



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 27 april 2017¹

Mål C-248/16

Austria Asphalt GmbH & Co OG
mot
Bundeskartellanwalt

(begäran om förhandsavgörande från Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike))

”Konkurrens – Kontroll av företagskoncentrationer (’koncentrationskontroll’) – Artikel 3 i förordning (EG) nr 139/2004 (’EG:s koncentrationsförordning’) – Materiellt tillämpningsområde – Begreppet koncentration – Övergång från ensam kontroll till gemensam kontroll över ett företag – Omvandling av ett befintligt företag som inte fungerar självständigt till ett gemenskapsföretag som inte fungerar självständigt – Ansvarsfördelningen mellan Europeiska kommissionen och de nationella myndigheterna som ansvarar för koncentrationskontrollen”

I. Inledning

1. Det finns mycket man kan föreställa sig att minnesångaren Ulrich von Liechtenstein tänkte när han i sin litterärt förevigade resa från Venedig till Böhmen år 1227 passerade orten Mürzzuschlag² i nuvarande Österrike³. Men att han redan då skulle ha förutsett att den lilla staden som är pittoreskt belägen längs floden Mürz stränder i framtiden skulle komma att bli skådeplats för den första begäran om förhandsavgörande med avseende på den europeiska koncentrationskontrollen?

2. Bakgrunden till detta förfarande är ett asfaltsverk som hittills uteslutande tillhört en stor byggkoncern, men som i framtiden ska kontrolleras gemensamt av denna och en annan byggkoncern. Avsikten är med andra ord att förvandla det befintliga asfaltsverket till ett *gemensamt företag*. Ur koncentrationsförordningens synpunkt är det emellertid problematiskt att verket inte är ett *självständigt fungerande företag* på grund av att dess verksamhet endast omfattar leverans till det nuvarande moderbolaget och i framtiden till de båda moderbolagen, utan att annars i någon nämnvärd utsträckning ha en självständig marknadsnärvaro.

3. Mot denna bakgrund har domstolen ombetts att klargöra den mycket grundläggande frågan vad som utgör en företagskoncentration i den mening som avses i artikel 3 i koncentrationsförordningen⁴. I det aktuella fallet är det fråga om att pröva huruvida företag som det aktuella i Mürzzuschlag, som enligt artikel 3.1 b och artikel 3.4 i koncentrationsförordningen i avsaknad av självständig närvaro på marknaden inte kan anses som självständiga företag, ändå omfattas av den europeiska koncentrationskontrollen om utomstående parter förvärvar ägarintressen i dessa.

1 Originalspråk: tyska.

2 [myrts'tsu:flak].

3 Begreppet ”Murzuslage” som diktaren, född cirka år 1200 och död 1275, för första gången använder i sitt epos ”Frauendienst”, är samtidigt det första skriftliga omnämnandet av staden Mürzzuschlag.

4 Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 2004, s. 1).

4. Den aktuella problemställningen, nämligen omvandlingen av ett befintligt företag som saknar självständig funktion till ett gemensamt företag, kan vid en första anblick framstå som synnerligen teknisk och är helt säkert mycket torrare än någon av Ulrich von Liechtensteins minnesånger. För tillämpningen av det unionsrättsliga konkurrensrättsliga systemet på den europeiska inre marknaden är den dock av avgörande praktisk betydelse. Tolkningen av artikel 3 i koncentrationsförordningen är nämligen inte bara avgörande för en horisontell gränsdragning mellan koncentrationskontrollen enligt EG:s koncentrationsförordning och tillämpningen av kartellagstiftningen enligt förordning (EG) nr 1/2003⁵, utan även för kompetensfördelningen vertikalt mellan Europeiska kommissionen som myndighet för kontroll av företagskoncentrationer på den inre marknaden och myndigheterna i medlemsstaterna som är befattade med koncentrationer, då den europeiska koncentrationskontrollen är grundad på ett system med exakt kompetensfördelning⁶.

II. Rättslig ram

5. Den relevanta unionsrättsliga lagstiftningen för det aktuella fallet återfinns i artikel 3 i koncentrationsförordningen, som står under rubriken "Definition av en koncentration" och har följande lydelse:

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

...

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

...

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

..."

6. Artikel 3.1 och 3.4 förklaras i skäl 20 till koncentrationsförordningen:

"Begreppet koncentration bör definieras på ett sådant sätt att det omfattar transaktioner som medför en varaktig förändring av kontrollen över de berörda företagen och därmed av marknadsstrukturen. Det är därför lämpligt att gemensamma företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner omfattas av förordningens tillämpningsområde. ..."

7. Dessutom bör även skäl 8 till nämnda förordning omnämnas:

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

5 Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1) (nedan kallad förordning (EG) nr 1/2003).

6 Dom av den 25 september 2003, Schlüsselerlag J.S. Moser m.fl./kommissionen (C-170/02 P, EU:C:2003:501, punkt 32), och dom av den 22 juni 2004, Portugal/kommission (C-42/01, EU:C:2004:379, punkt 50), se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (C-202/06 P, EU:C:2007:814, punkt 37).

8. Slutligen bör hänvisning även ske till artikel 21 i koncentrationsförordningen som har rubriken ”Tillämpning av förordningen och behörighet” och i de här relevanta delarna har följande lydelse⁷:

”1. Endast denna förordning är tillämplig på koncentrationer enligt definitionen i artikel 3. [Förordning (EG) nr 1/2003] är inte [tillämplig], utom på gemensamma företag som inte har en gemenskapsdimension men som har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga.

2. Med förbehåll för domstolens prövningsrätt är kommissionen ensam behörig att fatta beslut enligt denna förordning.

3. Medlemsstaterna får inte tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationer med en gemenskapsdimension.

...”

9. Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet⁸ är *inte* en del av det aktuella fallets rättsliga ram, eftersom den endast utgör ett tillkännagivande som inte är rättsligt bindande, i vilket kommissionen för ökad öppenhet meddelar sin rättsuppfattning och förvaltningspraxis med avseende på behörighetsfrågor på området koncentrationskontroll⁹.

III. Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

10. Austria Asphalt GmbH & Co (nedan kallat AA) är ett indirekt ägt dotterbolag till Strabag SE, medan Teerag Asdag AG (nedan kallat TA) tillhör Porr-koncernen. Både Strabag och Porr är internationellt riktade byggkoncernar som bland annat bedriver verksamhet inom vägbygge.

11. Asfaltsverket Mürzzuschlag befinner sig i kommunen Mürzzuschlag i den österrikiska delstaten Steiermark. Anläggningen producerar asfalt för vägbyggande och levererar nästan uteslutande till TA som för närvarande också är ensam ägare till anläggningen.

12. AA och TA har för avsikt att bilda ett bolag enligt österrikisk rätt i form av ett GmbH & Co KG, i vilket AA och TA innehar 50 procent som komplementärer och 50 procent som kommanditdelägare vardera. Alla beslut vid bolagsstämman i det nya bolaget kräver enhällighet.

13. TA ska överföra asfaltsanläggningen till det nya bolaget. Som framgår av beslutet att begära förhandsavgörande, är händelseförloppet ekonomiskt att betrakta som att AA förvärvar 50 procent av aktieinnehavet i asfaltsverket som ett redan befintligt målföretag, varvid TA, som avyttrar målföretaget som det hittills haft ensam kontroll över, förblir delaktig i kontrollen över företaget. Asfalten som tillverkas i anläggningen ska nästan uteslutande levereras till AA och TA.

⁷ De hänvisningar till andra förordningar än förordning (EG) nr 1/2003 i den ursprungliga lydelsen av artikel 21.1 i koncentrationsförordningen är obsoleta. Jag har därför utelämnat dem i följande citat för att förbättra läsbarheten.

⁸ Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 95, 2008, s. 1).

⁹ Se i detta avseende särskilt punkt 3 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet.

14. AA anmälde den 3 augusti 2015 transaktionen till Bundeswettbewerbsbehörde (Federala konkurrensmyndigheten) enligt österrikiska Kartellgesetz 2005 (lagen om karteller 2005) (nedan kallad KartG). Som framgår av handlingarna i målet hade Generaldirektoratet för konkurrens hos Europeiska kommissionen tidigare genom en administrativ skrivelse meddelat AA att projektet inte verkar vara en koncentration i den mening som avses i artikel 3 i koncentrationsförordningen¹⁰. Detta meddelande var emellertid förenat med den uttryckliga anmärkningen att det endast är ett uttryck uppfattningen hos en av kommissionens avdelningar som inte är bindande för kommissionen som unionsorgan.

15. Bundeskartellanwalt (åklagaren i konkurrensmål) lämnade i rätt tid in en begäran om prövning av anmälan av den 3 augusti 2015 enligt 11 § första stycket KartG till Oberlandesgericht Wien (Regionala domstolen i Wien) i dess egenskap av domstol i konkurrensmål (nedan kallad domstolen i konkurrensmål). Domstolen i konkurrensmål avlog emellertid genom beslut av den 6 oktober 2015 begäran om prövning. Som motivering anförde domstolen i konkurrensmål att den anmälda transaktionen avser en koncentration med unionsomfattande verkan, vilket innebär att det inte är österrikisk konkurrensrätt utan endast unionsrätten i form av EG:s koncentrationsförordning som är tillämplig.

16. Det ankommer nu på Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen)¹¹ som överinstans i konkurrensmål att pröva AA:s överklagande av beslutet som domstolen i konkurrensmål har fattat. I sitt överklagande yrkar AA att beslutet som domstolen i kartellmål har meddelat ska upphävas och att bolagets transaktion ska behandlas som en enligt österrikisk konkurrensrätt (7 och 9 §§ KartG) anmälningspliktig föreslagen koncentration.

IV. Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

17. Genom beslut av den 31 mars 2016 som ingavs den 2 maj 2016 har Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen) enligt artikel 267 FEUF hänskjutit följande fråga för förhandsavgörande till domstolen:

Ska artikel 3.1 b och artikel 3.4 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 tolkas på så sätt att i fall då ett befintligt företag övergår från ensam till gemensam kontroll, varvid det tidigare ensamt kontrollerande företaget förblir delaktigt i kontrollen, det endast anses uppstå en koncentration om detta företag på varaktig basis uppfyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner?

18. Austria Asphalt, Bundeskartellanwalt (åklagaren i konkurrensmål) och Europeiska kommissionen har yttrat sig skriftligen med avseende på begäran om förhandsavgörande vid domstolen och även deltagit vid den muntliga förhandlingen den 22 mars 2017.

V. Bedömning

19. Med sin fråga vill den hänskjutande domstolen väsentligen veta huruvida ändringen av kontrollförhållandena i ett befintligt företag – i förevarande fall övergången från ensam kontroll till gemensam kontroll över asfaltsverket Mürzzuschlag – ska anses som en företagskoncentration i den mening som avses i artikel 3 i koncentrationsförordningen även om det gemensamma företaget som uppstår till följd av transaktionen inte är ett självständigt fungerande företag.

¹⁰ Skrivelse av den 22 december 2015 (konsultation C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), undertecknad av direktören med ansvar för basindustri, tillverkning och jordbruk inom Generaldirektoratet för konkurrens.

¹¹ Nedan även kallad den hänskjutande domstolen.

20. Utgångspunkten är otvistig. En koncentration enligt artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen är nämligen varje åtgärd som leder till ett varaktigt förvärv av ensam eller gemensam kontroll över ett företag eller delar av företag. Samspelet mellan denna bestämmelse och artikel 3.4 i koncentrationsförordningen är emellertid problematisk. Den sistnämnda bestämmelsen inkluderar nämligen i koncentrationsbegreppet även ”bildandet av ett gemensamt företag”, dock med villkoret att detta gemensamma företag ”på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner”, alltså fungerar självständigt.

21. Det är med ledning av denna formulering och den ställning som artikel 3.4 i koncentrationsförordningen har oklart huruvida gemensamma företag generellt endast omfattas av den europeiska koncentrationskontrollen om de utgör ”självständiga ekonomiska enheter”, annorlunda uttryckt alltså är självständigt fungerande företag. Det kan nämligen också tänkas att artikel 3.4 i koncentrationsförordningen ska förstås så att den inskränkande hänvisningen till självständig funktion i bestämmelsen endast är relevant när ett *nytt* gemensamt företag *bildas*, men inte när ett *befintligt* företag *omvandlas* till ett gemensamt företag som kontrolleras av två koncerner. Om man använder den sistnämnda tolkningen skulle koncentrationskontrollen i slutändan omfatta alla åtgärder som medför att kontroll över befintliga (gemensamma) företag varaktigt förändras i den mening som avses i artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen, oavsett om det är fråga om självständigt fungerande företag eller – som asfaltsverket Mürzzuschlag – rena produktionsenheter utan självständig marknadsnärvaro.

22. Intressant nog förespråkar Europeiska kommissionen den sistnämnda tolkningen i förevarande fall, medan kommissionens avdelning med ansvar för koncentrationskontroll tidigare i *samma fall* har intagit den diametralt motsatta ståndpunkten¹². Det är ytterst beklagligt att kommissionen i en så grundläggande behörighetsfråga som ofta blir aktuell inte från början har fastslagit en enhetlig linje som den konsekvent tillämpar¹³. Det är nämligen endast då som marknadsaktörer kan förlita sig på ställningstaganden och rådgivning från kommissionens avdelning med ansvar för företagskoncentrationer samt bedöma sina unionsrättsliga förpliktelser på ett meningsfullt sätt utifrån dessa, även om de uttrycks i form av icke-bindande administrativa skrivelser.

23. Det framstår inte som särskilt ändamålsenligt att abstrakt fundera på huruvida artikel 3.4 i koncentrationsförordningen på området gemensamma företag leder till en utvidgning, inskränkning eller en ren precisering av begreppet koncentration i artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen. Tvärtom gäller det att hitta en lösning som kan läggas till grund för framtida beslut vid tolkningen och tillämpningen av artikel 3 i koncentrationsförordningen. I detta syfte ska enligt domstolens fasta rättspraxis bestämmelsens lydelse, kontext och målsättningar beaktas¹⁴.

Ordalydelse

24. Det är inte möjligt att dra någon exakt slutsats av lydelsen av artikel 3 i koncentrationsförordningen. Artikel 3.4 i koncentrationsförordningen begränsar sig till att fastställa att bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner ska utgöra en koncentration enligt artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen. Denna formulering lämnar det emellertid öppet huruvida den självständiga funktionen – alltså den omständigheten att en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner på varaktig basis är uppfyllda – endast gäller vid bildandet av ett *nytt* gemensamt företag, eller om även omvandlingen av ett redan befintligt företag till ett gemensamt företag avses, så att även detta endast omfattas av den europeiska koncentrationskontrollen om det berörda företaget är ett självständigt företag.

¹² Se i detta avseende punkt 14 och fotnot 10 i detta förslag till avgörande.

¹³ Den hänskjutande domstolen hänvisar till att kommissionen i sin beslutspraxis i fall då övergång från ensam kontroll till gemensam kontroll fram till relativt nyligen i vissa fall prövar kriteriet om självständig funktion och i vissa fall bortser från det.

¹⁴ Se, bland annat, dom av den 8 september 2015, Spanien/parlamentet och rådet (C-44/14, EU:C:2015:554, punkt 44), och, för ett liknande resonemang, dom av den 8 november 2016, Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, punkt 31).

25. Den aktuella tvisten vid domstolen åskådliggör tydligt att båda tolkningarna är möjliga. Man kan nämligen i samklang med tolkningen som företräds av AA förstå artikel 3.4 i koncentrationsförordningen på så sätt att det helt allmänt *endast* är sådana gemensamma företag som fungerar självständigt som omfattas av den europeiska koncentrationskontrollen, oavsett om det när de "bildas" skapas ett helt nytt företag eller ett befintligt företag omvandlas till ett gemensamt företag. Man kan emellertid mot bakgrund av lydelsen av artikel 3.4 i koncentrationsförordningen även ansluta sig till kommissionens uppfattning och anse att den självständiga funktionen endast gäller som förutsättning för att genomföra en europeisk koncentrationskontroll i fall då ett nytt gemensamt företag bildas, medan en förändring i kontrollen av ett redan befintligt företag – genom att det omvandlas till ett gemensamt företag – alltid omfattas av koncentrationskontrollen, även om det inte är fråga om ett självständigt företag. Varken artikel 3.4 eller artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen innehåller nämligen något uttryckligt krav på att även *befintliga* företag på varaktig basis ska uppfylla en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.

26. Om flera tolkningar är möjliga enligt lydelsen av en unionsrättslig bestämmelse som här är fallet med artikel 3 i koncentrationsförordningen, så ska den korrekta tolkningen utredas med hjälp av bestämmelsens målsättning och den systematiska ställning som bestämmelsen intar. Som komplettering kan även omständigheterna kring bestämmelsens tillkomst beaktas.

Målsättning

27. Den tvistiga bestämmelsen i artikel 3.4 i koncentrationsförordningen förklaras närmare i skäl 20 andra stycket i förordningen. Där anges att gemensamma företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner – med andra ord alltså alla gemensamma företag som fungerar självständigt – omfattas av förordningens tillämpningsområde.

28. I ingressen till EG:s koncentrationsförordning görs alltså *inte* någon skillnad mellan nybildade gemensamma företag och sådana som – vilket är fallet här – uppstår av överföring av redan befintliga företag från ensam kontroll från en koncern till gemensam kontroll som utövas av två koncerner. Mot denna bakgrund kan det konstateras att inte heller artikel 3.4 i koncentrationsförordningen föreskriver någon sådan skillnad, utan att bestämmelsen ställer upp ett generellt krav på självständig funktion för *alla gemensamma företag*, oavsett om det berörda gemensamma företaget är nybildat eller om det "bildats" genom att ett befintligt företag omvandlas till ett gemensamt företag.

29. Denna tolkning stöds för övrigt även av den generella målsättningen med den europeiska koncentrationskontrollen. Som följer av skäl 8 till EG:s koncentrationsförordning ska förordningen nämligen gälla för *betydande strukturförändringar* vars verkningar på marknaden sträcker sig utöver en enskild medlemsstats gränser. I samma avseende anges i skäl 20 första stycket till nämnda förordning att begreppet koncentration bör definieras på ett sådant sätt att det omfattar transaktioner som medför en varaktig förändring av kontrollen över de berörda företagen och därmed av *marknadsstrukturen*.

30. Mot bakgrund av denna målsättning är alltså den europeiska koncentrationskontrollen skapad för åtgärder som leder till en förändring av marknadsstrukturen. Sådana förändringar av marknadsstrukturen kan emellertid endast komma i fråga vid betydande ändringar av kontrollen över företag som faktiskt är verksamma på marknaden eller där det åtminstone finns allvarligt menade planer att bli verksamma på marknaden.

31. Det skulle strida mot den europeiska koncentrationskontrollens syfte att låta omvandlingen av ett befintligt företag som saknar självständig funktion till ett gemensamt företag omfattas av en obligatorisk *ex ante*-kontroll som genomförs av kommissionen på grundval av måttstockarna i EG:s koncentrationsförordning. Om en enhet inte har en självständig närvaro på marknaden kan inte heller en ändring av kontrollen över enheten medföra en ändring av marknadsstrukturen.

32. I detta sammanhang framstår kommissionens hänvisning till ordet "auch" [i den tyska språkversionen, utan motsvarighet i den svenska språkversionen. Övers.anm.] i andra meningen i skäl 20 till EG:s koncentrationsförordning inte som särskilt lyckad. För det första återfinns denna formulering nämligen bara i några få språkversioner av förordningen, till exempel den tyska, medan den helt och hållet saknas i många andra språkversioner – inte minst i de engelska och franska versionerna. För det andra är kommissionens argument inte heller innehållsmässigt särskilt övertygande. Vid en första anblick kan det visserligen på grundval av formuleringen, enligt vilken "*auch* alle Gemeinschaftsunternehmen ... die auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen"¹⁵ ("gemensamma företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner") ska omfattas av EG:s koncentrationsförordnings tillämpningsområde, inte uteslutas att den europeiska koncentrationskontrollen utöver dessa även omfattar andra slags gemensamma företag – nämligen sådana utan självständig funktion. Vid en närmare anblick skulle det dock strida mot syftet med EG:s koncentrationsförordning att tillämpa *ex ante*-kontroll på sådana projekt som kan leda till förändringar av marknadsstrukturen.

33. I motsats till den uppfattning som kommissionen företräder kan omvandlingen av ett företag som inte fungerar självständigt till ett gemensamt företag inte heller underkastas en europeisk koncentrationskontroll med tillämpning av artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen. Koncentrationsrekvisitet som nämnda bestämmelse innehåller förutsätter nämligen att det är fråga om en varaktig förändring av kontroll över ett *företag* eller en *del av ett företag*. Här ska begreppet företag – vilket generellt gäller inom ramen för den europeiska konkurrensrätten – förstås funktionellt och omfattar varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering¹⁶. Eftersom ekonomisk verksamhet avser all verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad¹⁷ kan gemensamma företag som *inte* verkar självständigt på en marknad – det vill säga saknar självständig funktion – a priori inte omfattas av artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen.

Sammanhang

34. Resultatet blir detsamma även om man beaktar sammanhanget som artikel 3 i koncentrationsförordningen befinner sig i.

35. Både EG:s koncentrationsförordning och den besläktade förordning nr 1/2003 syftar i slutändan till att genomföra konkurrensreglerna för den inre marknaden som kommer till uttryck i artiklarna 101 och 102 FEUF, varvid det alltid endast är en av de båda nämnda förordningarna som kan bli tillämplig (se artikel 21.1 i koncentrationsförordningen).

36. Medan ett tvingande system för preventiv *ex ante*-kontroll av förändringar i marknadsstrukturen upprättades inom ramen för EG:s koncentrationsförordnings tillämpningsområde, omfattas i andra fall företags marknadsbeteende – oavsett om det är samordnade förfaranden eller ensidigt missbruk av en marknadsdominerande ställning – enligt förordning (EG) nr 1/2003 endast av en repressiv *ex post*-kontroll, vars genomförande dessutom är upp till konkurrensmyndigheternas skön.

¹⁵ Min kursivering.

¹⁶ Dom av den 23 april 1991, Höfner och Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, punkt 21), dom av den 16 mars 2004, AOK Bundesverband m.fl. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, EU:C:2004:150, punkt 46), och dom av den 17 september 2015, Total/kommissionen (C-597/13 P, EU:C:2015:613, punkt 33), se, för ett liknande resonemang, den tidigare domen av den 12 juli 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, punkt 11).

¹⁷ Dom av den 18 juni 1998, kommissionen/Italien (C-35/96, EU:C:1998:303, punkt 36), dom av den 12 september 2000, Pavlov m.fl. (C-180/98–C-184/98, EU:C:2000:428, punkt 75), dom av den 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl. (C-222/04, EU:C:2006:8, punkt 108), dom av den 1 juli 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, punkt 22), och dom av den 23 februari 2016, kommissionen/Ungern (C-179/14, EU:C:2016:108, punkt 149).

37. Begreppet koncentration i den mening som avses i artikel 3 i koncentrationsförordningen bildar skiljelinjen mellan de båda ovan nämnda delområdena i den europeiska konkurrensrätten¹⁸, som framgår av artikel 21.1 i nämnda förordning. En systemkonform förståelse av artikel 3 i koncentrationsförordningen kräver alltså att koncentrationsbegreppet tolkas på så sätt att endast verkliga förändringar i marknadsstrukturen omfattas av den europeiska koncentrationskontrollen, men däremot inte vad som kan betecknas som rent marknadsbeteende från företag.

38. I enlighet med detta ska artikel 3.4 i koncentrationsförordningen tolkas på så sätt att det även i fall då ett befintligt företag omvandlas till ett gemensamt företag endast föreligger en koncentration i den mening som avses i artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen när det är fråga om ett företag som fungerar självständigt. Det är endast då det sker en förändring av marknadsstrukturen som kan motivera att en koncentrationskontroll genomförs. Om den aktuella transaktionen däremot innebär att ett gemensamt företag *utan* självständig funktion uppstår så sker eventuellt en samordning av de båda moderbolagens beteende på marknaden inom ramen för deras samarbete i det gemensamma företaget. En sådan samordning av marknadsbeteende är – även om den absolut kan vara relevant med avseende på artiklarna 101 och 102 FEUF – inte ett problem för den europeiska koncentrationskontrollen, utan ett problem för förordning (EG) nr 1/2003.

39. Bundeskartellanwalt (åklagaren i konkurrensrätt) påpekar att konkurrensmyndigheterna inte längre kan agera lika snabbt mot en eventuell påverkan på konkurrensen på en marknad som redan är starkt koncentrerad om de avstår från en *ex ante*-kontroll i fall som det förevarande. Det är dock en nödvändig konsekvens av det konkurrensrättsliga systemet som införts genom förordning (EG) nr 1/2003. Unionslagstiftaren har för tiden från den 1 maj 2004 medvetet låtit bli att införa en skyldighet att i förväg anmäla överenskommelser mellan företag, för att å ena sidan lägga större ansvar på marknadsaktörerna och å andra sidan för att frigöra resurser hos konkurrensmyndigheterna, vilket i slutändan utökar deras möjligheter att välja prioriteringar vid tillämpningen av konkurrenslagstiftningen. Om man nu genom en bred tillämpning av koncentrationsbegreppet skulle vilja få fler fall att omfattas av den europeiska koncentrationskontrollens tillämpningsområde, skulle det medföra ett brott mot det befintliga nya systemet för genomförande av de europeiska konkurrensreglerna som införts sedan den 1 maj 2004 genom EG:s koncentrationsförordning och förordning (EG) nr 1/2003. Det finns inga hinder för att de nationella konkurrensmyndigheterna inom ramen för sina prioriteringar vid tillämpningen av konkurrenslagstiftningen (artiklarna 101 och 102 FEUF) ägnar särskild uppmärksamhet åt händelser på marknader som är starkt koncentrerade som den i det aktuella fallet.

Bestämmelsens tillkomst

40. Slutligen ger inte heller tillkomsten av artikel 3.4 i koncentrationsförordningen anledning att komma till någon annan slutsats.

41. Artikel 3.4 i koncentrationsförordningen går tillbaka på förordning (EG) nr 1310/97¹⁹ genom vilken en likalydande bestämmelse infogades i föregångaren till den nuvarande koncentrationsförordningen.

¹⁸ Tidigare praxis med sporadisk tillämpning av artikel 85 EEG-fördraget (nuvarande artikel 101 FEUF) respektive artikel 86 EEG-fördraget (nuvarande artikel 102 FEUF) liksom de förfarandebestämmelser (nuvarande förordning nr (EG) 1/2003) som meddelats för företagskoncentrationer (se dom av den 21 februari 1973, Europemballage och Continental Can/kommissionen, 6/72, EU:C:1973:22, och dom av den 17 november 1987, British American Tobacco och Reynolds Industries/kommissionen, 142/84 och 156/84, EU:C:1987:490) har blivit obsolet i och med att självständiga bestämmelser för europeisk koncentrationskontroll i den form som de föreskrivits i EG:s nuvarande koncentrationsförordning trädde i kraft.

¹⁹ Rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 om ändring av förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 180, 1997, s. 1).

42. Redan då var unionslagstiftaren angelägen om att varaktiga förändringar i strukturen hos företag skulle omfattas av koncentrationskontroll. Den uttryckliga målsättningen med den då införda nyregleringen, som för övrigt är giltig än i dag i sin dåvarande lydelse²⁰, var att *alla självständigt fungerande gemensamma företag* skulle omfattas av den europeiska koncentrationskontrollens tillämpningsområde²¹.

43. Rena samarbeten mellan företag som visserligen leder till att gemensamma företag skapas men inte till att dessa gemensamma företag har en självständig närvaro på marknaden, omfattades däremot aldrig av den europeiska koncentrationskontrollen, varken enligt EG:s koncentrationsförordning eller dess föregångare²².

Avslutande anmärkningar

44. Slutligen ska alltså koncentrationsbegreppet i den mening som avses i artikel 3 i koncentrationsförordningen förstås på så sätt att grundandet av gemensamma företag – oavsett huruvida det är fråga om att skapa helt nya företag eller om att omvandla befintliga företag till gemensamma företag – endast kan omfattas av den europeiska koncentrationskontrollen i fall då det är fråga om ett självständigt fungerande företag.

45. Vad som gäller för ett nybildat gemensamt företag måste naturligtvis också beaktas när ett befintligt företag omvandlas till ett gemensamt företag. Detta gäller desto mer i ett fall som det förevarande, i vilket den tvistiga transaktionen med tanke på det planerade bildandet av ett nytt handelsbolag²³ utan tvekan är mycket likt en nybildning.

46. De farhågor som kommissionen uttryckte vid den muntliga förhandlingen, nämligen att en konsekvent tillämpning av kravet på självständig funktion skulle kunna bli en svag punkt för att uppnå en effektiv tillämpning av den europeiska koncentrationskontrollen (på engelska "enforcement gap") kan jag inte begripa. Tvärtemot förefaller det mig som om att det som kommissionen vill, alltså att avstå från att tillämpa kriteriet om självständig funktion vid omvandling av befintliga företag till gemensamma företag, leder till en urvattning av koncentrationsbegreppet enligt artikel 3 i koncentrationsförordningen och att detta kan leda bort kommissionens uppmärksamhet från de transaktioner som verkligen är relevanta för marknadsstrukturen.

47. I motsats till kommissionen anser jag för övrigt inte att det är nödvändigt att i det aktuella förfarandet uttala sig om under vilka förutsättningar det förhållandet att ett gemensamt företag försvinner från marknaden eventuellt kan omfattas av den europeiska koncentrationskontrollen. Det aktuella fallet avser ju inte att ett företag försvinner, utan tvärtom att ett gemensamt företag uppstår. Om ett företag efter det att det omvandlats till ett gemensamt företag – alltså efter det att kontrollen över företaget har förändrats – dras tillbaka från marknaden av dess moderbolag, så skulle det snarare vara en fråga om moderbolagets marknadsbeteende (artikel 101 eller artikel 102 FEUF) än en fråga om förändring av marknadsstrukturer.

20 Genom utfärdandet av EG:s koncentrationsförordning som gäller nu skedde endast en omnumrering av de relevanta bestämmelserna i artikel 3 i koncentrationsförordningen.

21 Se i detta avseende skäl 5 till förordning (EG) nr 1310/97, som i relevanta delar har följande lydelse: "Begreppet koncentration bör definieras på ett sådant sätt att det omfattar sådana transaktioner som medför en varaktig förändring i de berörda företagens struktur. Vad gäller det specifika fallet gemensamma företag bör alla självständigt fungerande gemensamma företag omfattas av förfarandet i förordning (EEG) nr 4064/89. ..."

22 Enligt den ursprungliga bestämmelsen i artikel 3.2 i förordning (EEG) nr 4064/89 omfattades *kooperativa* gemensamma företag – i motsats till *koncetrerande* gemensamma företag – inte av den europeiska koncentrationskontrollen.

23 Se i detta avseende punkt 13 i detta förslag till avgörande.

VI. Slutsats

48. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar österrikiska Oberster Gerichtshofs (Högsta domstolen) begäran om förhandsavgörande på följande sätt:

Överföringen av ett befintligt företag eller en del av ett företag från ensam kontroll av en koncern till gemensam kontroll som utövas av samma koncern jämte en ytterligare koncern som är oberoende av den förstnämnda, utgör endast en företagskoncentration i den mening som avses i artikel 3 i förordning (EG) nr 139/2004 om det gemensamma företaget som skapas genom denna transaktion på varaktig basis uppfyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.