mogoče šteti za polno delujoča podjetja, kljub temu pod evropskim nadzorom združitvev, če so v njih udeleženi tretji.

1 Jezik izvornika: nemščina.

2 [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk].

3 Pojem „Murzuslage“, ki ga okoli leta 1200 rojeni in leta 1275 umrli pesnik uporablja v svojem eposu „Frauendienst“, hkrati velja za prvo uradno omenbo mesta Mürzzuschlag.

4 Uredba Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 3, str. 40).

4. Navedena problematika preoblikovanja obstoječega podjetja, ki nima narave polno delujočega podjetja, v skupno podjetje je na prvi pogled verjetno nadvse tehnične narave in zanesljivo suhoparnejša od ljubezenskih pesmi, kakršne je pisal Ulrich von Liechtenstein. Za sistem prava Unije glede izvajanja pravil konkurence na evropskem notranjem trgu pa ima praktični pomen, ki ga ne gre podcenjevati. Z razlago člena 3 Uredbe o združitvah namreč ne bo določena le horizontalna ločnica med nadzorom koncentracij v skladu z Uredbo ES o združitvah in izvajanjem prava o omejevalnih sporazumih v skladu z Uredbo (ES) št. 1/2003,<sup>5</sup> ampak tudi vertikalna razmejitev med pristojnostmi Evropske komisije kot organa za nadzor nad združitvami na notranjem trgu in organov držav članic, pristojnih za koncentracije, saj evropski nadzor nad združitvami temelji na sistemu natančne razdelitve pristojnosti.<sup>6</sup>

## II. Pravni okvir

5. Okvir prava Unije v tem primeru določa člen 3 Uredbe o združitvah, naslovljen „Opredelitev koncentracije“, v katerem je med drugim določeno:

„1. Šteje se, da koncentracija nastane, kadar se trajno spremeni nadzor zaradi naslednjih dejavnikov:

[...]

(b) pridobitve neposrednega ali posrednega nadzora enega ali več drugih podjetij ali njihovih delov s strani ene ali več oseb, ki že nadzorujejo vsaj eno podjetje, ali s strani enega ali več podjetij, bodisi z nakupom vrednostnih papirjev ali premoženja bodisi s pogodbo ali kakor koli drugače.

[...]

4. Ustanovitev skupnega podjetja, ki trajno opravlja vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta, predstavlja koncentracijo v smislu odstavka 1(b).

[...]“

6. Člen 3(1) in (4) Uredbe o združitvah je pojasnjen v uvodni izjavi 20 Uredbe ES o združitvah:

„Koncept koncentracije je primerno opredeliti tako, da zajema transakcije, ki povzročijo trajno spremembo nadzora udeleženih podjetij in tako strukture trga. Zato je v področje uporabe te uredbe primerno vključiti vsa skupna podjetja, ki trajno opravljajo vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta. [...]“

7. Omeniti je treba še uvodno izjavo 8 te uredbe:

„Predpisi, ki jih je treba sprejeti s to uredbo, naj veljajo za bistvene strukturne spremembe, ki vplivajo na trg prek državnih meja katere koli države članice. Takšne koncentracije naj se, kot splošno pravilo, rešujejo izključno na ravni Skupnosti, ob uporabi sistema ‚vse na enem mestu‘ in skladno z načelom subsidiarnosti. Koncentracije, ki niso zajete v tej uredbi, načelno spadajo v pravno pristojnost držav članic.“

<sup>5</sup> Uredba Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 [ES] in 82 [ES] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205), v nadaljevanju: Uredba št. 1/2003.

<sup>6</sup> Sodbi z dne 25. septembra 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser in drugi/Komisija (C-170/02 P, EU:C:2003:501, točka 32), in z dne 22. junija 2004, Portugalska/Komisija (C-42/01, EU:C:2004:379, točka 50); v istem smislu sodba z dne 18. decembra 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Komisija (C-202/06 P, EU:C:2007:814, točka 37).

8. Na koncu je treba omeniti še člen 21 Uredbe o združitvah, naslovljen „Uporaba uredbe in pristojnost“, ki – kolikor je upošteveno v obravnavanem primeru – določa:<sup>7</sup>

„1. Samo ta uredba se uporablja za koncentracije, kakor so opredeljene v členu 3, [Uredba št. 1/2003 pa se ne uporablja,] razen pri skupnih podjetjih, ki nimajo razsežnosti Skupnosti in katerih namen ali cilj je usklajevanje konkurenčnega ravnanja podjetij, ki ostajajo neodvisna.

2. Komisija ima izključno pristojnost za sprejemanje odločb, predvidenih s to uredbo, ki jih lahko pregleda Sodišče.

3. Nobena država članica ne uporabi svojega nacionalnega prava o konkurenci za katero koli koncentracijo z razsežnostmi Skupnosti.

[...]“

9. Prečiščeno obvestilo Komisije o pravni pristojnosti<sup>8</sup> ni del pravnega okvira v obravnavanem primeru, saj gre le za pravno nezavezujoče sporočilo, v katerem Komisija zaradi preglednosti podaja svoje pravno stališče in upravno prakso glede pravne pristojnosti v okviru nadzora koncentracij.<sup>9</sup>

### III. Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

10. Družba Austria Asphalt GmbH & Co OG (v nadaljevanju: družba AA) je posredna odvisna družba družbe Strabag SE, medtem ko družba Teerag Asdag AG (v nadaljevanju: družba TA) spada k skupini Porr. Tako Strabag kot Porr sta mednarodna gradbena koncerna, ki med drugim delujeta na področju gradnje cest.

11. Podjetje Asphaltmischanlage Mürzzuschlag leži v občini Mürzzuschlag v avstrijski zvezni deželi Štajerski. Podjetje proizvaja asfalt za gradnjo cest in ga dobavlja skoraj izključno družbi TA, ki je trenutno njegov edini lastnik.

12. Družbi AA in TA načrtujeta ustanovitev družbe avstrijskega prava v obliki GmbH & Co KG (komanditna družba, v kateri je komplementar družba z omejeno odgovornostjo), v kateri bi vsaka od teh dveh družb prevzela 50 % komanditnih deležev in 50 % deležev v komplementarni družbi. Vsi skupščinski sklepi novo ustanovljene družbe naj bi se sprejemali soglasno.

13. Družba TA naj bi podjetje za mešanje asfalta prenesla na novo ustanovljeno družbo. Kot je navedeno v predložitvenem sklepu, je treba to transakcijo z gospodarskega vidika razumeti tako, da bo družba AA pridobila 50-odstotno udeležbo v podjetju za mešanje asfalta kot že obstoječem ciljnem podjetju, pri čemer bo družba TA kot odsvojitelj, ki je v ciljnem podjetju doslej izvajal izključni nadzor, v ciljnem podjetju sedaj nadzor izvajal skupno. Asfalt, proizveden v zadevnem podjetju, naj bi se skoraj izključno dobavljal le družbama AA in TA.

<sup>7</sup> Sklici na druge uredbe kakor na Uredbo št. 1/2003, vsebovani v izvirnem besedilu člena 21(1) Uredbe o združitvah, so zastareli, zato sem jih v tem citatu izpustila zaradi boljše berljivosti.

<sup>8</sup> Prečiščeno obvestilo Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij (UL 2008, C 95, str. 1).

<sup>9</sup> V zvezi s tem glej predvsem točko 3 Prečiščenega obvestila o pravni pristojnosti.

14. Družba AA je to transakcijo 3. avgusta 2015 v skladu z avstrijskim zakonom o preprečevanju omejevalnih sporazumov (Kartellgesetz 2005; KartG) priglasila zveznemu organu za zadeve konkurence. Kot izhaja iz spisa, je Generalni direktorat Evropske komisije za konkurenco družbi AA pred tem z upravnim dopisom sporočil, da pri načrtu očitno ne gre za koncentracijo v smislu člena 3 Uredbe o združitvah.<sup>10</sup> V okviru tega dopisa pa je bilo izrecno navedeno, da je v njem izraženo le mnenje službe Komisije, ki Komisije kot institucije Unije ne zavezuje.

15. Avstrijski Bundeskartellanwalt (zvezni državni tožilec za zadeve omejevalnih sporazumov) je po tej priglasitvi z dne 3. avgusta 2015 pri Oberlandesgericht Wien (višje deželno sodišče na Dunaju) kot sodišču, pristojnem za zadeve omejevalnih sporazumov, pravočasno vložil predlog za preizkus na podlagi člena 11(1) KartG. Sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, pa je ta predlog zavrglo s sklepom z dne 6. oktobra 2015. V obrazložitvi je navedlo, da gre pri priglašeni transakciji za koncentracijo z razsežnostjo Unije, tako da se zanjo ne uporabi avstrijsko pravo o konkurenci, ampak izključno pravo Unije, in sicer Uredba ES o združitvah.

16. Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče)<sup>11</sup> mora sedaj v svoji vlogi višjega sodišča za zadeve omejevalnih sporazumov odločiti o pritožbi družbe AA proti navedenemu sklepu sodišča, pristojnega za zadeve omejevalnih sporazumov. Družba AA s pritožbo predlaga, naj se sklep sodišča, pristojnega za zadeve omejevalnih sporazumov, razveljavi in naj se njena transakcija obravnava kot načrt koncentracije, ki ga je treba priglasiti v skladu z avstrijskim pravom o konkurenci (člena 7 in 9 KartG).

#### **IV. Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem**

17. Oberster Gerichtshof je s sklepom z dne 31. marca 2016, ki je na Sodišče prispel 2. maja 2016, Sodišču na podlagi člena 267 PDEU v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

Ali je treba člen 3(1)(b) in (4) Uredbe (ES) št. 139/2004 razlagati tako, da se v primeru prehoda z izključnega nadzora na skupnega v okviru obstoječega podjetja, pri čemer podjetje, ki je prej izvajalo izključni nadzor, nadzor izvaja še naprej, šteje za koncentracijo, samo če to podjetje trajno opravlja vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta?

18. Pisna stališča v postopku predhodnega odločanja pred Sodiščem so predložili družba Austria Asphalt, Bundeskartellanwalt in Evropska komisija, ki so se udeležili tudi ustne obravnave 22. marca 2017.

#### **V. Presoja**

19. Predložitveno sodišče želi s svojim vprašanjem v bistvu izvedeti, ali je treba spremembo strukture nadzora nad obstoječim podjetjem – v obravnavanem primeru gre za prehod z izključnega nadzora na skupni nadzor nad podjetjem Asphaltmischwerk Mürzzuschlag – tudi tedaj šteti za koncentracijo podjetij v smislu člena 3 Uredbe o združitvah, če skupno podjetje v okviru te transakcije ni polno delujoče podjetje.

<sup>10</sup> Dopis z dne 22. decembra 2015 (Konzultacija C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), ki ga je podpisal direktor Generalnega direktorata za konkurenco, pristojen za področja bazične industrije, predelovalnih dejavnosti in kmetijstva.

<sup>11</sup> V nadaljevanju tudi: predložitveno sodišče.

20. Izhodišča točka ni sporna: za koncentracijo v skladu s členom 3(1)(b) Uredbe o združitvah šteje vsaka transakcija, ki vodi do trajne pridobitve izključnega ali skupnega nadzora nad podjetjem ali njegovim delom. Težavo pa predstavlja součinkovanje te določbe in člena 3(4) Uredbe o združitvah. Zadnja navedena določba namreč v pojem koncentracije vključuje tudi „ustanovitev skupnega podjetja“, vendar le če to skupno podjetje „trajno opravlja vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta“, da ima torej naravo polno delujočega podjetja.

21. Glede na to opredelitev in sistematični položaj člena 3(4) Uredbe o združitvah pa ni jasno, ali so skupna podjetja na splošno predmet evropskega nadzora nad združitvami le tedaj, kadar gre za „samostojne gospodarske subjekte“, torej za – drugače povedano – polno delujoča podjetja. Člen 3(4) Uredbe o združitvah bi se namreč lahko razumel tudi tako, da v njem vsebovani sklic z omejitvijo na polno delujočo naravo podjetja učinkuje le pri *ustanovitvi novega* skupnega podjetja, ne pa v primeru *preoblikovanja obstoječega* podjetja v skupno podjetje, nad katerim nadzor izvajata dva koncerna skupno. Če bi se izhajalo iz tega zadnjega razumevanja, bi pod nadzor nad združitvami na koncu spadale *vse transakcije*, v okviru katerih se v smislu člena 3(1)(b) Uredbe o združitvah nadzor nad obstoječimi (skupnimi) podjetji trajno spremeni, ne glede na to, ali gre za polno delujoča podjetja ali – kot v primeru podjetja Asphaltmischwerk Müzzuschlag – za zgolj produkcijske enote brez samostojne navzočnosti na trgu.

22. Zanimivo je, da se je Evropska komisija v obravnavanem sodnem postopku odločila za zadnjenavedeno razumevanje besedila, medtem ko je pred tem na drugi strani v *isti zadevi* služba Komisije za nadzor koncentracij zavzela diametralno nasprotno stališče.<sup>12</sup> Obžalovanja vredno je, da Komisija o tako temeljnem in pogosto pojavljajočem se vprašanju o pristojnosti nima oblikovane jasne, enotne usmeritve, ki bi jo dosledno izvajala.<sup>13</sup> Le tedaj se namreč lahko subjekti na trgu zanesejo na stališča in nasvete služb Komisije, pristojnih za koncentracije podjetij – čeprav se ta morebiti izrazijo v nezavezujočih upravnih dopisih – in smiselno ocenijo svoje obveznosti, ki izhajajo iz prava Unije.

23. Brezciljno bi bilo le abstraktno razmišljati o tem, ali člen 3(4) Uredbe o združitvah za področje skupnih podjetij vodi do razširitve, omejitve ali zgolj natančnejše opredelitve pojma koncentracije iz člena 3(1)(b) Uredbe o združitvah. Nasprotno, najti je treba praktično rešitev za razlago in uporabo člena 3 Uredbe o združitvah. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba za ta namen upoštevati tako besedilo kot tudi kontekst in cilje te določbe.<sup>14</sup> Besedilo

24. Besedilo člena 3 Uredbe o združitvah tu obravnavanega vprašanja ne razjasni natančno. Člen 3(4) Uredbe o združitvah se omejuje na ugotovitev, da ustanovitev skupnega podjetja, ki trajno opravlja vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta, predstavlja koncentracijo v smislu člena 3(1)(b) Uredbe o združitvah. Pri tej opredelitvi ostaja nejasno, ali je narava polno delujočega podjetja – torej okoliščina, da se trajno opravljajo vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta – potrebna le v primeru ustanovitve *novega* skupnega podjetja, ali pa je mišljeno tudi preoblikovanje že obstoječega podjetja v skupno podjetje, tako da je tudi to le tedaj predmet evropskega nadzora nad združitvami, če gre pri zadevnem podjetju za polno delujoče podjetje.

25. Spor, ki poteka pred Sodiščem, učinkovito ponazarja, da sta možni obe razlagi. Člen 3(4) Uredbe o združitvah je namreč mogoče razumeti v skladu s stališčem družbe AA tako, da popolnoma na splošno pod evropski nadzor nad združitvami sodijo *le* taka skupna podjetja, ki imajo naravo polno delujočega podjetja, ne glede na to, ali je bilo ob njihovi „ustanovitvi“ vzpostavljeno popolnoma novo podjetje ali pa je bilo obstoječe podjetje preoblikovano v skupno podjetje. Glede na besedilo člena 3(4)

<sup>12</sup> V zvezi s tem glej zgoraj točko 14 in opombo 10 teh sklepnih predlogov.

<sup>13</sup> Predložitveno sodišče opozarja na to, da je Komisija pri svojem odločanju v primerih prehoda z izključnega nadzora na skupni nadzor vse do nedavnega merilo polnega delovanja deloma preučila in deloma preskočila.

<sup>14</sup> Glej na primer sodbo z dne 8. septembra 2015, Španija/Parlament in Svet (C-44/14, EU:C:2015:554, točka 44), in v istem smislu sodbo z dne 8. novembra 2016, Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, točka 31).

Uredbe o združitvah pa se je mogoče pridružiti tudi stališču Komisije in naravo polno delujočega podjetja le v primeru ustanovitve novega skupnega podjetja videti kot pogoj za izvajanje evropskega nadzora nad združitvami, medtem ko naj bi se pri spremembi nadzora nad že obstoječim podjetjem – z njegovim preoblikovanjem v skupno podjetje – vsekakor uporabil nadzor nad združitvami, celo tedaj, kadar ni podana narava polno delujočega podjetja; kajti niti v členu 3(4) niti v členu 3(1)(b) Uredbe o združitvah ni izrecno določena zahteva, da morajo tudi *obstoječa* podjetja trajno opravljati vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta.

26. Če besedilo določbe prava Unije – kot v obravnavanem primeru člen 3 Uredbe o združitvah – omogoča različne razlage, je treba pravilno razlago ugotoviti na podlagi cilja in sistematike te določbe. Dodatno je mogoče upoštevati tudi ozadje nastanka določbe. Cilj

27. Sporna določba člena 3(4) Uredbe o združitvah je podrobneje obrazložena v drugem stavku uvodne izjave 20 Uredbe ES o združitvah. Tam je navedeno, da je na področje uporabe te uredbe primerno vključiti vsa skupna podjetja, ki trajno opravljajo vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta – torej, drugače povedano, vsa skupna polno delujoča podjetja.

28. Iz preambule Uredbe ES o združitvah torej *ne* izhaja razlikovanje med na novo ustanovljenimi skupnimi podjetji in takšnimi, ki – kot v obravnavanem primeru – izhajajo iz prehoda že obstoječih podjetij izpod izključnega nadzora koncerna pod skupni nadzor dveh koncernov. Glede na to je treba izhajati iz tega, da tako razlikovanje tudi ni določeno v členu 3(4) Uredbe o združitvah, ampak da je tam povsem na splošno za *vsaj skupna podjetja* določena zahteva polno delujočega podjetja, ne glede na to, ali je zadevno skupno podjetje ustanovljeno na novo ali pa je njegova „ustanovitev“ posledica preoblikovanja obstoječega podjetja v skupno podjetje.

29. Tako stališče je med drugim podprto tudi s splošnim ciljem evropskega nadzora nad združitvami. Kakor izhaja iz uvodne izjave 8 Uredbe ES o združitvah, naj ta uredba namreč velja za *bistvene strukturne spremembe*, ki vplivajo na trg prek državnih meja katere koli države članice. V istem smislu je v prvem stavku uvodne izjave 20 navedeno, da je koncept koncentracije primerno opredeliti tako, da zajema transakcije, ki povzročijo trajno spremembo nadzora udeleženih podjetij in tako *strukture trga*.

30. Evropski nadzor nad združitvami se glede na ta cilj nanaša na take transakcije, ki povzročijo spremembo strukture trga. Do take spremembe strukture trga pa pride, le če pride do omembe vrednih sprememb strukture nadzora nad podjetji, ki dejansko delujejo na trgu ali je to vsaj resno načrtovano.

31. Bilo bi v nasprotju z bistvom evropskega nadzora nad združitvami, če bi morala Komisija na podlagi meril iz Uredbe ES o združitvah v primeru preoblikovanja obstoječega podjetja, ki nima narave polno delujočega podjetja, v skupno podjetje opraviti obvezni nadzor *ex ante*. Če namreč neka ustanova ni samostojno prisotna na trgu, potem tudi sprememba strukture nadzora nad to ustanovo ne more povzročiti spremembe strukture trga.

32. Nebistven se v tem kontekstu zdi sklic Komisije na besedico „tudi“ v drugem stavku uvodne izjave 20 Uredbe ES o združitvah. Na eni strani je to opredelitev sploh mogoče najti le v nekaterih jezikovnih različicah zadevne uredbe, na primer v nemški, medtem ko je številne druge jezikovne različice – ne nazadnje angleška in francoska različica – sploh ne vsebujejo. Na drugi strani argument Komisije tudi vsebinsko ni preveč prepričljiv. Na prvi pogled sicer opredelitev, v skladu s katero je na področje uporabe Uredbe ES o združitvah „primerno vključiti [*tudi*] vsa skupna podjetja, ki trajno

opravljajo vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta<sup>15</sup>, morda ne izključuje tega, da evropski nadzor koncentracij poleg tega vključuje tudi druge vrste skupnih podjetij – namreč taka, ki *niso* polno delujoča. Podrobnejša analiza pa pokaže, da bi bilo to v nasprotju s splošnim ciljem Uredbe ES o združitvah, da se nadzor *ex ante* uporabi za take načrte, ki spremenijo strukturo trga.

33. Preoblikovanje podjetja, ki nima narave polno delujočega podjetja, v skupno podjetje, v nasprotju z mnenjem Komisije, tudi ni mogoče uvrstiti pod evropski nadzor nad združitvami z uporabo člena 3(1)(b) Uredbe o združitvah. Splošni dejanski stan koncentracije v tej določbi namreč predpostavlja, da se trajno spremeni nadzor *podjetja* ali *dela podjetja*. Pri tem je treba pojem podjetja – kakor tudi sicer v evropskem pravu o konkurenci – razumeti funkcionalno, torej tako, da označuje vsak subjekt, ki opravlja gospodarsko dejavnost, ne glede na njegov pravni status in način financiranja.<sup>16</sup> Ker gospodarska dejavnost na drugi strani pomeni ponujanje blaga ali storitev na določenem trgu,<sup>17</sup> skupna podjetja, ki *niso* samostojno prisotna na trgu – to pomeni, da nimajo narave polno delujočega podjetja – že od vsega začetka ne morejo spadati pod člen 3(1)(b) Uredbe o združitvah. Kontekst

34. Sklep je enak tudi ob upoštevanju konteksta člena 3 Uredbe o združitvah.

35. Tako Uredba ES o združitvah kot tudi njej sorodna Uredba št. 1/2003 sta na koncu namenjeni izvajanju pravil o konkurenci na notranjem trgu, določenih v členih 101 in 102 PDEU, pri čemer se vedno lahko uporabi le ena od obeh navedenih uredb (v zvezi s tem glej člen 21(1) Uredbe o združitvah).

36. Medtem ko je bil na področju uporabe Uredbe ES o združitvah za spremembe strukture trga uveden sistem preventivnega in obveznega nadzora *ex ante*, pa je sicer za ravnanje podjetij na trgu – naj gre za usklajeno ravnanje ali za unilateralne zlorabe prevladujočega položaja na trgu – v skladu z Uredbo št. 1/2003 določen le represivni nadzor *ex post*, katerega izvajanje poleg tega spada v polje proste presoje organov, pristojnih za konkurenco.

37. Kot je mogoče razbrati iz člena 21(1) Uredbe o združitvah, pojem koncentracije v smislu člena 3 Uredbe o združitvah predstavlja ločnico med obema navedenima delnima področjema evropskega prava o konkurenci.<sup>18</sup> Razumevanje člena 3 Uredbe o združitvah, ki je v skladu s sistemom, torej zahteva, da je treba pojem koncentracije razlagati tako, da so le prave spremembe strukture trga predmet evropskega nadzora nad združitvami, ne pa nasprotno samo ravnanje podjetij na trgu.

38. V skladu s tem bi bilo treba člen 3(4) Uredbe o združitvah razlagati tako, da gre tudi v primeru preoblikovanja obstoječega podjetja v skupno podjetje za koncentracijo v smislu člena 3(1)(b) Uredbe o združitvah, le če gre za polno delujoče podjetje. Le v tem primeru namreč pride do spremembe strukture trga, ki lahko upraviči izvedbo nadzora nad združitvami. Če pa sporna transakcija na drugi strani vodi do nastanka skupnega podjetja, ki *nima* narave polno delujočega podjetja, potem obstaja

<sup>15</sup> Poudarek le tu.

<sup>16</sup> Sodbe z dne 23. aprila 1991, Höfner in Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, točka 21); z dne 16. marca 2004, AOK Bundesverband in drugi (C-264/01, C-306/01, C-354/01 in C-355/01, EU:C:2004:150, točka 46), in z dne 17. septembra 2015, Total/Komisija (C-597/13 P, EU:C:2015:613, točka 33); podobno že sodba z dne 12. julija 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, točka 11).

<sup>17</sup> Sodbe z dne 18. junija 1998, Komisija/Italija (C-35/96, EU:C:1998:303, točka 36); z dne 12. septembra 2000, Pavlov in drugi (od C-180/98 do C-184/98, EU:C:2000:428, točka 75); z dne 10. januarja 2006, Cassa di Risparmio di Firenze in drugi (C-222/04, EU:C:2006:8, točka 108); z dne 1. julija 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, točka 22), in z dne 23. februarja 2016, Komisija/Madžarska (C-179/14, EU:C:2016:108, točka 149).

<sup>18</sup> Prejšnja praksa sporadične uporabe člena 85 Pogodbe EGS (postal člen 101 PDEU) oziroma člena 86 Pogodbe EGS (postal člen 102 PDEU) ter v zvezi s tem sprejetih postopkovnih določb (sedanja Uredba št. 1/2003) v primeru koncentracij podjetij (glej sodbi z dne 21. februarja 1973, Europemballage in Continental Can/Komisija, 6/72, EU:C:1973:22, in z dne 17. novembra 1987, British American Tobacco in Reynolds Industries/Komisija, 142/84 in 156/84, EU:C:1987:490) je zastarela z začetkom veljavnosti samostojnih določb glede evropskega nadzora nad združitvami, ki so sedaj določene v Uredbi ES o združitvah.

večjemu nevarnost usklajenega ravnanja obeh matičnih družb na trgu v okviru njunega sodelovanja znotraj skupnega podjetja. Tako usklajeno ravnanje na trgu, čeprav je z vidika členov 101 in 102 PDEU vsekakor lahko pomembno, ni stvar evropskega nadzora nad združitvami, ampak stvar Uredbe št. 1/2003.

39. Bundeskartellamt navaja, da se organi, pristojni za konkurenco, v primeru opustitve nadzora *ex ante* v primerih, kakršen je obravnavani, ne bi več mogli tako hitro odzvati na morebitno izkrivljanje konkurence na že tako ali tako močno koncentriranem trgu. Vendar pa je to nujna posledica sistema izvajanja prava o omejevalnih sporazumih, uvedenega z Uredbo št. 1/2003. Zakonodajalec Unije se je za obdobje po 1. maju 2004 povsem zavestno odločil za opustitev obvezne predhodne priglasitve dogovorov med podjetji, da bi na eni strani subjekti na trgu postali odgovornejši in da bi se na drugi strani sprostil resursi organov, pristojnih za konkurenco, kar navsezadnje razširja njihovo polje proste presoje pri določanju prioritete pri izvajanju prava o omejevalnih sporazumih. Če bi se sedaj želelo s široko razlago pojma koncentracije v področje uporabe evropskega nadzora nad združitvami vključiti več primerov, bi bilo to v nasprotju z novo sistematiko izvajanja evropskih pravil konkurence, obstoječo od 1. maja 2004 naprej na podlagi Uredbe ES o združitvah in Uredbe št. 1/2003. Nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, nič ne ovira pri tem, da so v okviru svojih prioritete v zvezi z izvajanjem prava o omejevalnih sporazumih (člena 101 in 102 PDEU) posebej pozorni na dogajanja na močno koncentriranih trgih, kakršen je obravnavani. Ozadje nastanka

40. Na koncu tudi pogled na ozadje nastanka člena 3(4) Uredbe o združitvah ne vodi do drugačnega sklepa.

41. Člen 3(4) Uredbe o združitvah izhaja iz Uredbe (ES) št. 1310/97,<sup>19</sup> s katero je bila določba z enakim besedilom določena že v ureditvi, ki je obstajala pred sedanjo Uredbo ES o združitvah.

42. Zakonodajalec Unije je že tedaj želel, da so trajne spremembe v strukturi podjetij predmet nadzora koncentracij. Izrecni cilj takratne nove ureditve, katere besedilo ima sicer vse do danes nespremenjeno zakonsko moč,<sup>20</sup> je bil vključitev *vseh polno delujočih skupnih podjetij* na področje uporabe evropskega nadzora nad združitvami.<sup>21</sup>

43. Zgolj sodelovanje med podjetji, ki sicer vodi do nastanka skupnih podjetij, ne pa do lastne prisotnosti teh skupnih podjetij na trgu, pa na drugi strani še nikoli ni bilo predmet evropskega nadzora nad združitvami, in sicer niti v skladu z Uredbo ES o združitvah niti v skladu s prejšnjo ureditvijo.<sup>22</sup> Končne opombe

44. Skupno gledano je treba torej pojem koncentracije v smislu člena 3 Uredbe o združitvah razumeti tako, da je ustanovitev skupnih podjetij – ne glede na to, ali gre za nastanek povsem novih podjetij ali pa za preoblikovanje obstoječih podjetij v skupna podjetja – predmet evropskega nadzora nad združitvami izključno tedaj, kadar gre za polno delujoča podjetja.

45. Kajti kar velja za ustanovitev skupnega podjetja na novo, mora še toliko bolj veljati za preoblikovanje obstoječega podjetja v skupno podjetje. To še toliko bolj velja v primeru, kakršen je obravnavani, v katerem je sporna transakcija glede na načrtovano ustanovitev nove gospodarske družbe<sup>23</sup> že tako ali tako močno podobna ustanovitvi novega podjetja.

19 Uredba Sveta (ES) št. 1310/97 z dne 30. junija 1997 o spremembi Uredbe (EGS) št. 4064/89 o nadzoru koncentracij podjetij (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 1, str. 164).

20 S sprejetjem sedaj veljavne Uredbe ES o združitvah je prišlo le do preštevilčenja zadevnih določb člena 3 Uredbe o združitvah.

21 V zvezi s tem glej uvodno izjavo 5 Uredbe št. 1310/97, ki med drugim določa: „[...] [P]rimerno [je] opredeliti koncept koncentracije tako, da pokriva dejanja, ki povzročijo trajno spremembo v strukturi udeleženih podjetij[...] [V] posebnem primeru skupnih podjetij [je] primerno vključiti v področje uporabe in postopke Uredbe (EGS) št. 4064/89 vsa polno delujoča skupna podjetja[...] [...]“

22 V skladu s prvotno določbo člena 3(2) Uredbe (EGS) št. 4064/89 *kooperativna* skupna podjetja – za razliko od skupnih podjetij, pri katerih je šlo za *koncentracijo* – niso spadala pod evropski nadzor nad združitvami.

23 V zvezi s tem glej zgoraj točko 13 teh sklepnih predlogov.



46. Menim, da bojazen Komisije, ki jo je izrazila na ustni obravnavi, da bi lahko dosledna uporaba merila polno delujočega podjetja pomenila šibko točko pri učinkovitem izvajanju evropskega nadzora nad združitvami (v angleščini: „*enforcement gap*“), ni upravičena. Prav nasprotno, menim, da bi odpoved merilu polno delujočega podjetja, ki jo zagovarja Komisija, pri preoblikovanju obstoječih podjetij v skupna podjetja razvodenila pojem koncentracije v smislu člena 3 Uredbe o združitvah in odvrnila pozornost Komisije s transakcij, ki so resnično pomembne za strukturo trga.

47. Drugače kakor Komisija poleg tega menim, da v obravnavanem postopku ni treba sprejeti odločitve o tem, pod katerimi pogoji je možno izginotje skupnega podjetja s trga predmet evropskega nadzora koncentracij. Obravnavani primer namreč ne zadeva izginotja, ampak ravno nasprotno nastanek skupnega podjetja. Če bi prišlo do tega, da bi podjetje *po* njegovem preoblikovanju v skupno podjetje – torej *po* spremembi strukture nadzora nad tem podjetjem – njegove matične družbe umaknile s trga, bi bilo to prej vprašanje ravnanja matičnih družb na trgu (člena 101 ali 102 PDEU) kot pa vprašanje spremembe strukture trga.

## VI. Predlog

48. Ob upoštevanju zgornjih navedb Sodišču predlagam, naj na predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Oberster Gerichtshof (Avstrija), odgovori tako:

Prehod obstoječega podjetja ali dela podjetja izpod izključnega nadzora koncerna pod skupni nadzor tega koncerna in še enega, od tega neodvisnega koncerna, pomeni koncentracijo podjetij v smislu člena 3 Uredbe (ES) št. 139/2004 le tedaj, kadar skupno podjetje, ki je posledica te transakcije, trajno opravlja vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta.