

Mededinging

De eerste prejudiciële procedure over de Europese Concentratiecontroleverordening ooit: over Oostenrijks asfalt en de invulling van het begrip 'joint venture'

Mr. dr. J.C.A. Houdijk en mr. R.M.T.M. Jaspers*

In de zaak *Austria Asphalt* heeft het Hof van Justitie voor wat betreft de toepassing van de EU-Concentratieverordening bepaald dat bij een wijziging van uitsluitende naar gedeelde zeggenschap over een bestaande onderneming pas sprake is van een concentratie indien de gemeenschappelijke onderneming die uit een dergelijke transactie voortkomt *duurzaam* alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

HvJ 7 september 2017, zaak C-248/16, Austria Asphalt GmbH/Bundeskartellanwalt, ECLI:EU:C:2017:643

Inleiding

Met het *Austria Asphalt*-arrest is de eerste prejudiciële procedure betreffende een uitleg van de EU-Concentratiecontroleverordening tot een afronding gekomen. In deze bijdrage gaan wij nader in op de aanleiding voor deze prejudiciële procedure en op de betekenis van het antwoord dat het Hof van Justitie heeft gegeven op de door de Oostenrijkse rechter gestelde vraag.

De inzet van de prejudiciële vraagstellingsprocedure betreft hier een tamelijk bijzonder fenomeen, omdat een nationale rechter vragen stelt over een EU-regeling die primair betrekking heeft op een optreden van de Europese Commissie.

Deze bijdrage bevat de volgende indeling: na een beschrijving van de casus in kwestie en de voorliggende prejudiciële vraag, gaan wij nader in op het belang van de zaak en op de redeneerwijze van het Hof van Justitie en van de advocaat-generaal. Vervolgens plaatsen wij het arrest in de context en behandelen wij in een verdere

analyse de redeneerwijze van het Hof van Justitie en de implicaties van de uitspraak voor de rechtspraak. Wij sluiten af met een conclusie.

Casus

De feiten in de zaak *Austria Asphalt* zijn als volgt. Tee-rag Asdag AG (hierna: TA) is eigenaar van een asfaltmengfabriek gelegen te Mürzzuschlag in Oostenrijk. Austria Asphalt GmbH & CO OG (hierna: AA), een dochtermaatschappij van het internationale bouwconcern Strabag SE, is voornemens om samen met TA een vennootschap op te richten, die de asfaltmengfabriek zal verwerven. In deze joint venture zullen TA en AA beide voor 50 procent van de aandelen in het kapitaal deelnemen en is unanimitieit voor ondernemingsbesluiten vereist. Hierdoor ontstaat een gemeenschappelijke onderneming (oftewel 'joint venture').¹ De asfaltmengfabriek zal in de toekomst vrijwel uitsluitend producten leveren aan TA en AA. De zeggenschap betreffende de asfaltmengfabriek zal overgaan van uitsluitende zeggenschap door TA naar gezamenlijke zeggenschap door TA en AA.

AA heeft de voorgenomen transactie op 3 augustus 2015 overeenkomstig het Oostenrijkse Kartellgesetz 2005 (de Oostenrijkse mededingingswet) aangemeld bij de Oostenrijkse federale mededingingsautoriteit.

1. Zie voor een overzicht van verscheidene definities van het concept 'joint venture' in het mededingingsrecht: L.S. Morais, *Joint Ventures and EU Competition Law*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing 2013, p. 25-28. Deze definities lopen van zeer breed ('iedere samenwerking tussen ondernemingen die directe concurrenten bij elkaar brengt') tot strikt ('een integratie van werkzaamheden van verschillende ondernemingen in een aparte entiteit die een nieuw product of nieuwe technologie voortbrengt').

* Mr. dr. J.C.A. (Joost) Houdijk en mr. R.M.T.M. (Robbert) Jaspers zijn beiden advocaat bij AKD te Brussel.

In een eerder stadium had AA al navraag gedaan bij de Europese Commissie of de voorgenomen transactie meldingsplichtig was onder het EU-concentratiecontroleregime. De Europese Commissie had toen in een brief aan AA medegedeeld dat de voorgenomen transactie geen concentratie in de zin van artikel 3 EU-Concentratieverordening² leek te zijn. Bij deze mededeling wees de Commissie er wel op dat zij slechts een zienswijze tot uitdrukking bracht die voor de Commissie als instelling van de Unie niet bindend zou zijn. Dit bleken geen loze woorden, want in de latere (prejudiciële) procedure bij het Hof van Justitie komt de Europese Commissie terug op haar eigen zienswijze met een tegenovergestelde opvatting.³

De vragen om uitleg van de EU-Concentratiecontrolereverordening zijn uiteindelijk bij het Hof van Justitie terechtgekomen via het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof*. Na AA's melding van 3 augustus 2015 heeft de Oostenrijkse *Bundeskartellanwalt* (procureur in mededingingszaken) namelijk bij het *Oberlandesgericht Wien* (als mededingingsrechter in eerste aanleg) een verzoek tot toetsing onder de Oostenrijkse concentratiecontroleregeling (§ 11, lid 1, Kartellgesetz) ingediend.⁴ Het *Oberlandesgericht Wien* heeft dit verzoek echter afgewezen. Deze mededingingsrechter gaf als motivering voor zijn beslissing dat de aangemelde transactie een concentratie met een Uniedimensie zou zijn, zodat daarop niet het Oostenrijkse mededingingsrecht, maar uitsluitend het Unierecht in de vorm van de EU-Concentratieverordening van toepassing was.

AA is tegen deze beslissing in beroep gekomen bij het *Oberste Gerichtshof* als appelrechter in mededingingszaken. Met haar hoger beroep wenst AA te bereiken dat de beslissing van de mededingingsrechter in eerste aanleg wordt vernietigd en dat de transactie wordt behandeld als een voorgenomen concentratie onder het Oostenrijkse concentratiecontrolerecht. Het *Oberste Gerichtshof* heeft vervolgens prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over de toepasselijkheid van het Europese concentratiecontroleregime.⁵

Dan blijft de vraag openstaan hoe het eigenlijk mogelijk is dat de zaak eerst is voorgelegd aan de Europese Commissie (door middel van het verzoek om een informele zienswijze), en na een negatief antwoord van de Commissie wat betreft de toepasselijkheid van de Europese concentratiecontroleregeling in een later stadium alsnog aan de Oostenrijkse autoriteiten is gemeld. Veelal is het

zo dat lidstaten hun nationale mededingingsrecht ijken op de EU-standaard en daarmee 'Europese' interpretaties ook volgen in hun nationale recht. In casu lag dit echter anders, omdat Oostenrijk in zijn concentratiecontroleregime wel degelijk afwijkt van de Europese variant.⁶ Naar Oostenrijks concentratiecontrolerecht is het 'full-function' criterium alleen van toepassing op de creatie van *nieuwe* joint ventures, en niet op de vorming van joint ventures uit een reeds bestaande onderneming. De verkrijging van gezamenlijke zeggenschap over een bestaande onderneming vormt naar Oostenrijks recht namelijk een concentratie en is dus meldingsplichtig (mits aan de overige meldingsvoorwaarden c.q. meldingsdrempels is voldaan), óók als de *joint venture* die ontstaat niet volwaardig is en niet zelfstandig opereert.⁷ In casu was er sprake van de vorming van een joint venture uit een bestaande onderneming. Dit had als consequentie dat de voorgenomen transactie naar Oostenrijks recht dus gewoon moest worden gemeld bij de bevoegde Oostenrijkse autoriteiten – ténzij de Europese Commissie op basis van EU-recht exclusief bevoegd zou zijn om zich over de voorgenomen transactie te buigen. Artikel 21 van de EU-Concentratiecontrolereverordening bepaalt immers dat de lidstaten in beginsel hun nationale mededingingswetgeving niet toepassen op concentraties met een EU-dimensie. Maar de Europese Commissie had nu juist in haar zienswijze aangegeven dat een dergelijke Europese dimensie ontbrak, aangezien de voorgenomen transactie buiten de reikwijdte van de EU-Concentratiecontrolereverordening zou vallen.

Voor de Oostenrijkse rechter was de eerder door de Europese Commissie afgegeven informele zienswijze blijkbaar niet relevant – deze zienswijze was ook afgegeven aan AA en niet aan de Oostenrijkse rechterlijke macht. Om zekerheid te krijgen over de juiste uitleg en strekking van de EU-concentratiecontroleregeling bestaat maar één weg. Vandaar de prejudiciële vraagstelling aan de instantie die het EU-recht uiteindelijk dwingend kan uitleggen: het Hof van Justitie. Het praktisch belang voor de nationale Oostenrijkse procedure van het antwoord van het Hof van Justitie op de gestelde prejudiciële vraag was helder: dit antwoord bepaalde of de (bevoegde instantie in de) Europese Unie deze concentratiezaak zou oppakken, of (de bevoegde autoriteiten in) Oostenrijk.

Hieronder gaan we nader in op de *inhoud* van de voorgelegde prejudiciële vraag.

Prejudiciële vraag

De prejudiciële vraag die het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof* stelt aan het Hof van Justitie is: dient ook bij een overgang van uitsluitende naar gezamenlijke zeg-

- Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.
- Conclusie A-G Kokott 27 april 2017, zaak C-248/16, *Austria Asphalt*, ECLI:EU:C:2017:322, punt 22.
- Oostenrijk kent een tweetrapsstelsel voor de handhaving van het mededingingsrecht. De Bundeskartellanwalt kan een zaak aanbrengen, maar daarin niet inhoudelijk beslissen. Dit is voorbehouden aan de kartelrechter van dienst, het Oberlandesgericht Wien, die de inhoudelijke toets verricht en bepaalt of een voorgenomen concentratie verboden wordt of niet. Zie A. Reidlinger en P. Holter, 'Austria', in: J.-F. Bellis en P. Elliott, *Merger Control*, London: Thomson Reuters 2017, p. 39 en 40.
- Het *Oberste Gerichtshof* wilde kennelijk duidelijkheid van het Hof van Justitie over deze vraag, nadat de Oostenrijkse rechter in eerste aanleg tot het tegenovergestelde oordeel van de Europese Commissie in haar informele zienswijze was gekomen.

- Zeker waar het gaat om een Europese Concentratiecontrolereverordening zoals het Hof van Justitie die heeft geïnterpreteerd in de onderhavige uitspraak.
- Zie A. Reidlinger en P. Holter, 'Austria', in: J.-F. Bellis en P. Elliott, *Merger Control*, London: Thomson Reuters 2017, p. 41.

genschap het criterium dat de target een volwaardige gemeenschappelijke onderneming is bepalend te zijn voor het bestaan van de meldingsplicht?

Deze vraag komt op omdat artikel 3 lid 4 EU-Concentratieverordening vastlegt dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult ('*full-function joint venture*'), een concentratie vormt in de zin van de Concentratieverordening. De voorwaarde dat het moet gaan om een *full-function* oftewel volwaardige joint venture wordt echter blijkens deze bepaling alleen gesteld bij *oprichting* van een gemeenschappelijke onderneming.

Voorafgaand aan deze prejudiciële vraagstellingsprocedure was het vooralsnog niet duidelijk of deze voorwaarde ook geldt indien een bestaande onderneming door toetreding van een tweede participant wordt omgevormd tot een gemeenschappelijke onderneming, terwijl van tevoren sprake was van uitsluitende zeggenschap door één onderneming.

De vraag is kortom of het criterium van volwaardigheid van de gemeenschappelijke onderneming alleen van belang is bij *oprichting* van een nieuwe gemeenschappelijke onderneming of ook bij de *wijziging* naar gezamenlijke zeggenschap in een bestaande onderneming?

Belang van de zaak en de daarmee verbonden prejudiciële vraag

Gemeenschappelijke ondernemingen kunnen op een aantal manieren hun effect hebben op het mededingingsproces: deze invloed loopt van de opzet van gezamenlijke managementstructuren met invloed op mededingingsvariabelen zoals prijs en output, tot coördinatie-effecten tussen moederbedrijven.⁸ Het is logisch dat het mededingingsrecht een sleutelrol speelt bij de regulering van joint ventures.

De problematiek omtrent de omzetting van een bestaande onderneming in een niet-volwaardige gemeenschappelijke onderneming, kan op het eerste gezicht erg technisch aandoen. Voor het handhavingssysteem van de mededingingsregels op de Europese markt is de geschetste problematiek echter van een niet te onderschatten praktisch belang. Met de uitlegging van artikel 3 EU-Concentratiecontroleverordening wordt immers niet alleen de scheidslijn tussen enerzijds de fusiecontrole op grond van de EU-Concentratieverordening en anderzijds de handhaving van het antitrustrecht op grond van Verordening (EG) nr. 1/2003⁹ getrokken. Ook wordt

8. Zie voor een beschrijving van mogelijke effecten van joint ventures op de mededinging: A. Lindsay en A. Berridge, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2017, randnr. 13-001, p. 473-475.

9. Zie Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L 1/1.

een grens vastgelegd tussen de bevoegdheden van enerzijds de Europese Commissie als de autoriteit die verantwoordelijk is voor handhaving van de EU-concentratiecontrole binnen de interne markt, en anderzijds de met het nationale concentratietoezicht belaste autoriteiten van de lidstaten. De Europese concentratiecontrole berust immers op een stelsel van exacte bevoegdheidsverdeling.

Het is overigens niet zo vreemd dat de EU-Concentratiecontroleverordening nog niet eerder via een prejudiciële vraagstellingsprocedure aan de orde is gekomen bij het Hof van Justitie. De Verordening richt zich nu eenmaal primair op taken en bevoegdheden van de Europese Commissie, en geschillen over de uitleg van de Verordening zullen doorgaans in directe beroepen bij het Gerecht aan de orde komen. Maar gezien de voorliggende zaak blijken er dus ook omstandigheden te zijn waarin de interpretatie van bepalingen uit de EU-Concentratiecontroleverordening cruciaal is in een nationale mededingingsprocedure.

De redeneerwijze van het Hof van Justitie en van de advocaat-generaal

In zijn beantwoording van de prejudiciële vraag van de Oostenrijkse rechter sluit het Hof van Justitie *grosso modo* aan bij de lijn die advocaat-generaal Kokott heeft aangehouden in haar Conclusie.

Volgens het Hof van Justitie biedt *de tekst* van artikel 3 EU-Concentratieverordening geen antwoord op de vraag of alleen de totstandbrenging van volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen onder het toepassingsgebied van de EU-Concentratieverordening valt.¹⁰ Volgens de advocaat-generaal moest de voorliggende prejudiciële vraag worden beantwoord naar gelang van zowel de *bewoordingen* als de *context* en *doelstellingen* van artikel 3 van de EU-Concentratiecontrole.¹¹ Het gaat haar om het vinden van een werkbare oplossing en niet zozeer om een abstracte theoretisering.¹²

Omdat op grond van de bewoordingen van artikel 3 EU-Concentratieverordening geen ondubbelzinnig antwoord kan worden geformuleerd op de prejudiciële vraag van de Oostenrijkse rechter, maakt het Hof van Justitie de stap naar een teleologische interpretatie van artikel 3 EU-Concentratieverordening.¹³ Het Hof van

10. HvJ 7 september 2017, zaak C-248/16, *Austria Asphalt*, ECLI:EU:C:2017:643, r.o. 18.

11. Conclusie A-G Kokott, *Austria Asphalt*, punt 24-26.

12. Conclusie A-G Kokott, *Austria Asphalt*, punt 23.

13. Volgens Rudolf en Leupold zijn er in de Mededeling Bevoegdheidskwesties wel tekstuele aanwijzingen dat alleen de totstandbrenging van *full-function JV's* onder het toepassingsbereik van het concentratiecontrolerecht valt. Dit is echter uiteindelijk ook 'slechts' een mededeling van de Europese Commissie. Zie L. Rudolf en B. Leupold, 'Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation', *Journal of European Competition Law & Practice* 2012, 3(5), p. 443.

Justitie kijkt daarbij, net als de advocaat-generaal, naar het doel van de bepalingen van de EU-Concentratieverordening. De Verordening dient volgens het Hof van Justitie alleen te gelden voor ingrijpende structuurveranderingen waarvan de gevolgen voor de markt verder reiken dan de nationale grenzen van één lidstaat. Het Hof van Justitie verwijst voor deze doelstellingen van de EU-Concentratiecontroleverordening naar overwegingen 5, 6 en 8 van de considerans.¹⁴ Alleen een volwaardige gemeenschappelijke onderneming kan volgens het Hof van Justitie een dergelijke structuurverandering op de markt teweegbrengen. Dit concludeert het Hof van Justitie met name op grond van de overweging dat betreffende het begrip concentratie in overweging 20 van de considerans een verband wordt gelegd tussen de definitie van dit begrip en het teweegbrengen van een structuurverandering in de markt.¹⁵ De omgekeerde redenering zoals die in de gerechtelijke procedure werd verdedigd door de Europese Commissie, zou volgens het Hof van Justitie tot de merkwaardige situatie leiden, dat bestaande ondernemingen die worden omgevormd tot een gemeenschappelijke onderneming anders worden behandeld dan nieuw op te richten gemeenschappelijke ondernemingen.¹⁶

Het Hof van Justitie gaat overigens niet met zoveel woorden in op de tournure van de Europese Commissie. De advocaat-generaal noemde deze inconsequente lijn van de Europese Commissie in haar conclusie nog met duidelijke bewoordingen ‘betreurenswaardig’. Volgens haar zou de Commissie ernaar moeten streven dat men af kan gaan op haar adviezen, ook al worden deze adviezen gegeven door middel van niet-bindende administratieve brieven.¹⁷

In de ogen van het Hof van Justitie ontstaat door de aanpak waarbij enkel de totstandbrenging van volwaardige joint ventures aan het concentratiecontrolerecht worden getoetst geen probleem ten aanzien van niet-volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen: voor deze joint ventures is er immers het toezicht achteraf op grond van Verordening (EG) nr. 1/2003. Het Hof van Justitie verwijst in deze context ook naar artikel 21 lid 1 EU-Concentratieverordening, waarin de scheiding tussen *ex-ante*- en *ex-post*-toezicht tot uitdrukking komt. De context van artikel 3 EU-Concentratieverordening brengt de advocaat-generaal tot dezelfde conclusie. Zowel de EU-Concentratieverordening als Verordening (EG) nr. 1/2003 ziet op de uitvoering van de mededingingsregels van artikel 101 en 102 VWEU. De scheidslijn tussen het *ex-ante*-toezicht van de EU-Concentratieverordening en het *ex-post*-toezicht van Verordening (EG) nr. 1/2003 moet volgens de advocaat-generaal worden getrokken bij het begrip ‘concentratie’. Enkel wijzigingen van zeggenschap die een uitwerking hebben op de structuur van een markt kunnen dan ook worden onderworpen aan het *ex-ante*-toezicht, voor het marktgedrag

van ondernemingen bestaat immers het *ex-post*-toezicht van Verordening (EG) nr. 1/2003.¹⁸ De conclusie is dat volgens het Hof van Justitie, zoals eerder ook door de advocaat-generaal geconcludeerd, alleen volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen binnen het toepassingsgebied van het concentratiecontroletoezicht vallen.

Plaatsing in de context

De uitspraak van het Hof van Justitie is de eerste zaak waarin de Europese rechter door middel van een prejudiciële vraag om uitleg wordt gevraagd omtrent een bepaling van de EU-Concentratieverordening. In de literatuur is de onduidelijkheid in de EU-Concentratieverordening die centraal staat in deze zaak, al beschreven.¹⁹

De EU-Concentratieverordening bepaalt in artikel 3 lid 4 dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige onderneming vervult, moet worden gezien als een concentratie in de zin van artikel 3 lid 1 onder b EU-Concentratieverordening. Noch uit de EU-Concentratieverordening, noch uit de Mededeling Bevoegdheidskwesties²⁰ van de Europese Commissie volgt of ook wijzigingen van zeggenschap waardoor een bestaande onderneming wordt omgevormd tot een gemeenschappelijke onderneming, aan het *full-function* criterium moeten voldoen om binnen de scope van de EU-Concentratieverordening te vallen.

De Europese Commissie heeft in het verleden in haar beschikkingspraktijk geen consistente lijn aangehouden in deze materie.²¹ Zo toetste de Europese Commissie in *NYK/Lauritzen Cool/LauCool JV*²² bij overname van aandelen in een bestaande vennootschap waardoor een joint venture ontstond of sprake was van een *full-function* joint venture.²³ Deze toetsing werd door de Europese Commissie verricht in het kader van de ‘concentratie’-test van artikel 3 lid 1 onder b EU-Concentratieverordening. In andere beschikkingen zoals in de zaak

14. HvJ 7 september 2017, *Austria Asphalt*, r.o. 21.

15. *Austria Asphalt*, r.o. 22.

16. *Austria Asphalt*, r.o. 27 en 28.

17. Conclusie A-G Kokott, *Austria Asphalt*, punt 22.

18. Conclusie A-G Kokott, *Austria Asphalt*, punt 37; zie voor deze scheiding in gedrags- en concentratietoezicht ook: A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law – Texts, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 1099.

19. Zie L.G.R. di Brozolo en M. Gustafsson, ‘Full-function joint ventures under the Merger Regulation: the need for clarification’, *European Competition Law Review* 2003, 24(11), p. 574-579; L. Rudolf en B. Leupold, ‘Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2012, 3(5), p. 439-451. Zie hierover ook J. Webber, ‘EU Court Decides EU Merger Control Can Only Catch Joint Control Transactions If the Resulting Entity Is “Full-Function”’, beschikbaar op <www.shearman.com/en/newsinsights/publications/2017/09/eu-court-decides-eu-merger-control-full-function>.

20. Geconsolideerde Mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2008, C 95/1.

21. Zie ook J. Webber, ‘EU Court Decides EU Merger Control Can Only Catch Joint Control Transactions If the Resulting Entity Is “Full-Function”’.

22. Zaak M.3798, *NYK/Lauritzen Cool/LauCool JV*.

23. Zie voor vergelijkbare zaken M.4738, *OEP/MSPstiftung/DVG/Dailyker Group*; M.6315 *Hochtief/Geosea/Beluga Hochtief Offshore JV*.

*Bertelsmann/Planeta/Círculo*²⁴ werd in een vergelijkbare zaak niet getoetst of sprake was van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming. De Commissie besloot om onderzoek naar de vraag of het om een *full-function joint venture* ging achterwege te laten en meteen over te gaan op een effectenanalyse van de te creëren gezamenlijke onderneming.²⁵ Ook in het verleden lijkt de Europese Commissie op dit onderwerp dus niet erg consequent te zijn geweest in haar aanpak. In ieder geval kan men uit de gepubliceerde beschikkingen geen consistente lijn destilleren.²⁶

De worsteling van de Europese Commissie met het vraagstuk van de omvorming naar een gemeenschappelijke onderneming en het *full-function* criterium komt ook terug in de zaak *Austria Asphalt*, waarin de Commissie in haar informele zienswijze een volledig ander perspectief hanteert dan in haar latere inbreng in de prejudiciële vraagstellingsprocedure.

Met deze uitspraak van het Hof van Justitie zal de Europese Commissie in de toekomst in alle joint venture-zaken moeten toetsen of al dan niet sprake is van de totstandbrenging van een *full-function joint venture*. Zij zal hiervoor moeten nagaan of de gemeenschappelijke onderneming geacht kan worden in voldoende mate zelfstandig actief te zijn op een markt. In dit kader spelen aspecten zoals de aanwezigheid van eigen financiële middelen, personeel of productiefaciliteiten een rol. Ook dient een *full-function joint venture* in staat te zijn zelfstandig haar koers op een markt te bepalen.²⁷ Een *full-function joint-venture* dient tevens voor een aanzienlijk deel met derden handel te drijven.²⁸ In het *Austria Asphalt*-arrest gaat het Hof van Justitie verder niet meer op dit punt in, omdat dit verder geen onderwerp van de prejudiciële vraagstelling was.

Analyse uitspraak

De redenerlijn van het Hof van Justitie nader bekeken

De conclusie die het Hof van Justitie bereikt in zijn uitspraak lijkt in de eerste plaats doelmatig, waarbij het Hof van Justitie zoekt naar een uitgebalanceerde reikwijdte en toepassing van de EU-Concentratiecontroleverordening. Het is echter de vraag of de interpretatie van het Hof van Justitie helemaal in lijn is met de formulering van de relevante bepalingen uit de EU-Concentratiecontroleregeling.

Artikel 3 lid 4 Concentratieverordening richt zich specifiek op transacties waarbij een *nieuwe joint venture* wordt opgericht (dat wil zeggen joint venture transacties waarbij geen wijziging van zeggenschap over een bestaande onderneming plaatsvindt). Deze bepaling gebruikt immers de bewoordingen ‘de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming’. Het ‘full function’-criterium zou aldus alleen van toepassing zijn op transacties die de creatie van een *nieuwe joint venture* (waarvan het ‘lichaam’ nog niet eerder bestond) behelzen.

Daarmee lijkt artikel 3 lid 4 Concentratieverordening met zijn nieuweheidscriterium een *aanvulling*²⁹ te vormen op artikel 3 lid 1 sub b Concentratieverordening.³⁰ Artikel 3 lid 1 sub b is van toepassing op alle transacties waarbij sprake is van een wijziging van zeggenschap over een *bestaande* onderneming. Het volwaardigheids-criterium heeft verder geen plaats binnen de tekst van artikel 3 lid 1 sub b: het wordt niet vermeld. Bij omvorming van een bestaande onderneming tot joint venture speelt het volwaardigheids-criterium dan ook geen rol, zo zou men kunnen betogen (in tegenstelling tot de lijn die het Hof van Justitie aanhoudt in zijn uitspraak).

Dit zou betekenen dat bij omvorming van een *bestaande* onderneming in een gemeenschappelijke onderneming ook de totstandbrenging van een niet-volwaardige joint venture gewoon onder het begrip ‘totstandkoming van een concentratie’ valt en daarmee binnen de reikwijdte van de Concentratieverordening komt. Deze uitleg wordt in de prejudiciële procedure gekozen door de Europese Commissie en lijkt beter in het systeem van de Concentratieverordening te passen.

Het nadeel van deze systematisch c.q. tekstueel zuivere benadering zou kunnen zijn dat hierdoor ook niet-volwaardige joint ventures onder het concentratiecontroletoezicht vallen, terwijl de totstandbrenging van dit type joint venture veelal geen dusdanig effect op de structuur van de markt heeft dat concentratietoezicht nodig of gewenst is. Dit gezegd hebbende is het zeker niet onmogelijk dat de totstandbrenging van een niet-volwaardige joint venture effecten heeft op de mededingingsstructuur in een markt. Dit zal met name spelen wanneer een zelfstandig opererende onderneming wordt omgevormd tot een niet-volwaardige joint venture die alleen de moederbedrijven dient: er is dan wel degelijk een concurrent uit de markt weggenomen. Dit speelt helemaal als er meerdere nieuwe moederondernemingen aantreden van

24. Zaak M.5838, *Bertelsmann/Planeta/Círculo*.

25. Zie voor een vergelijkbare zaak: M.5841, *Cathay Pacific Airways/Air China/ACC*.

26. Zie voor een mogelijke verklaring waarom de Commissie op dit punt niet consequent is: L.G.R. di Brozolo en M. Gustafsson, ‘Full-function joint ventures under the Merger Regulation: the need for clarification’, *European Competition Law Review* 2003, 24(11), p. 576. Hierop komen wij verderop in deze bijdrage terug.

27. Zie voor de criteria van *full-functionality* ook: J. Kokkoris en H. Shelanski, *EU Merger Control – A Legal and Economic Analysis*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 145-150.

28. Zie C. Bergqvist, ‘The concept of an autonomous economic entity’, *European Competition Law Review* 2003, 24(10), p. 498-503.

29. Vgl. de Mededeling Bevoegdheidskwesties, punt 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.’

30. Zie ook M. Mayr, ‘Austria Asphalt – Some observations on the European Court of Justice’s judgment’, beschikbaar op <<http://kluwercpetitionlawblog.com/2017/09/14/austria-asphalt-observations-european-court-justices-judgment/?print=pdf>>.

het geacquireerde targetbedrijf.³¹ In de *Austria Asphalt*-zaak was de targetonderneming al niet volwaardig vóór de totstandkoming van de concentratie, dus daar speelde dit probleem niet.

Het komt ons voor dat de lijn die het Hof van Justitie aanhoudt in *Austria Asphalt* een evenwichtsoefening is tussen enerzijds het borgen van voldoende toezicht en anderzijds het voorkomen van onnodige controle. Een al te systematische interpretatie zou onwenselijke consequenties kunnen hebben door meer transacties onder het bereik van het concentratietoezicht te brengen dan aangewezen is, terwijl deze transacties bij eventuele mededingingsbeperkende effecten ook binnen het kartelverbodstoezicht kunnen worden getoetst. Hierbij dient wel aangetekend te worden dat het *ex post*-karakter van het kartelverbodstoezicht toch echt iets anders is dan de *ex ante*-aard van de concentratiecontrole: minder gestructureerd en in die zin zwakker.

Implicaties voor de rechtspraktijk

De uitspraak in *Austria Asphalt* is van directe betekenis voor de concentratiecontrolepraktijk. Allereerst brengt de uitspraak duidelijkheid over het feit dat de vorming van joint ventures (uit bestaand materiaal) alleen binnen de reikwijdte van de Concentratiecontroleverordening valt, indien hieruit een volwaardige gemeenschappelijke onderneming verrijst. Daarmee draagt de uitspraak zeker bij aan de rechtszekerheid. Ook al zal de lezing van het Hof van Justitie in het verleden reeds zijn gedeeld en nagevolgd door partijen die zich moesten buigen over de vraag of de totstandbrenging van een joint venture nu wel of niet binnen de reikwijdte van de Concentratieverordening viel. Tevens is het mogelijk dat de Europese Commissie in het verleden zienswijzen heeft uitgebracht langs 's-Hofs lijn die in nationale procedures verder niet aan de orde zijn gesteld.

De uitspraak van het Hof van Justitie zorgt ervoor dat bij de beantwoording van de vraag of een melding noodzakelijk is, voortaan in alle gevallen waar het de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming betreft, door de meldende partijen een toets moet worden gedaan of sprake is van een *full-function* joint venture. Immers, alleen bij een *full-function* karakter vormt de transactie een concentratie die onder het toepassingsbereik van de Concentratiecontroleverordening valt.

De Europese Commissie heeft in haar Mededeling Bevoegdheidskwesities de nodige criteria neergelegd om tot een inschatting te komen van het karakter van de gemeenschappelijke onderneming (volwaardig of niet-volwaardig). Men zou zich voor kunnen stellen dat de Commissie met het uitgangspunt van *Austria Asphalt* in het achterhoofd een extra prikkel heeft om de vorming

van joint ventures uit bestaande ondernemingen toch vooral als *full-function* te bestempelen, teneinde ze daarmee binnen de reikwijdte van de Concentratiecontroleverordening en daarmee binnen haar eigen controle te brengen. De Commissie is daarbij echter wel gehouden aan de richtsnoeren op dit onderwerp die zij in haar eigen Mededeling Bevoegdheidskwesities heeft neergelegd.

Dit brengt ons bij een derde punt dat van belang kan zijn voor de praktijk. Partijen bij een concentratie die uitloopt op de creatie van een joint venture kunnen door de uitspraak preventief reeds bij de structurering van de op te richten joint venture keuzes maken die bepalend zijn voor de vraag of al dan niet gemeld moet worden bij de Europese Commissie.³² Uiteraard zullen doorgaans primair bedrijfsmatige overwegingen een rol spelen bij de vormgeving van een joint venture, maar rechtszekerheid kan op de achtergrond ook meespelen. Zo zal het voor de ene partij wellicht interessant zijn om een joint venture nadrukkelijk te structureren als niet-volwaardige gemeenschappelijke onderneming om niet te hoeven melden bij de Europese Commissie. Het is echter ook voorstelbaar dat partijen hun joint venture juist wel willen melden om de gemeenschappelijke onderneming niet voortdurend aan het kartelverbod te hoeven toetsen en aldus een bepaalde mate van rechtszekerheid te bereiken.

In een dergelijk geval zou men de joint venture kunnen structureren als een *full-function* joint venture. Uiteindelijk zullen in de praktijk ongetwijfeld ook andere aspecten dan een eventuele meldingsplicht bij een mededingingsautoriteit een rol spelen bij de structurering van een joint venture.

Een laatste, niet te onderschatten, punt voor de praktijk speelt in verband met het feit dat de informele zienswijze van de Europese Commissie naar het lijkt niet veel rechtszekerheid schept. De Europese Commissie toont in de procedure een vrij abrupte 'change of mind'. Waarom de Commissie op dit punt zo inconsequent te werk gaat, is niet volledig duidelijk. Wellicht lag het in deze zaak aan een verschil van inzicht tussen de juridische dienst van de Europese Commissie en de ambtenaren van DG Mededinging. Dit verklaart echter niet automatisch de wisselingen in de beleidslijn in de eerdere beschikkingspraktijk van de Europese Commissie.³³

De tweezijdigheid in de Commissiereactie in de *Austria Asphalt*-zaak is exemplarisch voor de opstelling van de Europese Commissie bij de omgang met het volwaardigheids criterium in concentratiecontrolezaken die om joint ventures draaien: de ene keer gaat de Commissie linksom, de andere keer gaat zij rechtsom. Het lijkt erop

31. Vgl. de Mededeling Bevoegdheidskwesities, punt 91: '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).'

32. Zie voor een korte schets van de twee toetsingsrichtingen (concentratiecontrole en kartelverbod) ook J. Webber, 'EU Court Decides EU Merger Control Can Only Catch Joint Control Transactions If the Resulting Entity Is "Full-Function"'

33. Zie voor een andere verklaring (spoging) L.G.R. di Brozolo en M. Gustafsson, 'Full-function joint ventures under the Merger Regulation: the need for clarification', *European Competition Law Review* 2003, 24(11), p. 576. Deze auteurs weten het eigenlijk ook niet en houden het erop dat de Europese Commissie wellicht niet altijd nauwkeurig te werk gaat bij de toepassing van de *full-functionality* toets.

dat de Europese Commissie intern geen consistentie kan betrachten ten aanzien van één aan te houden lijn, en per zaak beslist wat haar het beste uitkomt.

Tot slot

De EU-Concentratieverordening en de daarmee verbonden uitleggingsregels zoals de Mededeling Bevoegdheidskwesties kennen nog steeds onduidelijkheden die nadere invulling of opheldering behoeven. Deze vragen zullen doorgaans in de communicatie tussen Europese Commissie en marktpartijen aan bod komen, doordat partijen zich in het kader van (voorgenomen) meldingen met vragen tot de Commissie richten. In deze zaak heeft het Hof van Justitie nu bijgedragen aan de verduidelijking van het concentratiebegrip – en dat nog wel via een *prejudiciële vraagstellingsprocedure* over de Concentratiecontroleverordening.

Het Hof van Justitie beslist voor wat betreft de toepassing van de EU-Concentratieverordening dat bij een wijziging van uitsluitende naar gedeelde zeggenschap over een bestaande onderneming pas sprake is van een concentratie indien de gemeenschappelijke onderneming die uit een dergelijke transactie voortkomt *duurzaam* alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult. Deze beslissing is van belang voor de reikwijdte van de Concentratiecontroleverordening, aangezien deze regeling tot toepassing komt via het concentratietotstandbrengingsbegrip.

Austria Asphalt zal niet de geschiedenis ingaan als meest revolutionaire *land mark case* van het Hof van Justitie. De uitspraak van het Hof van Justitie is echter wel dege-lijk een welkome duiding, mede gezien de weinig consistente opstelling van de Europese Commissie waar het gaat om het concentratiebegrip en de volwaardigheid van totstandgekomen joint ventures. Ook al valt er op de interpretatie van artikel 3 Concentratieverordening die het Hof van Justitie in *Austria Asphalt* neerlegt systematisch-tekstueel wel het een en ander af te dingen.