



Datum van inontvangstneming : 07/06/2016

**Zaak C-248/16**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

2 mei 2016

**Verwijzende rechter:**

Oberster Gerichtshof (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

31 maart 2016

**Verzoekende partij:**

Austria Asphalt GmbH & Co OG

**Verwerende partij:**

Bundeskartellanwalt

---

Oberster Gerichtshof (hooggerechtshof)

in zijn hoedanigheid van rechter in laatste aanleg in kartelzaken

Het Oberste Gerichtshof heeft als rechter in laatste aanleg in kartelzaken [OMISSIS] in de kartelzaak van verzoeker, de Bundeskartellanwalt (Oostenrijkse federale kartelambtenaar), [OMISSIS] tegen verweerster, Austria Asphalt GmbH & Co OG [OMISSIS], betreffende de toetsing van een concentratie, op het hoger beroep van verweerster tegen de beschikking van 6 oktober 2015 van het Oberlandesgericht Wien (rechter in tweede aanleg, Wenen) in zijn hoedanigheid van Kartellgericht (kartelgerecht) [OMISSIS] de volgende

beslissing

gegeven:

I. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Moeten artikel 3, lid 1, onder b), en artikel 3, lid 4, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: „concentratieverordening”) [Or. 2] aldus worden uitgelegd dat in situaties waarin een verschuiving van uitsluitende naar gezamenlijke zeggenschap over een bestaande onderneming plaatsvindt, waarbij de onderneming die voorheen de uitsluitende zeggenschap had als partner een gedeelde zeggenschap behoudt, alleen dan sprake is van een concentratie wanneer die onderneming duurzaam over alle functies van een zelfstandige eenheid beschikt?

II. De behandeling van het beroep van de verwerende partij wordt geschorst tot de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over het verzoek om een prejudiciële beslissing.

### Toelichting:

#### I. Feiten

Verweerster is een indirecte dochtermaatschappij van STRABAG SE (hierna: „STRABAG”). De STRABAG-groep is een internationaal bouwconcern dat ook actief is op het gebied van de wegebouw.

De asfaltmengfabriek Mürzzuschlag („doelonderneming”) produceert voor de wegebouw benodigd asfalt en is momenteel volledig eigendom van TEERAG ASDAG AG (hierna: „TA”), waarvan PORR AG (hierna: „PORR”) enig aandeelhouder is. De PORR-groep is een internationaal bouwconcern dat ook actief is op het gebied van de wegebouw.

De STRABAG-groep en de PORR-groep hebben in het boekjaar 2014 wereldwijd een omzet behaald van in totaal meer dan 5 miljard EUR, in de Unie elk een omzet van meer dan 250 miljoen EUR, waarbij zij minder dan tweederde van hun omzet in de Unie behaalden in één enkele lidstaat.

[Or. 3] De uitsluitend in Oostenrijk behaalde omzet van de doelonderneming bedroeg in het boekjaar 2014 3,19 miljoen EUR.

Verweerster en TA zijn voornemens een vennootschap naar Oostenrijks recht op te richten in de vorm van een Gesellschaft mbH & Co Kommanditgesellschaft (een commanditaire vennootschap met een besloten vennootschap als beherend vennoot), waarbij de twee partijen elk 50 % van de als complementair fungerende vennootschap en 50 % van de aandelen in de commanditaire vennootschap zullen houden. In de vennootschapsovereenkomst wordt bepaald dat voor alle besluiten van de aandeelhoudersvergadering eenstemmigheid vereist is. De nieuw opgerichte vennootschap zal van TA de doelonderneming verwerven. Dit kan in economisch opzicht worden beschouwd als een transactie waarbij verweerster een deelneming van 50 % in de reeds bestaande doelonderneming verwerft, verbonden

met gemeenschappelijke zeggenschap, terwijl de vervreemder, die tot dusver de uitsluitende zeggenschap over de onderneming had, in de onderneming blijft participeren en een gedeelde zeggenschap behoudt.

Verweerster heeft de voorgenomen concentratie op 3 augustus 2015 bij de Bundeswettbewerbsbehörde (federale mededingingsautoriteit) aangemeld.

## II. Procesverloop

De Bundeskartellanwalt heeft binnen de wettelijke termijn bij het Kartellgericht een verzoek tot toetsing krachtens § 11, lid 1, Kartellgesetz 2005 (kartelwet van 2005; BGBl. I, 61/2005; hierna: „KartG”) ingediend.

Door het Kartellgericht om haar standpunt gevraagd heeft verweerster betoogd dat artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening volgens de heersende leer in de doctrine en de praktijk van de Europese Commissie in de onderhavige situatie naast een zeggenschapswijziging ook vereist dat de doelonderneming (in de toekomst) als volwaardige onderneming zal kunnen functioneren. Indien de doelonderneming in de toekomst niet als **[Or. 4]** volwaardige gemeenschappelijke onderneming kan worden aangemerkt, is er geen sprake van een concentratie in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening. Ter onderbouwing heeft zij verwezen naar juridische literatuur over de concentratieverordening en naar beschikkingen van de Europese Commissie [OMISSIS]. In wezen was de doelonderneming door TA alleen opgericht om asfaltmengproducten voor de wegenbouwdivisie van het eigen concern te produceren. Daarnaast is in het verleden de verkoop aan derden, aangezien ook bij andere wegenbouwondernemingen sprake is van verticale integratie, in de laatste jaren beperkt gebleven tot een aandeel van gemiddeld minder dan tien procent. In het jaar 2014 zijn de verkopen aan derden gestegen tot circa 40 % van de omzet (circa 38,43 % van de geproduceerde hoeveelheid). Van die omzet met derden werd circa 95 % gerealiseerd door verkoop aan ondernemingen van de STRABAG-groep. De voorgenomen concentratie beantwoordt volgens verweerster aan de omschrijving van concentraties van § 7, lid 1, punten 3 en 5, KartG en moet daarom in Oostenrijk verplicht worden aangemeld (§ 9, KartG).

Bij beschikking van 6 oktober 2015 heeft het Kartellgericht het verzoek om toetsing afgewezen. Aangezien naast de verkrijgende STRABAG-groep ook de complete PORR-groep als betrokken onderneming moest worden beschouwd, waren de omzeldrempels van artikel 1 van de concentratieverordening overschreden. De voorgenomen concentratie voldoet volgens het Kartellgericht dus zowel aan de voorwaarden voor toetsing van § 7, lid 1, punt 3, KartG als aan die van artikel 3, lid 1, onder b), EG-concentratieverordening. Volgens het betoog van verweerster valt niet te betwijfelen dat de toekomstige gemeenschappelijke onderneming geen volwaardige onderneming zal zijn, omdat het de bedoeling is dat zij bijna alleen aan dochterbedrijven **[Or. 5]** van de toekomstige

moedervennootschappen zal leveren. Ook gaat verweerster ervan uit dat de doelonderneming ook vroeger al geen volwaardige onderneming was. Het criterium van volwaardigheid heeft in het kader van artikel 3 van de concentratieverordening en § 7 KartG alleen betrekking op de hoedanigheid van de bij de betrokken transactie opgerichte gemeenschappelijke onderneming. Of er sprake is van een concentratie kan daarom in wezen alleen worden beoordeeld aan de hand van het criterium of de toekomstige gemeenschappelijke onderneming een volwaardige onderneming zal zijn. Het volwaardigheidsvereiste is volgens het Unierecht en eveneens volgens het Oostenrijkse recht (§ 7, lid 2, KartG) voor de beantwoording van de vraag of een transactie moet worden aangemeld alleen relevant in het geval van „oprichting” van een gemeenschappelijke onderneming. Alleen gevallen waarin het gaat om oprichting van een geheel nieuwe onderneming zouden volgens de rechtspraak van het Kartellobergericht binnen de omschrijving van § 7, lid 2, KartG vallen. De verwerving van gezamenlijke zeggenschap over een bestaande onderneming wordt door de Europese Commissie in principe niet beschouwd als „oprichting” van een gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening. Ook artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening kan alleen toepasselijk worden geacht in gevallen waarin het gaat om oprichting van een geheel nieuwe gemeenschappelijke onderneming. Anders zou namelijk het gevaar bestaan dat deze bepaling aan haar doel, komen tot een doelmatige afbakening van concentratiecontrole en karteltoezicht, voorbij zou schieten omdat voor de marktstructuur van groot belang zijnde transacties met een communautaire dimensie, waarbij de gezamenlijke zeggenschap over een bestaande onderneming wordt verworven, niet aan de Europese [Or. 6] concentratiecontrole onderworpen zouden zijn als de gemeenschappelijke onderneming in de toekomst niet aan het volwaardigheidscriterium voldoet. Als STRABAG en PORR bijvoorbeeld duopolisten op de markt van de wegebouw zouden zijn en samen een nieuwe wegebouwonderneming zouden oprichten, die echter niet zelfstandig op de markt maar alleen als ondersteunende onderneming voor de moedermaatschappijen zou optreden, zou het passend zijn die transactie niet aan concentratiecontrole te onderwerpen aangezien die samenwerking niets aan de bestaande marktstructuur verandert. Als STRABAG echter over alle wegebouwactiviteiten van PORR de gezamenlijke zeggenschap met PORR zou verwerven en die gemeenschappelijke onderneming daarna niet meer als zelfstandige deelnemer op de markt actief zou zijn, maar alleen nog aan de wegebouwdivisie van STRABAG zou leveren, zou dat de marktstructuur wezenlijk veranderen. Door een dergelijke transactie zou namelijk de wegebouwmarkt van een duopolie in een monopolie worden getransformeerd. Desondanks zou, als de opvatting van verweerster wordt gevolgd, een dergelijke transactie wegens het ontbreken van volwaardigheid van de toekomstige onderneming geen concentratie in de zin van de concentratieverordening zijn. Aangezien het aangemelde voornemen van een concentratie op grond van het overschrijden van de drempels van artikel 1 van de concentratieverordening zowel een communautaire dimensie heeft alsook voldoet aan de omschrijving van concentraties van artikel 3, lid 1, onder b), van de

concentratieverordening dient de transactie gezien artikel 21 van de concentratieverordening bij de Europese Commissie te worden aangemeld. Dit brengt mee dat het verzoek om toetsing krachtens § 12, lid 1, punt 1, KartG moet worden afgewezen omdat voor de aangemelde transactie in Oostenrijk geen aanmeldingsplicht bestaat.

### III. Juridische beoordeling

Het Oberste Gerichtshof dient uitspraak te doen op het door verweerster tegen de beslissing van het Kartelgericht ingestelde beroep. Verzoekster concludeert tot **[Or. 7]** vernietiging van de bestreden beslissing, vaststelling dat er sprake is van een concentratie waarvan aanmelding vereist is krachtens § 7 juncto § 9 KartG, en tot voortzetting van de procedure.

Verzoekster heeft in de beroepsprocedure een schrijven van het directoraat-generaal Concurrentie van de Europese Commissie van 22 december 2015 overgelegd, inhoudende dat volgens de – voor de Commissie zelf niet-bindende – opvatting van de voor concentraties bevoegde dienst van het directoraat-generaal de voorgenomen concentratie niet lijkt te leiden tot de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult. De transactie lijkt daarom geen concentratie in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening te zijn. Er zou dus ook geen verplichting bestaan die concentratie overeenkomstig de concentratieverordening aan te melden.

1. Als partij in de toetsingsprocedure is verzoekster gerechtigd beroep in te stellen. Door de bestreden beslissing wordt zij in haar juridisch beschermde belangen geschaad [OMISSIS], omdat het voor de toetsing van de transactie geadieerde Kartelgericht daarbij heeft geweigerd de door verzoekster gewenste uitspraak te doen, inhoudende dat de concentratie niet dient te worden verboden. Zij heeft dus ook een rechtens relevant belang.

2. Met name steunend op de geconsolideerde mededeling van de Europese Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen („geconsolideerde mededeling”) verdedigt verweerder de rechtsopvatting dat

- artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening in het geval van een verschuiving van uitsluitende naar gezamenlijke zeggenschap (gelet op artikel 3, **[Or. 8]** lid 4, van de concentratieverordening) behalve een wijziging van zeggenschap ook vereist dat de doelonderneming als gemeenschappelijke onderneming (in de toekomst) een volwaardige onderneming zal zijn;

- er ook in het geval van een verschuiving van uitsluitende naar gezamenlijke zeggenschap over een reeds bestaande onderneming sprake is van oprichting van een gemeenschappelijke onderneming en dat voor de toepasselijkheid van de

concentratieverordening het criterium van een (toekomstige) volwaardigheid bepalend is.

#### **IV. Rechtsgrondslagen**

3.1. Overweging 20 van de concentratieverordening luidt:

„(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.

Artikel 3, leden 1 tot en met 4, van de concentratieverordening luidt:

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

a) de fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen of delen van ondernemingen, of

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 **[Or. 9]** één of meer andere ondernemingen of delen daarvan.

2. Zeggenschap berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of gezamenlijk, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, het mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming, met name

a) eigendoms- of gebruiksrechten op alle vermogensbestanddelen van een onderneming of delen daarvan;

b) rechten of overeenkomsten die een beslissende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de ondernemingsorganen.

3. Zeggenschap wordt verkregen door de persoon/personen of de onderneming/ondernemingen:

a) die zelf rechthebbenden zijn of aan deze overeenkomsten rechten ontleen, of

b) die, hoewel zij zelf geen rechthebbenden zijn, noch aan deze overeenkomsten rechten ontleen, de bevoegdheid hebben de daaruit voortvloeiende rechten uit te oefenen.

(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).”

3.2. De geconsolideerde mededeling van de Europese Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen luidt

„1.3. Voorwerp van zeggenschap

(24) Artikel 3, lid 1, onder b), en artikel 3, lid 2, van de concentratieverordening bepalen dat het voorwerp van zeggenschap kan bestaan uit één of meer ondernemingen die rechtspersoonlijkheid bezitten, of delen daarvan, of uit de vermogensbestanddelen van een onderneming of delen daarvan. De verkrijging van zeggenschap over vermogensbestanddelen kan alleen als een concentratie worden beschouwd indien die vermogensbestanddelen het geheel of een deel van een onderneming vormen, dat wil zeggen een [Or. 10] bedrijf dat op de markt aanwezig is en waaraan duidelijk een marktomzet kan worden toegewezen.

...

3. Gezamenlijke zeggenschap

(62) is sprake van gezamenlijke zeggenschap indien twee of meer ondernemingen of personen de mogelijkheid hebben beslissende invloed op een andere onderneming uit te oefenen. Beslissende invloed betekent in dit verband normaal gesproken dat de betrokkenen bij machte zijn maatregelen die het strategische commerciële gedrag van een onderneming bepalen, te blokkeren. In tegenstelling tot de uitsluitende zeggenschap, die een bepaalde aandeelhouder de bevoegdheid verschaft de strategische beslissingen in een onderneming te bepalen, wordt gezamenlijke zeggenschap gekenmerkt door de mogelijkheid van patstelling als gevolg van het feit dat twee of meer moedervennootschappen bij machte zijn voorgestelde strategische beslissingen te verwerpen. Hieruit volgt derhalve dat deze aandeelhouders het eens moeten worden bij het bepalen van het commerciële beleid van de gemeenschappelijke onderneming en dat zij moeten samenwerken.



(63) Net als bij uitsluitende zeggenschap kan ook de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap rechtens of feitelijk worden aangetoond. Er is van gezamenlijke zeggenschap sprake indien de aandeelhouders (de moedervenootschappen) overeenstemming moeten bereiken over belangrijke beslissingen betreffende de onderneming waarover zij zeggenschap uitoefenen (de gemeenschappelijke onderneming).

### III. Wijzigingen in de kwaliteit van de zeggenschap

#### 1. Intrede van aandeelhouders met zeggenschap

(86) Een verschuiving van uitsluitende zeggenschap naar gezamenlijke zeggenschap wordt beschouwd als een transactie die moet worden aangemeld, aangezien zij de kwaliteit van de zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming wijzigt. Ten eerste is er een nieuwe verkrijging van zeggenschap voor de aandeelhouder die intreedt in de onderneming waarover zeggenschap wordt uitgeoefend. Ten tweede wordt de onderneming waarover zeggenschap wordt uitgeoefend, alleen door de nieuwe verkrijging van zeggenschap tot een gemeenschappelijke onderneming omgevormd, waardoor ook de situatie van de overblijvende onderneming met zeggenschap definitief wordt gewijzigd uit hoofde van de concentratieverordening. In de toekomst moet zij rekening houden met de belangen van één of meer [Or. 11] andere aandeelhouder(s) met zeggenschap en moet zij voortdurend samenwerken met de nieuwe aandeelhouder(s). Voordien kon zij het strategische gedrag van de onderneming waarover zeggenschap werd uitgeoefend, alleen bepalen (in het geval van uitsluitende zeggenschap) of moest zij geen rekening houden met de belangen van bepaalde andere aandeelhouders, en evenmin moest zij voortdurend met die aandeelhouders samenwerken.

...

### IV. Gemeenschappelijke ondernemingen – het begrip volwaardigheid

(91) Artikel 3, lid 1, onder b), bepaalt dat een concentratie wordt geacht tot stand te komen indien door één of meer ondernemingen zeggenschap wordt verkregen over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan. De nieuwe verkrijging van een andere onderneming door verschillende ondernemingen met gezamenlijke zeggenschap vormt derhalve een concentratie in de zin van de concentratieverordening. Net als bij de verkrijging van uitsluitende zeggenschap over een onderneming zal een dergelijke verkrijging van gezamenlijke zeggenschap leiden tot een structurele wijziging van de markt, zelfs indien volgens de plannen van de verkrijgende ondernemingen de verkregen onderneming na de transactie niet langer volwaardig kan worden geacht (bijvoorbeeld omdat zij in de toekomst uitsluitend aan de moederondernemingen zal verkopen). Een transactie

waarbij verschillende ondernemingen zijn betrokken die van derden gezamenlijke zeggenschap verkrijgen over een andere onderneming of delen daarvan, en die voldoet aan de in punt 23 uiteengezette criteria, zal dus een concentratie vormen op grond van artikel 3, lid 1, zonder dat het criterium volwaardigheid moet worden beoordeeld.

(92) Artikel 3, lid 4, bepaalt voorts dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult (de zogenaamde volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen) een concentratie vormt in de zin van de concentratieverordening. Het criterium volwaardigheid betekent derhalve de toepassing af van de concentratieverordening voor de oprichting van gemeenschappelijke ondernemingen door de partijen, ongeacht of een dergelijke [Or. 12]gemeenschappelijke onderneming vanuit het niets wordt opgericht dan wel of de partijen aan de gemeenschappelijke onderneming vermogensbestanddelen toekennen die voordien hun individueel eigendom waren. In die omstandigheden moet de gemeenschappelijke onderneming voldoen aan het criterium volwaardigheid om een concentratie te vormen.

...

#### C. Communautaire dimensie

...

#### Verkrijging van gezamenlijke zeggenschap

(139) In het geval van verkrijging van gezamenlijke zeggenschap over een nieuw opgerichte onderneming zijn de betrokken ondernemingen alle ondernemingen die zeggenschap uitoefenen over de nieuw opgerichte gemeenschappelijke onderneming (die, omdat zij nog niet bestaat, nog niet als een betrokken onderneming kan worden beschouwd en daarenboven nog geen eigen omzet heeft). Dezelfde regel is van toepassing wanneer een onderneming een reeds bestaande dochteronderneming of een bedrijf (waarover het voordien uitsluitende zeggenschap uitoefende) in een nieuw opgerichte gemeenschappelijke onderneming inbrengt. In die omstandigheden worden alle ondernemingen die gezamenlijke zeggenschap uitoefenen, als een betrokken onderneming beschouwd, terwijl de vennootschap die of het bedrijf dat in de gemeenschappelijke onderneming wordt ingebracht, geen betrokken onderneming is en haar of zijn omzet deel uitmaakt van de omzet van de oorspronkelijke moedervenootschap.

(140) De situatie is anders indien ondernemingen voor het eerst gezamenlijke zeggenschap verwerven over een reeds bestaande onderneming of een reeds bestaand bedrijf. De betrokken ondernemingen zijn enerzijds alle ondernemingen die gezamenlijke zeggenschap verwerven,

en anderzijds de reeds bestaande verworven onderneming of het reeds bestaande verworven bedrijf.”

## V. Prejudiciële vraag

5.1. De opvatting van het Kartellgericht berust op een restrictieve interpretatie van het begrip **[Or. 13]** „oprichting” in artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening. De rechtsopvatting van verweerster berust op de premissen dat artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening het toepassingsgebied van artikel 3, lid 1, onder b), van die verordening inperkt en dat het begrip „oprichting” ruim moet worden geïnterpreteerd.

5.2.1. Voor zover valt te overzien, is er geen rechtspraak van het Hof of van het Gerecht van de Europese Unie over de uitlegging van het begrip „oprichting” in artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening en over hoe artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening zich tot artikel 3, lid 4, verhoudt.

5.2.2. Een eenduidig antwoord op deze vragen is evenmin te vinden in de geconsolideerde mededeling of in de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie. Met name is het (nog steeds) onduidelijk of de vorming van een gemeenschappelijke onderneming door participatie achteraf van een of meer ondernemingen en de daarmee verbonden wijziging in de zeggenschap van uitsluitende naar gezamenlijke zeggenschap gelijk moet worden gesteld aan de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening en daarom moet voldoen aan het volwaardigheidsvereiste om een aanmeldingsverplichting te doen ontstaan [OMISSIS].

5.3. In de concentratieverordening wordt het begrip „gemeenschappelijke onderneming” niet gedefinieerd. Als gemeenschappelijke onderneming moeten blijkbaar ondernemingen worden beschouwd waarover twee of meer andere ondernemingen **[Or. 14]** (of natuurlijke personen die al zeggenschap uitoefenen over minstens één andere onderneming) zeggenschap hebben [OMISSIS].

5.4. Artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening geeft duidelijk aan dat de oprichting van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming resulteert in een concentratie in de zin van de concentratieverordening. A contrario kan daaruit de conclusie worden getrokken dat de oprichting van een niet-volwaardige gemeenschappelijke onderneming niet binnen het toepassingsgebied van de concentratieverordening valt. Dat staat vast voor geheel nieuw opgerichte gemeenschappelijke ondernemingen („Greenfield” gemeenschappelijke ondernemingen) en, volgens de opvatting van de Europese Commissie, voor gemeenschappelijke ondernemingen waarin de partijen vermogensbestanddelen inbrengen die voordien hun individueel eigendom waren (geconsolideerde mededelingen, punt 92).

5.4.1. Over de verhouding met artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening verdedigt bijvoorbeeld Käseberg [OMISSIS] de opvatting dat artikel 3, lid 1, onder a) en b), van de concentratieverordening een uitputtende omschrijving geeft van alle denkbare vormen van transacties waardoor ondernemingsactiva onder de zeggenschap van een andere onderneming komen. Als gevolg van de ruime uitlegging van het begrip verkrijging van zeggenschap vormt artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening geen verruiming van het begrip concentratie, maar een beperking. In deze opvatting volgt uit genoemde bepaling dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming alleen **[Or. 15]** als concentratie moet worden beschouwd in het geval dat de gemeenschappelijke onderneming een volwaardige onderneming is [OMISSIS].

5.4.2. Rudolf en Leupold ([OMISSIS] vinden deze interpretatie niet overtuigend. In hun optiek kan en moet artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening worden gelezen als verduidelijking dat er in het geval van oprichting van een gemeenschappelijke onderneming sprake is van een bijkomende gebeurtenis waarvoor een aanmeldingsplicht bestaat, wanneer de gemeenschappelijke onderneming een volwaardige onderneming is, ongeacht of de partners in de gemeenschappelijke onderneming bestaande vermogensbestanddelen inbrengen of niet en eveneens ongeacht of een van die vermogensbestanddelen een „onderneming” is. Indien een onderneming wordt ingebracht vloeit de verplichting die transactie aan te melden voort uit de juiste toepassing van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening. In dat geval is het niet nodig te beoordelen of ook de gemeenschappelijke onderneming waarin de onderneming wordt ingebracht in de toekomst een volwaardige onderneming zal zijn. Ter onderbouwing van hun opvatting wijzen zij op overweging 20 van de concentratieverordening, volgens welke het dienstig is dat **alle** gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen, onder de toepassing van deze verordening vallen. Als artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening bedoeld zou zijn om de toepassing van artikel 3, lid 1, onder b), van die verordening te beperken, zou het woord „**[Or. 16] alle**” weinig zin hebben en beter kunnen worden vervangen door het woord „slechts”.

Ook Balta [OMISSIS] is van mening dat artikel 3, lid 4, de toepassing van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening niet beperkt.

5.5. Verwijzend naar de punten 91 en 92 van de geconsolideerde mededeling in onderling verband zijn Wessely en Wegner [OMISSIS] van mening dat niet alleen de oorspronkelijke oprichtingshandeling van een gemeenschappelijke onderneming onder artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening valt, maar ook de verkrijging van de gezamenlijke zeggenschap volgens artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening, over een reeds bestaande onderneming of een verschuiving in de zeggenschap.

5.6. Tegen deze opvatting kan het volgende worden ingebracht:

5.6.1. In punt 91 van de geconsolideerde mededeling behandelt de Europese Commissie alleen het geval dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap over een andere onderneming of delen van derden inhoudt. Voor dat geval maakt zij duidelijk dat een dergelijke transactie wordt geacht een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, van de concentratieverordening tot stand te brengen, zonder dat het criterium volwaardigheid moet worden beoordeeld.

5.6.2. Of de verschuiving van uitsluitende naar gezamenlijke zeggenschap over een bestaande onderneming die voordien in het bezit was van een van de toekomstig gezamenlijk zeggenschap uitoefenende partijen volgens de geconsolideerde mededeling moet worden beschouwd als concentratie waarvoor een aanmeldingsplicht bestaat, hangt ervan af,

- [Or. 17] of men punt 86 van de geconsolideerde mededeling volgt, waar geen beoordeling van de volwaardigheid wordt geëist, of punt 92 van de geconsolideerde mededeling, waarin een dergelijke toetsing wel wordt voorgeschreven [OMISSIS], dan wel

- of uit punt 91 van de geconsolideerde mededeling methodologisch juist a contrario kan worden geconcludeerd dat in deze constellatie een concentratie alleen tot stand komt als de gemeenschappelijke onderneming een volwaardige gemeenschappelijke onderneming is [OMISSIS].

5.7. Rudolf en Leupold [OMISSIS] constateren op basis van de analyse van 43 beschikkingen die de Europese Commissie tussen 28 mei 2004 en 30 augustus 2011 heeft gegeven in gevallen van verschuiving van uitsluitende zeggenschap naar gezamenlijke zeggenschap, dat de Commissie in 19 gevallen het criterium van volwaardigheid bespreekt en in 24 beschikkingen dat criterium niet noemt.

5.8. Balta [OMISSIS] heeft beschikkingen onderzocht die de Commissie heeft gegeven in gevallen van verschuiving van uitsluitende zeggenschap naar gezamenlijke zeggenschap vóór de concentratieverordening en na inwerkingtreding van de concentratieverordening, zowel vóór als na [Or. 18] de geconsolideerde mededeling. Op basis van die analyse komt hij tot de slotsom dat in die gevallen de praktijk van de Commissie wat betreft de toepassing van het criterium van volwaardigheid zeer inconsistent is en dat die inconsistentie ook in de recentere beslissingen van de Commissie is te zien.

6. Aangezien niet duidelijk is hoe artikel 3, lid 1, onder b), en artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening zich tot elkaar verhouden en of het begrip „oprichting” in artikel 3, lid 4, van de verordening restrictief of ruim moet worden geïnterpreteerd, ziet het Oberste Gerichtshof zich genoopt het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing dienaangaande.

7. [Motivering van de opschorting van de procedure]

Oberster Gerichtshof

in zijn hoedanigheid van rechter in laatste aanleg in kartelzaken,

Wenen, 31 maart 2016

[OMISSIS]