Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. MAZÁK
fremsat den 6. marts 2012[1]

Sag C-551/10 P

Éditions Odile Jacob SAS
mod

Europa-Kommissionen

»Appel — konkurrence — fusioner — den franskprogede forlagssektor — Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 — tilsidesættelse af artikel 3 — magtfordrejning — begrundelsesmangel — principperne om retssikkerhed, berettiget forventning og lighedsbehandling — vurdering af dominerende stilling — tilsagnenes hensigtsmæssighed«

I – Indledning

1. Med sin appel har Éditions Odile Jacob SAS (herefter »appellanten«) nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Retten (Sjette Afdeling) den 13. september 2010 i sag T-279/04, Éditions Jacob mod Kommissionen (herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten frifandt Kommissionen i den af appellanten anlagte sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2004/422/EF af 7. januar 2004 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag nr. COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP)[2] (herefter »den anfægtede beslutning«).

II – Sagens faktiske omstændigheder

2. Appelsagens faktiske omstændigheder er blevet beskrevet indgående i den appellerede doms præmis 1-59. Jeg vil derfor blot henvise til et par relevante faktiske omstændigheder for kort at forklare baggrunden for denne appel. Den 25. september 2002 besluttede Vivendi Universal SA (herefter »VU«) at afstå de forlagsinteresser (herefter »målaktiverne«), der ejedes i Europa af dets datterselskab Vivendi Universal Publishing (herefter »VUP«). Lagardère SCA (herefter »Lagardère«) meldte sig som kandidat til at overtage de pågældende aktiver. Da VU ønskede en hurtig handel og hurtig afregning, viste det sig, at dette ønske ikke kunne opfyldes, idet det var nødvendigt at indhente en forudgående godkendelse af salget fra de kompetente konkurrencemyndigheder. Lagardère anmodede derfor Natexis Banques Populaires SA (herefter »NBP«) om at indtræde i sit sted og via et datterselskab oprettet med det formål at købe målaktiverne hos VUP beholde dem midlertidigt og videresælge dem til Lagardère, når sidstnævnte havde modtaget godkendelse af en sådan erhvervelse.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EUT L 125, s. 54, meddelt under nr. K(2003) 5277.

3. Den 3. december 2002 underskrev Investima 10 SAS (»herefter Investima 10«), der er ejet 100% af Ecrinvest 4 SA (herefter »Ecrinvest 4«), som igen er 100% ejet af Segex Sarl (herefter Segex), som er 100% kontrolleret af NBP, et tilsagn om køb af målaktiverne til fordel for VUP. Samme dag indgik Segex og Ecrinvest 4 en overdragelsesaftale med Lagardère (herefter »overdragelsesaftalen«), der gav sidstnævnte ret til via Ecrinvest 4 at opkøbe hele aktiekapitalen i Investima 10. Overdragelsesaftalen bestemte, at overdragelsesdagen for aktiverne i Ecrinvest 4 skulle ske efter, at Lagardère havde modtaget godkendelse fra de relevante konkurrencemyndigheder til at erhverve Ecrinvest 4. Den 3. december 2002 betalte Lagardère Segex bl.a. købsprisen for aktierne i overensstemmelse med overdragelsesaftalen. Lagardère påtog sig at holde Segex, Ecrinvest 4 og Investima 10 skadesløse for ethvert tab, der stammede fra indgåelsen af overdragelseskontrakten. Lagardère indgav et udkast til anmeldelse af erhvervelsen af målaktiverne til Kommissionen den 10. december 2002. Den 20. december 2002 tiltrådte VUP Investima 10's tilsagn om køb, og Investima 10 indgik samme dag en købskontrakt med VUP om målaktiverne.

4. Den 14. april 2003 indgav Lagardère i henhold til artikel 4, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med virksomhedssammenslutninger [3] en anmeldelse til Kommissionen af sin påtænkte erhvervelse af målaktiverne i VUP. Den 5. juni 2003 besluttede Kommissionen, at den anmeldte fusion rejste alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet, og indledte anden fase af undersøgelsen af den anmeldte fusion i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89.

5. Investima 10 blev til Editis SA (»Editis«) den 14. oktober 2003.

6. Kommissionen tillod den omtvistede fusion med forbehold for tilsagn ved den anfægtede beslutning af 7. januar 2004. Ifølge disse tilsagn skulle Lagardère sælge aktiver svarende til ca. 60% til 70% af den globale omsætning og 70% til 80% af VUP's omsætning på fransksprogede markeder, der blev berørt af fusionen. Det var Kommissionens opfattelse, at tilsagnene fra Lagardère ville fjerne næsten alle de horisontale overlapninger mellem fusionsparternes aktiviteter på alle de relevante fransksprogede markeder, hvor transaktionen skabte eller styrkede en dominerende stilling. Det var Kommissionens opfattelse, at hovedparten af transaktionens vertikale virkninger og konglomeratvirkninger, som ifølge den anfægtede beslutning var en følge af den fusionerede enheds samlede vægt i den franske forlagsbranche, og som bidrog til at skabe eller styrke dominerende stillinger på de relevante markeder, ville blive elimineret, hvis den anmeldende parts interesser blev solgt til en enkelt køber i overensstemmelse med de foreslåede tilsagn. Det konkluderes derfor i den anfægtede beslutning, at den anmeldte fusion, henset til de tilsagn, Lagardère gav, ikke ville skabe eller styrke en dominerende stilling for den fusionerede enhed inden for fællesmarkedet. Kommissionen besluttede således, forudsat at de afgivne tilsagn fra Lagardère i henhold til artikel 2, stk. 2, og artikel 8, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 blev overholdt, at erklære Lagardères erhvervelse af enekontrollen med VUP's forlagsinteresser i Europa og Latinamerika, eksklusiv Brasilien, forenelig med fællesmarkedet og aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«) i henhold til forordningens artikel 3, stk. 1, litra b).

7. Den 28. maj 2004 blev Lagardère og Wendel Investissement SA (herefter »Wendel«) enige om et aftaleudkast, hvorefter Wendel ville købe de aktiver, som Lagardère var nødt til at sælge i henhold til tilsagnene. Ved skrivelse af 4. juni 2004 anmodede Lagardère Kommissionen om at godkende Wendels køb af de pågældende aktiver.

8. Ved et sagsanlæg indgivet den 8. juli 2004 for Retten i Første Instans (nu Retten) og registeret som sag T-279/04 nedlagde appellanten påstand om annullation af den anfægtede beslutning. Retten frifandt i den appellerede dom Kommissionen i det hele.

3 — EFT L 395, s. 1.

III – Appellen

9. Appellanten har gjort fire anbringender gældende til støtte for appellen.

A – *Det første anbringende: tilsidesættelse af artikel 3 i forordning nr. 4064/89*

1. Sagen for Retten

10. Appellanten gjorde med sit første anbringende for Retten gældende, at den anfægtede beslutning urigtigt klassificerede NBP's køb af målaktiverne som et køb med henblik på videresalg i henhold til artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89 i stedet for at klassificere købet som en fusion, hvorved Lagardère opnåede enekontrol med målaktiverne ved at bruge NBP som et mellemled, eller Lagardère og NBP opnåede fælles kontrol med disse aktiver. Appellanten gjorde endvidere i første instans gældende, at Investima 10's køb af målaktiverne ikke opfyldte nogen af de kumulerede betingelser i artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89, og at det retlige arrangement i forhold til målaktiverne derfor tillod Lagardère at udøve en afgørende indflydelse over disse aktiver fra december 2002, indtil de blev solgt til Wendel den 30. september 2004.

11. Retten fastslog, at selv om Investima 10's erhvervelse af målaktiverne ikke opfyldte alle betingelserne i artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89, betød det ikke nødvendigvis, at erhvervelsen i henhold til artikel 3, stk. 1, litra b), i denne forordning skulle klassificeres som Lagardères erhvervelse af enekontrol, eller Lagardères og NBP's erhvervelse af fælles kontrol med disse aktiver [4]. Retten fandt, at det retlige arrangement ikke gjorde det muligt hverken for Lagardère eller for Lagardère og NBP at udøve afgørende indflydelse på målaktiverne fra december 2002 i henhold til artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 [5]. Retten tilføjede for fuldstændighedens skyld, at selv om det retlige arrangement fra december 2002, som appellanten har påstået, tillod Lagardère på egen hånd eller sammen med NBP at udøve kontrol med målaktiverne i henhold til artikel 3, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89, og at transaktionen således var blevet gennemført før anmeldelsen, ville denne omstændighed ikke påvirke den anfægtede beslutnings lovlighed [6].

2. Argumenter

12. Det første appelanbringende består af to dele.

13. For det første har Retten, ifølge appellanten, ved at undersøge det retlige arrangement isoleret uden at tage hensyn til hele det retlige forløb, som ledte til Lagardères erhvervelse af kontrol med målaktiverne, tilsidesat det generelle formål med fusionskontrol og konkurrenceretten, som er at vurdere de bagvedliggende økonomiske realiteter, som bekræftet i dommen i sagen Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen [7]. Ved at tilsidesætte formålet med fusionskontrol og dens egen retspraksis om komplekse transaktioner har Retten desuden skabt en ny undtagelse, der er bredere end dem, der følger af artikel 3, stk. 5, i forordning nr. 4064/89. Ved at tillade sådanne retlige arrangementer, uanset arten af den enhed, der er pålagt at holde de aktiver, der skal afhændes, har Retten åbnet mulighed for, at transaktioner, der normalt skal anmeldes til Kommissionen, kan undgå kontrol, og Retten har også berøvet forordningens artikel 3, stk. 5, litra a), sin effektive virkning ved at fjerne kravet om kredit- eller finansieringsinstitutter og især kravet om den midlertidige art af transaktionen, hvortil der henvises i denne bestemmelse.

4 — Jf. den appellerede doms præmis 117.

5 — Jf. den appellerede doms præmis 144 og 153. Retten tog ikke stilling til, om betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 5, litra a), var opfyldt.

6 — Jf. den appellerede doms præmis 154-164.

7 — Dom af 23.2.2006, sag T-282/02, Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen, Sml. II, s. 319, jf. navnlig præmis 104-109.

14. For det andet har appellanten gjort gældende, at Retten har tilladt et ved kontrakt oprettet »opbevaringsarrangement«, som undgår fusionskontrol. Retten begik en retlig fejl ved at foretage en snæver fortolkning af artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, da den begrænsede sin analyse til aftaleretlige elementer, og derved fuldstændig undgik at vurdere spørgsmålet om de facto-kontrol i overensstemmelse med Kommissionens egen praksis, og som stadfæstet i Rettens dom i sagen Aer Lingus Group mod Kommissionen [8]. Hertil kommer, at Retten ifølge appellanten i den appellerede doms præmis 134 urigtigt forkastede appellantens argumenter vedrørende muligheden for at udøve afgørende indflydelse knyttet til finansieringen og overtagelsen af risikoen ved at fastslå, at sådan finansiering var »en integreret del af det retlige arrangement«. Retten forkastede i den appellerede doms præmis 137 også urigtigt appellantens argumenter om den gæld, som Segex/Ecrinvest 4 havde til Lagardère.

15. Kommissionen og Lagardère er af den opfattelse, at dette anbringende er uvirksomt, idet formålet med den anfægtede beslutning ikke var at undersøge, om der eksisterede en de facto-kontrol eller ej fra december 2002, men derimod at undersøge foreneligheden med fællesmarkedet af den transaktion, der blev anmeldt den 14. april 2003 i forbindelse med Lagardères erhvervelse af kontrol med VUP. Klassificeringen af det retlige arrangement og konsekvenserne af denne klassificering er uafhængige af, og påvirker ikke gyldigheden af den anfægtede beslutning, som godkendte transaktionen med forbehold for tilsagn. Lagardère har gjort gældende, at Kommissionen kun kan forbyde en fusion, når den skaber eller styrker en dominerende stilling, som i væsentlig grad hæmmer konkurrencen inden for fællesmarkedet. Manglende anmeldelse eller iværksættelse af en fusion uden godkendelse kan kun sanktioneres ved pålæggelse af en bøde i henhold til artikel 14 i forordning nr. 4064/89.

16. Kommissionen er af den opfattelse, at appellanten med henvisning til dommen i sagen Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen [9] urigtigt hævder, at forordning nr. 4064/89 kræver, at Kommissionen vurderer indbyrdes afhængige transaktioner, der udgør en fusion, ensartet. Henset til at Kommissionen fandt, at fusionen efter afgivelse af tilsagn ikke var til hinder for konkurrencen, påvirkede det faktum, at vurderingen af den transaktion, hvorved kontrollen erhvervedes, ikke omfattede det retlige arrangements varighed, ikke det generelle formål med fusionskontrol. Ydermere kan Rettens konklusion, hvorefter det retlige arrangement i forbindelse med VUP's aktiver ikke gav Lagardère mulighed for selv, eller sammen med NBP, fra december 2002 at udøve en afgørende indflydelse over aktiverne, ikke anfægtes ved appel, hvis de faktiske omstændigheder ikke er blevet urigtigt gengivet, hvilket ikke er blevet påberåbt. Idet Kommissionen med forbehold for tilsagn godkendte erhvervelsen på et varigt grundlag af Lagardères enekontrol med VUP's aktiver, er en sådan godkendelse, henset til dommen i sagen Aer Lingus Group mod Kommissionen [10], ligeledes i overensstemmelse med en analyse, som vurderede, at det retlige arrangement VUP/Editis af NBP var »det første trin« i den fusion, der kun til sidst (ved NBP's salg til Lagardère i henhold til tilsagn) førte til Lagardères varige kontrol. Kommissionen er af den opfattelse, at appellantens argument vedrørende kvalificeringen af det retlige arrangement og skabelsen af en ny undtagelse for midlertidig erhvervelse af aktiver er uvirksom, idet den ikke er afgørende med hensyn til den anfægtede beslutnings lovlighed, og selv hvis arrangementet bliver betragtet som det første trin i en fusion, er det ikke en fusion i sig selv. Kommissionen er også af den opfattelse, at den appellerede dom ikke udelukker muligheden for de facto-kontrol. I den forbindelse påhviler det dog appellanten at påvise, at Kommissionen har begået en fejl. Det er ikke tilstrækkeligt at påstå, at Lagardère udøvede kontrol fra december 2002. Dette er især tilfældet, idet kontraktbestemmelserne blev vedtaget med henblik på at udelukke kontrol.

8 — Jf. dom af 6.7.2010, sag T-411/07, Aer Lingus mod Kommissionen, Sml. II, s. 3691, præmis 61.

9 — Nævnt ovenfor i fodnote 7.

10 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 61.

17. Lagardère har gjort gældende, at dette anbringende under alle omstændigheder delvist må afvises, og delvist er ugrundet. Lagardère er af den opfattelse, at appellantens argument, hvorefter det retlige arrangement blot var det første trin i en fusion, som til sidst resulterede i Lagardères kontrol, er et nyt argument fremsat under appellen, som er i strid med appellantens argumentation for Retten og derfor ikke kan antages til realitetsbehandling. Lagardère er af den opfattelse, at appellantens argument om, at Retten undlod at vurdere muligheden af Lagardères de facto-kontrol over Editis fra tidspunktet for det retlige arrangement, er ubegrundet, hvilket fremgår af Rettens analyse af dette spørgsmål i den appellerede doms præmis 119 ff.

3. Bedømmelse

18. For så vidt angår argumentet om, at dette anbringende er uvirksomt, er det min opfattelse, at en fusion, som ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som ville medføre, at konkurrencen i fællesmarkedet ville blive væsentlig hæmmet, skal i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 erklæres for forenelig med fællesmarkedet af Kommission, selv om den er blevet anmeldt for sent i strid med fristen på en uge fastsat i artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 og gennemført i strid med forpligtelsen til udsættelse i forordningens artikel 7, stk. 1[11]. Manglende anmeldelse af en fusion med fællesskabsdimension til Kommissionen i overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 4064/89[12], eller gennemførelse af fusionen uden godkendelse, kan dog sanktioneres af Kommissionen med en bøde i henhold til artikel 14, stk. 1, litra a), henholdsvis artikel 14, stk. 2, litra b), i forordning nr. 4064/89[13].

19. Det er min opfattelse, at det er vigtigt at understrege, at en sådan tilgang er baseret på den forudsætning, at alle faktiske, juridiske og økonomiske forhold, som kunne påvirke fusionens art og dernæst Kommissionens vurdering af dens indvirkning på konkurrencen på fællesmarkedet i henhold til forordning nr. 4064/89[14], efterfølgende er blevet meddelt Kommissionen, og at transaktionen i overensstemmelse hermed er blevet vurderet af denne institution på grundlag af alle relevante oplysninger. Jeg medgiver, at visse fejl eller udeladelser i anmeldelsen om transaktionernes art derfor kunne være til hinder for en korrekt vurdering af selve fusionen i henhold til forordning nr. 4064/89[15].

20. I den henseende, og i forbindelse med denne sag, finder jeg, at en manglende hensyntagen til og en manglende korrekt vurdering af alle relevante oplysninger og omstændigheder ved den anvendelse af artikel 3 i forordning nr. 4064/89, som foretages af Kommissionen i sin beslutning om godkendelse, og af Retten ved prøvelsen af denne beslutning i den appellerede dom, potentielt kan føre til annullation af beslutningen og ophævelse af dommen.

21. Jeg er dog af den opfattelse, at selv om appellantens argument ifølge dette anbringende skulle vise sig at være korrekt, kan det ikke føre til ophævelse af den appellerede dom. Den påståede fejl ved kvalificeringen af det retlige arrangement, som appellanten selv indrømmer er en integreret del af fusionen anmeldt den 14. april 2003[16], vedrører i virkeligheden blot, hvorvidt Lagardère opnåede kontrol med målaktiverne i december 2002, som resultat af dette arrangement, eller på et senere

11 — Jf. også artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89. Derimod kan Kommissionen i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 beordre enhver anden forholdsregel, som vil kunne genetablere en effektiv konkurrence, når en fusion, som skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at konkurrencen hæmmes på væsentlig måde, gennemføres. Jf. også artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. Sådan forholdsregler kan føre til en opløsning af den gennemførte fusion. Jf. dommen i sagen Aer Lingus Group mod Kommissionen,,nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 58-61.

12 — Og således ikke mere end en uge efter aftalens indgåelse eller offentliggørelsen af overtagelses- eller ombytningstilbuddet eller erhvervelsen af en kontrollerende aktiepost.

13 — Det er muligt i henhold til artikel 7, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 under visse omstændigheder at anmode om, at Kommissionen giver dispensation fra udsættelseskravet i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1.

14 — Der skal i den henseende fokuseres på, om der foreligger en fusion med fællesskabsdimension, som skaber eller styrker en dominerende stilling, som i væsentlig grad ville hæmme den effektive konkurrence på fællesmarkedet; jf. artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 4064/89.

15 — Jf. analogt dommen i sagen Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 108 og 109. Kommissionen skal have mulighed for at udøve en effektiv fusionskontrol.

16 — Jf. f.eks. punkt 23, 24 og 37 i stævningen.

tidspunkt. Den påståede fejl har derfor ikke nogen anden praktisk betydning for den anmeldte fusions art eller dens indvirkning på konkurrencen på fællesmarkedet. Denne tilgang understøttes efter min opfattelse af Rettens dom i sagen Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen [17]. Som Retten har fastslået, er formålet med at vurdere, om en flerhed af transaktioner er at betragte som en enhed, bl.a. at gøre Kommissionen i stand til at udøve en effektiv kontrol med fusioner, som kan hæmme konkurrencen på fællesmarkedet i væsentlig grad [18]. Det tjener derfor ikke noget formål for appellanten at påberåbe sig, at Retten ikke vurderede det retlige arrangement korrekt i henhold til artikel 3 i forordning nr. 4064/89.

22. Jeg vil dog for fuldstændighedens skyld undersøge appellantens argumenter vedrørende det første appelanbringende.

23. Det er min opfattelse, at Lagardères argument, hvorefter den første del af dette appelanbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, ikke kan tiltrædes. Selv om appellanten i sine skriftlige indlæg for Retten ikke formulerede sine argumenter i overensstemmelse med den ordbrug, der er anvendt i dommen i sagen Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen [19] og Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedssammenslutninger [20], er dette næppe overraskende, idet den pågældende dom og meddelelse blev afsagt, henholdsvis udstedt, efter søgsmålet om annullation af den anfægtede beslutning for Retten. Beskaffenheden af det retlige arrangement for så vidt angår målaktiverne set i en bredere sammenhæng med den transaktion, der blev anmeldt til Kommissionen, og behovet for at vurdere dette arrangement i denne sammenhæng var dog aspekter, som appellanten påberåbte sig i sine indlæg for Retten.

24. For så vidt angår substansen af dette anbringende mener jeg ikke, at Retten ikke forstod fusionens økonomiske realiteter, som Kommissionen havde undersøgt i den anfægtede beslutning, eller de forskellige transaktioner, der udgjorde en del af fusionens grundlag. Ud over en tilbundsgående analyse af selve det retlige arrangement i den appellerede doms præmis 119-153 har Retten meget detaljeret i den appellerede doms præmis 10-36 beskrevet de trin i transaktionen, der lå forud for anmeldelsen af fusionen den 14. april 2003. Desuden har appellanten udtrykkeligt tilkendegivet, at selskabet er enigt i Rettens fremlæggelse af disse faktiske omstændigheder under denne appel.

25. Det fremgår ydermere af den appellerede dom, at Retten undersøgte det retlige arrangement i lyset af artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 som svar på appellantens specifikke argumentation i dennes første anbringende om annullation for Retten. Appellanten gjorde gældende, at NBP's køb af målaktiverne ikke var i overensstemmelse med artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89 [21], og at Lagardère gennem det retlige arrangement var i stand til at udøve afgørende indflydelse på målaktiverne fra december 2002, indtil de blev solgt til Wendel i september 2004 [22]. Retten har således i direkte besvarelse af appellantens argumentation detaljeret undersøgt, om Lagardère havde erhvervet ene eller fælles kontrol med målaktiverne fra december 2002. Da Retten fandt, at Lagardère ikke havde erhvervet kontrol med målaktiverne fra december 2002 i henhold til artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, besluttede den ikke at fortsætte en detaljeret undersøgelse af anvendelsen af denne forordnings artikel 3, stk. 5, litra a) [23]. Det lader derfor til, at Retten fandt det overflødigt at undersøge

17 — Nævnt ovenfor i fodnote 7.

18 — Jf. præmis 108.

19 — Nævnt ovenfor i fodnote 7.

20 — EUT 2008 C 95 s. 1 (»Kommissionens meddelelse om jurisdiktion«).

21 — Jf. den appellerede doms præmis 94-102.

22 — Jf. den appellerede doms præmis 103.

23 — Jf. dog i den forbindelse den appellerede doms præmis 138 og 142, hvori Retten fastslår, at visse aspekter af det retlige arrangement under alle omstændigheder ville opfylde betingelserne i artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89.

anvendelsen af artikel 3, stk. 5, litra a), hvorefter kontrol ikke er nødvendig, henset til dens konklusion om, at der ikke forelå nogen kontrol i henhold til artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. Jeg er af den opfattelse, at Retten ikke derved berøvede forordningens artikel 3, stk. 5, litra a)[24], sin effektive virkning (»effet utile«) eller skabte en ny undtagelse til erhvervelsen af kontrol.

26. Jeg finder endvidere, at Kommissionen med rette i sine skriftlige indlæg har påpeget, at Rettens vurdering af det retlige arrangement er i overensstemmelse med både dommen i sagen Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen[25] og Kommissionens meddelelse om jurisdiktion[26], idet arrangementet kan anses for et første, men i sig selv utilstrækkeligt[27] trin i en række af sammenhængende transaktioner, som til sidst ledte til, at Lagardère opnåede kontrol med målaktiverne, og således til en fusion i henhold til forordning nr. 4064/89.

27. Jeg er derfor af den opfattelse, at dette appelanbringendes første led bør forkastes som ugrundet.

28. For så vidt angår dette appelanbringendes andet led har appellanten gjort gældende, at Retten har anvendt kriteriet for vurdering af kontrol i artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 urigtigt og blot undersøgt formelle kontraktelementer uden at undersøge tilstedeværelsen af de facto-kontrol. Appellanten har hævdet, at selskabet for Retten gjorde gældende, at Lagardères evne til at udøve afgørende indflydelse på målaktiverne stammede fra tre faktiske elementer, nemlig lånet til NBP af hele købssummen (1,116 mia. EUR), garantien om at betale leje og tilrådighedsstillelsen af beløb til dækning af VUP's likviditetsbehov (118 mio. EUR). Appellanten havde tillige gjort gældende for Retten, at Lagardères og Segex' afgørende indflydelse var afledt af tre kumulative mekanismer: Segex' vetoret i henhold til kontraktens bilag syv over enhver ændring i målaktiverne, Investma 10's økonomiske afhængighed af Lagardère, henset til lånet på 1,2 mia. EUR, og overførelsen til Lagardère af hele forretningsrisikoen og kontrollen med forretningsstedet.

29. Jeg er af den opfattelse, at appellantens argument om, at Retten blot undersøgte bestemmelserne i kontrakterne og undlod at vurdere spørgsmålet om Lagardères de facto-kontrol over målaktiverne, er ugrundet. Det fremgår klart af den appellerede dom, at Retten, i modsætning til det af appellanten anførte, undersøgte alle anbringender, som appellanten havde gjort gældende vedrørende de facto–kontrol, og vurderede de beviser, som appellanten havde fremlagt i den henseende. Retten undersøgte for det første i den appellerede doms præmis 133 og 134, om den omstændighed, at Lagardère havde finansieret det retlige arrangement og påtaget sig hele risikoen i den forbindelse, resulterede i, at selskabet var i stand til at udøve afgørende indflydelse på målaktiverne. For det andet undersøgte Retten i den appellerede doms præmis 136 og 138-142 arten af den vetoret, som Segex/Ecrinvest 4 var tillagt i henhold til bilag syv i salgskontrakten i forhold til enhver beslutning, der var i stand til at påvirke aktiverne[28]. For det tredje blev spørgsmålet om, hvorvidt den gæld, som Segex/Ecrinvest 4 havde til Lagardère, kunne have berøvet Segex' reelle beføjelse til at udøve rettighederne knyttet til målaktiverne og resulteret i, at Segex handlede på vegne af Lagardère, undersøgt i den appellerede doms præmis 137. For det fjerde blev spørgsmålet om uafhængigheden hos de bestyrelsesmedlemmer, der er ansvarlige for ledelsen af Investima 10, undersøgt i den

24 — Det skal også bemærkes, at artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89 henviser til erhvervelse af kapitalandele snarere end erhvervelse af aktiver. Det er derfor min opfattelse, at det retlige arrangement i forhold til målaktiverne under alle omstændigheder ikke kunne drage fordel af denne bestemmelses ordlyd.

25 — Dommen er nævnt i fodnote 7. »[E]n fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 4064/89, kan [også] forekomme som en flerhed af retlige transaktioner, der formelt er enkeltstående, når disse transaktioner er indbyrdes afhængige på en sådan måde, at de ikke ville blive foretaget enkeltvis, og når resultatet består i at give en eller flere virksomheder direkte eller indirekte økonomisk kontrol over en eller flere andre virksomheders aktivitet.« Jf. dommens præmis 109.

26 — Nævnt ovenfor i fodnote 20. Jf. især del 1.5 om sammenhængende transaktioner. Denne meddelelse er ikke bindende for Retten eller tidsmæssigt anvendelig og derfor heller ikke bindende for Kommissionen.

27 — Jf. analogt dommen i sagen Aer Lingus Group mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 65. I den sag resulterede erhvervelsen af en minoritetsandel ikke i erhvervelsen af kontrol. Yderligere aktieerhvervelser kunne dog have ført til dette resultat.

28 — Retten fandt, at vetoretten var i overensstemmelse med betingelserne i artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89, og at salgskontraktens artikel 4, stk. 2, vedrørende beføjelser for Ecrinvest 4's og Investima 10's ansvarlige organer udelukkede enhver indgriben fra Lagardère, bortset fra det, der var en integreret del af selve det retlige arrangement.

appellerede doms præmis 143 [29]. Det fremgår åbenlyst af den appellerede dom, at Retten undersøgte de ovennævnte spørgsmål om de facto-kontrol tillige med et anseligt antal kontraktbestemmelser i salgskontrakten og fandt, at disse bestemmelser var tilstrækkelige til at udelukke muligheden for Lagardères de facto-kontrol over målaktiverne [30].

30. Da det ikke er blevet godtgjort, at Retten har foretaget en ukorrekt vurdering af bevisførelsen med hensyn til de facto-kontrol og af kontraktbestemmelserne i overdragelsesaftalen, bør appellantens anbringende om de facto-kontrol efter min opfattelse forkastes som ugrundet.

31. Appellanten har også gjort gældende, at Rettens begrundelser i den appellerede doms præmis 133 er fuldstændigt cirkulære. Retten fastslog, at Lagardères finansiering af det retlige arrangement og påtagelse af al risiko ikke gav sidstnævnte mulighed for at udøve afgørende indflydelse på målaktiverne, idet finansieringen og påtagelsen af risikoen stammede fra eller var en integreret del af selve det retlige arrangement. Appellanten har rejst det samme klagepunkt i forbindelse med Rettens behandling af selskabets argument vedrørende den gæld, som Segex/Ecrinvest 4 pådrog sig til Lagardère, og som ikke blev taget til følge i den appellerede doms præmis 137.

32. Efter min opfattelse skal ovennævnte klagepunkt opfattes som en påstand om utilstrækkelig begrundelse fra Rettens side, hvilket er en påstand af retlig karakter, der skal undersøges af Domstolen under en appel [31]. Jeg betragter det som nødvendigt at undersøge, om Rettens begrundelse var tilstrækkelig i forbindelse med spørgsmålene om finansiering og overtagelse af risikoen i sammenhæng med Rettens tidligere konklusion, som er gengivet meget detaljeret i den appellerede dom, om, at muligheden for, at Lagardère udøvede en afgørende indflydelse på målaktiverne i henhold til det retlige arrangement, var udelukket udtrykkeligt i henhold til salgskontrakten [32].

33. Retten tilføjede i den appellerede doms præmis 134, at finansieringen af det retlige arrangement stammede fra selve arrangementet, idet NBP ikke ville have accepteret arrangementet, medmindre Lagardère havde accepteret at bære hele risikoen og holde NBP skadesløs for alle tab. Retten fastslog derfor i den appellerede doms præmis 135, at finansieringen af transaktionen ikke i sig selv var tilstrækkelig til at bevise Segex' manglende beføjelse over målaktiverne. I den appellerede doms præmis 136 bemærkede Retten også, at Segex/Ecrinvest 4 havde vetoret over alle beslutninger, som kunne påvirke målaktiverne, hvilket var mere vidtgående end, hvad der er foreskrevet i artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89. Af samme grund afviste Retten i den appellerede doms præmis 137 appellantens påstand, hvorefter Segex/Ecrinvest 4 på grund af den betydelige gæld til Lagardère ville være berøvet enhver reel beføjelse over målaktiverne og reelt ville handle som en befuldmægtiget for Lagardère i forhold til aktiverne. Det er min opfattelse, at Rettens begrundelse i forbindelse med spørgsmålene om finansiering og den påtagne gæld, er klar, forståelig og tilstrækkelig i lyset af Rettens vurdering af kontraktbestemmelserne.

34. Jeg er derfor af den opfattelse, at det første appelanbringende er uvirksomt og under alle omstændigheder ugrundet.

29 — Retten fastslog, at appellanten ikke havde fremlagt faktiske elementer, som kunne så tvivl om dens vurdering af Investimas uafhængighed i henhold til kontraktbestemmelser.

30 — Jf. den appellerede doms præmis 120-144.

31 — Jf. dom af 11.1.2007, sag C-404/04 P, Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen, præmis 90.

32 — Den appellerede doms præmis 120-144.

B – *Det andet anbringende: Retten begik en retlig fejl ved ikke at drage retlige konsekvenser af Kommissionens processuelle tilsidesættelser*

1. Argumenter

35. Med det andet anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl, for så vidt som den ikke har draget de retlige konsekvenser af de processuelle tilsidesættelser, som Kommissionen har begået. Ved at undtage disse overtrædelser af forordning nr. 4064/89 fra enhver form for kontrol – navnlig tilsidesættelsen af suspensionsforpligtelsen, det forhold, at der ikke blev givet den underretning, som danner grundlag for Kommissionens kompetence, og omgåelsen derved, at køberen blev erstattet af en anden – har Retten godkendt en tilsidesættelse af loven, der reelt svarer til magtfordrejning fra Kommissionens side.

36. Ifølge appellanten har Retten begået en retlig fejl ved at fastslå, at, hvis fusionen var blevet gennemført siden december 2002, dvs. før den blev anmeldt, var den eneste mulige sanktion pålæggelse af en bøde i henhold til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 og ikke annullation af den anfægtede beslutning. Retten har også begået en retlig fejl ved at fastslå, at den manglende anmeldelse af fusionen inden for tidsfristerne fastsat i artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 blot var underlagt en bøde, men ikke berørte gyldigheden af den anfægtede beslutning. Virksomheders overtrædelser af artikel 7, stk. 1, og artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 kan kun medføre pålæggelse af en bøde, men ifølge appellanten kan disse sanktioner pr. definition ikke finde anvendelse på Kommissionen selv. Kommissionen begik magtfordrejning ved urigtigt at tillade Lagardère at støtte ret på artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89 og undgå at anmelde fusionen fra december 2002. Den manglende undersøgelse af transaktionen inden for fristerne gav Lagardère en konkurrencemæssig fordel i forhold til andre potentielle købere, fordi selskabet straks kunne betale købsprisen til VUP.

37. I sit svarskrift har appellanten anført, at dette appelanbringende ikke i det væsentlige er rettet mod de sanktioner, som Kommissionen kan pålægge virksomheder for deres manglende overholdelse af visse forpligtelser, men de sanktioner, som Kommissionen skal pålægge ved overtrædelser, og dermed den behandling, som en beslutning, som er vedtaget i strid med de regler, der er fastsat i en fællesskabsforordning, får.

38. Kommissionen er af den opfattelse, at dette appelanbringende er uvirksomt og ubegrundet. Lagardère er af den opfattelse, at dette appelanbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, idet appellanten blot henviser til faktiske omstændigheder, som Retten har undersøgt, uden at påstå, at Retten har gengivet dem urigtigt.

2. Bedømmelse

39. I lyset af mine konklusioner i forbindelse med det første appelanbringende er det min opfattelse, at Rettens konstateringer i den appellerede doms præmis 116-164, hvorefter det retlige arrangement ikke udgjorde en fusion fra december 2002, idet Lagardère ikke var i stand til selv eller sammen med NBP at udøve afgørende indflydelse på målaktiverne, er korrekt. Det følger heraf, at forpligtelsen til at udsætte fusionen i henhold til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 ikke blev tilsidesat af VUP og Lagardère som følge af det retlige arrangement[33]. Da der ikke foreligger nogen processuelle fejl i relation til forpligtelsen til at udsætte en fusion, bør anbringendet, hvorefter Retten begik en retlig fejl ved ikke at drage de retlige konsekvenser af sådan en processuel fejl, efter min opfattelse forkastes.

33 — Det fremgår endvidere klart af kontraktbestemmelserne i overdragelsesaftalen, at overførslen af andele i Ecrinvest 4 til Lagardère kun kunne finde sted efter en godkendelse fra de relevante konkurrencemyndigheder. Jf. den appellerede doms præmis 24 og 25.

40. For så vidt angår spørgsmålet om Lagardères for sene anmeldelse af fusionen [34] er det ubestridt, at fusionen blev anmeldt for sent under overtrædelse af fristen på en uge fastsat i artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 [35]. Jeg mener dog, at den processuelle fejl alene, selv hvis den var blevet foranlediget af Kommissionen selv, som appellanten har gjort gældende, ikke kunne have haft en indvirkning på vurderingen af fusionen [36] i den pågældende sag, især da forpligtelsen til at udsætte fusionen ikke var blevet overtrådt [37]. Da resultatet af den anfægtede beslutning ikke ville have været anderledes, hvis fusionen var blevet anmeldt i tide, ville det efter min opfattelse være fuldstændigt uforholdsmæssigt at annullere Kommissionens beslutning alene på dette grundlag [38]. Retten har derfor i den appellerede doms præmis 201 og 202 korrekt konstateret, at medmindre en fusion skaber eller styrker en dominerende stilling, som i væsentlig grad hæmmer den effektive konkurrence, kan Kommissionen ikke erklære fusionen for uforenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 alene på det grundlag, at den blev anmeldt for sent.

41. Jeg mener, at det også skal bemærkes, at VUP og Lagardère i henhold til den appellerede doms præmis 10 ff. påbegyndte forhandlinger i slutningen af september 2002 vedrørende sidstnævntes erhvervelse af målaktiverne. Kommissionen var endvidere bekendt med hovedbetingelserne for NBP's erhvervelse af målaktiverne den 8. oktober eller derefter [39], og Kommissionen modtog den 10. december 2002 et udkast til anmeldelse af Lagardères køb af målaktiverne [40], selv om den endelige anmeldelse først fandt sted den 14. april 2003, ca. fire måneder senere. Det fremgår således klart af sagens akter for Domstolen, at Kommissionen havde uformelle kontakter med de anmeldende parter i den påtænkte fusion forud for anmeldelsen. Det er min opfattelse, at sådanne kontakter, hvorved Kommissionen og de anmeldende parter diskuterer en fremtidig fusion, og Kommissionen klargør dens foreløbige opfattelse af visse retlige eller andre forhold eller angiver dens eventuelle stilling til fusionen, ikke udgør magtfordrejning fra Kommissionens side [41].

42. Tværtimod er sådanne kontakter i overensstemmelse med princippet om god forvaltningsskik, idet de fremmer »en ånd af samarbejde og bedre forståelse mellem GD Konkurrence og juridiske kredse og erhvervslivet« [42] til gavn for fusionskontrollen. Sådanne kontakter forud for en anmeldelse har derfor ikke til formål og tjener ikke til at behandle en køber gunstigere end en anden [43].

34 — Forpligtelsen til at anmelde den pågældende fusion påhvilede Lagardère i henhold til artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 4064/89.

35 — Jf. den appellerede doms præmis 200.

36 — Og om den skaber eller styrker en dominerende stilling.

37 — I henhold til punkt 17 i præamblen til forordning nr. 4064/89 er kravene til forudgående anmeldelse og udsættelse af fusioner pålagt for at sikre en effektiv kommissionskontrol med virksomheder. Begge forpligtelser forfølger derfor det samme overordnede formål i henhold til forordning nr. 4064/89. Ydermere søges det med forpligtelsen til at udsætte en fusion i henhold til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 at undgå behovet for efterfølgende at opløse konkurrencestridige fusioner i henhold til denne forordnings artikel 8, stk. 4. Jeg er endvidere af den opfattelse, som også er forfægtet af Kommissionen, at det med forpligtelsen til at anmelde en fusion inden for en uge efter indgåelse af aftalen i henhold til artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 også søges at sikre, at fusioner, som kunne være hæmmende for konkurrencen i fællesmarkedet, ikke gennemføres forud for en undersøgelse foretaget af Kommissionen. Med forpligtelserne til at anmelde og udsætte fusioner med en fællesskabsdimension i henhold til forordning nr. 4064/89 søges det således i rette tid at undgå vise strukturelle ændringer hos virksomheder, som kunne være hæmmende for konkurrencen på fællesmarkedet.

38 — Jf. analogt dom af 11.11.1987, sag 259/85, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 4393, præmis 13.

39 — Jf. den appellerede doms præmis 15.

40 — Jf. den appellerede doms præmis 35.

41 — Det er fast retspraksis, at en retsakt kun er behæftet med magtfordrejning, såfremt det på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier fremgår, at den må antages at være truffet udelukkende eller dog i det mindste overvejende for at forfølge andre formål end dem, der er angivet af den sagsøgte institution, eller for at omgå en fremgangsmåde, der særligt er fastsat ved traktaten for at imødegå konkret foreliggende vanskeligheder. Jf. i denne retning bl.a. dom af 10.3.2003, sag C-342/03, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 1975, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis.

42 — GD for Konkurrence – Retningslinjer for god praksis i EU's fusionskontrolprocedurer.

43 — Ud over de krav, der er fastsat i henhold til artikel 8, stk.2, i forordning nr. 4064/89, har Kommissionen ikke nogen som helst beføjelse til at godkende købere.

43. Henset til den klart uformelle, ikke-bindende og midlertidige karakter af sådanne kontakter mellem Kommissionen og de anmeldende parter forud for en anmeldelse har de ikke til formål at erstatte anmeldelsesprocessen, men søger snarere at forbedre den. Sådanne uformelle kontakter er endvidere klart ikke af en sådan karakter, at de letter de parter, som er underlagt et krav om anmeldelse i artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89, for denne retlige forpligtelse, som alene påhviler dem.

44. Jeg er derfor af den opfattelse, at det andet appelanbringende skal forkastes som ugrundet.

C – *Det tredje anbringende: Retten har begået en retlig fejl ved ikke at drage de retlige konsekvenser af en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter på grund af en manglende begrundelse, tilsidesættelse af principperne om retssikkerhed, berettiget forventning og lighedsbehandling.*

1. Argumenter

45. Appellanten har med det tredje anbringende påberåbt sig, at Retten har begået en retlig fejl ved ikke at sanktionere den tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, som den anfægtede beslutning er behæftet med, ved at annullere beslutningen. Dette appelanbringende vedrører især den manglende begrundelse af Kommissionens kvalificering af det omhandlede retlige arrangement og spørgsmålet om, hvorvidt artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89 fandt anvendelse på en del af transaktionen. Appellanten er af den opfattelse, at Retten stadfæstede Kommissionens (indirekte og ubegrundede) holdning, hvorefter det retlige arrangement ikke var en fusion, der skulle anmeldes i henhold til forordning nr. 4064/89. Selv om den holdning har retlig betydning især for potentielle købere såsom appellanten, henvises der blot på undvigende måde til dette forhold i den anfægtede beslutnings punkt seks. I modsætning til situationen i dommen i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala [44] vedrørte den manglende begrundelse i den foreliggende sag Kommissionens kompetence og således forhold, som ikke er irrelevante eller af sekundær art. Kommissionen skulle have fastsat den dato, hvor transaktionen skulle have været anmeldt for at sikre, at forpligtelsen til at anmelde og udsætte transaktionen blev overholdt, og om nødvendigt pålægge sanktioner for tilsidesættelse af disse forpligtelser.

46. Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 231-233, hvorefter Kommissionen ikke havde kompetence i forhold til det retlige arrangement, idet det ikke var anmeldt, fordi det ikke udgjorde en fusion, er cirkulært i sin natur og kan ikke begrunde en fuldstændig mangel på begrundelse for, hvorfor transaktionen ikke udgjorde en fusion eller ikke var en del af den anmeldte fusion. Ved at godkende Kommissionens manglende begrundelse i forbindelse med anvendelsen af en undtagelse i henhold til forordning nr. 4064/89 tillod Retten i den appellerede doms præmis 233 en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og retssikkerhed. Den mulighed, som Lagardère fik til at benytte en undtagelse, gav denne virksomhed en mere fordelagtig stilling i forhold til salget af VUP, hvilket var i strid med princippet om ligebehandling. Kommissionens holdning var endvidere i strid med dens egen praksis og retningslinjer, som Kommissionen ikke kunne fravige uden at give en begrundelse, for ikke at tilsidesætte princippet om retssikkerhed og beskyttelse af berettigede forventninger.

47. Kommissionen er af den opfattelse, at dette appelanbringende er uvirksomt. Kommissionen og Lagardère finder, at appelanbringendet er ugrundet.

44 — Dom af 10.7.2008, sag C-413/06 P, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, Sml. I, s. 4951, præmis 167.

2. Bedømmelse

48. Det følger klart af fast retspraksis, at Kommissionen ved udøvelsen af sin fusionskontrolbeføjelse ikke tilsidesætter sin begrundelsespligt, hvis den ikke i sin beslutning giver en nøje begrundelse for vurderingen af en række aspekter af fusionen, som den finder er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller af klart sekundær betydning for vurderingen af fusionen. Et sådant krav ville være svært at forene med behovet for hurtighed og de korte tidsfrister, som Kommissionen er forpligtet til overholde, når den udøver sin beføjelse til at undersøge fusioner, og som er del af de særlige omstændigheder for kontrol med disse fusioner [45].

49. Det følger heraf, at når Kommissionen erklærer en fusion forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, er begrundelseskravet opfyldt, hvis der i beslutningen klart redegøres for grundene til, at Kommissionen fandt, at den omhandlede fusion – eventuelt efter de berørte virksomheders ændringer – ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf [46].

50. Skønt det i denne forbindelse er korrekt, at Kommissionen ikke er forpligtet til i begrundelsen for beslutninger, den har vedtaget i henhold til forordning nr. 4064/89, at tage stilling til alle forhold og argumenter, som er fremlagt for den, herunder forhold, som klart er af underordnet betydning for den krævede vurdering, forholder det sig ikke desto mindre således, at Kommissionen skal redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende for beslutningen. Begrundelsen skal endvidere være logisk og må ikke indeholde selvmodsigelser [47].

51. Det er i lyset af disse principper, at appellantens kritikpunkter inden for rammerne af det tredje appelanbringende skal undersøges.

52. I den appellerede doms præmis 231-233 fastslog Retten, at da det retlige arrangement ikke i sig selv udgjorde en fusion, var der ingen forpligtelse i henhold til artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 [48] til at anmelde dette. Som følge af, at det retlige arrangement ikke var den fusion, der blev undersøgt i den anfægtede beslutning, fandt Retten ikke, at Kommissionen i den anfægtede beslutning var forpligtet til at give en begrundelse for dens kvalificering af det retlige arrangement i henhold til artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89 [49].

53. Det fremgår klart af det ovenstående, at Retten fandt, at eftersom det retlige arrangement ikke i sig selv udgjorde en fusion, var dets kvalificering af underordnet betydning i forbindelse med den anmeldte fusion, og at Kommissionen således ikke i den anfægtede beslutning var forpligtet til at give en begrundelse for sin kvalificering af det retlige arrangement i henhold til artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89. Jeg er af den opfattelse, at denne tilgang er korrekt. Jeg er endvidere af den opfattelse, at i modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende, er denne begrundelse ikke af cirkulær karakter. Denne begrundelse er derimod i overensstemmelse med både ordlyden af og formålet med forordning nr. 4064/89, idet Kommissionen i henhold til forordning nr. 4064/89 kun har kompetence til at vurdere transaktioner, som er underlagt et krav om anmeldelse til Kommissionen, og således i tilfælde, hvor de anses for at have en fællesskabsdimension.

45 — Dommen i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 167.

46 — Dommen i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 168.

47 — Dommen i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 169.

48 — Som jeg har nævnt i min besvarelse af det første appelanbringende, er det min opfattelse, at Retten med rette fastslog, at det retlige arrangement ikke i sig selv udgjorde en fusion og således ikke var underlagt kravet om anmeldelse i henhold til forordning nr. 4064/89.

49 — Kommissionen beskrev i den anfægtede beslutnings punkt fem til otte den anmeldte fusion som Lagardères erhvervelse af fuld kontrol som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89 med VUP's forlagsinteresser i Europa og Latin Amerika (eksklusiv Brasilien).

54. Idet spørgsmålet om, hvorvidt det retlige arrangement falder inden for anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89, ydermere ikke i denne sag er et forhold, som ville kunne påvirke vurderingen af den anmeldte fusions art eller vurderingen af dens påvirkning af konkurrencen i henhold til forordningen [50], og derfor således ikke er af betydning for spørgsmålet om, hvorvidt den anmeldte fusion skabte eller styrkede en dominerende stilling, som sandsynligvis ville have en væsentlig indvirkning på fællesmarkedet, er jeg af den opfattelse, at Retten ikke begik en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen i den anfægtede beslutning havde givet en tilstrækkelig begrundelse i den henseende.

55. For så vidt angår appellantens påstand om, at der i den appellerede dom anvendes modstridende begrundelser, idet Retten i den appellerede doms præmis 142 baserer sine argumenter på ordlyden af artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89 samtidig med, at den forkaster anvendelsen af denne bestemmelse, er det min opfattelse, at Rettens konstatering af, at en transaktion er i overensstemmelse med visse af betingelserne i artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89, ikke er til hinder for at konkludere, at kontrol med målaktiverne ikke blev erhvervet i henhold til denne forordnings artikel 3, stk. 3. Det er min opfattelse, at Rettens begrundelse ikke er modstridende, idet overholdelse af visse af betingelserne i artikel 3, stk. 5, litra a), i forordning nr. 4064/89 er i fuld overensstemmelse med og faktisk kan støtte en konklusion, hvorefter der ikke er blevet erhvervet kontrol i henhold til artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

56. Henset til det ovenstående er det min opfattelse, at appellantens anbringende om tilsidesættelse af principperne om ligebehandling, retssikkerhed og berettiget forventning bør afvises, idet det klart afhænger af, at det fastslås, at der ikke foreligger en tilstrækkelig begrundelse.

57. Jeg finder derfor, at det tredje appelanbringende bør forkastes som ugrundet.

D – *Det fjerde anbringende: fejlvurdering af styrkelse af en dominerende stilling og tilsagnenes hensigtsmæssighed*

1. Argumenter

58. Med det fjerde og sidste appelanbringende, som er opdelt i to led, har appellanten gjort gældende, at Retten begik retlige fejl og åbenbare bedømmelsesfejl, for det første ved ikke at benytte de relevante retlige kriterier ved vurderingen af, om en dominerende stilling blev skabt eller styrket, og for det andet med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt tilsagnene var hensigtsmæssige i lyset af kriterierne om at genoprette og udvikle en effektiv konkurrence og Kommissionens udtalelser om portefølje og konglomeratvirkninger.

59. For det første har appellanten gjort gældende, at det er ubestridt, at spørgsmålet om, hvorvidt en virksomhed har en dominerende stilling, afhænger af den grad af konkurrencepres, som den udsættes for [51]. Retten begik således en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 286 at fastslå, at appellantens argument om opdelingen af Editis var uvirksomt, idet det ikke vedrørte spørgsmålet om styrkelse eller skabelse af en dominerende stilling. Fejlen er især åbenbar, idet Kommissionen i den anfægtede beslutning fastslog, at den konkurrencemæssige balance på de forskellige relevante markeder var baseret på et ikke-dominerende duopol. Under sådanne omstændigheder er det rivaliteten mellem to konkurrenter af ens størrelse og styrke, der udgør konkurrencens motor. Retten kunne derfor ikke principielt udelukke, at svækkelsen af en af de to konkurrenter ved selskabets opdeling ikke også ville medføre skabelsen af en dominerende stilling. Retten indrømmede endvidere

50 — Jf. punkt 21 ovenfor.

51 — Jf. især dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 65, og af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 38.

ved at fastslå i den appellerede doms præmis 293 og 294, at køberens identitet i væsentlig grad påvirkede effektiviteten af det salg af aktiver, som Lagardère havde givet tilsagn om, og at den løsning, som Lagardère foreslog, ikke ab initio fjernede enhver tvivl om denne løsnings effektivitet, som krævet i Kommissionens meddelelse om løsninger, der er acceptable i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 og Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 [52].

60. For det andet har appellanten hævdet, at den effektive konkurrence i fællesmarkedet ikke blot skal vedligeholdes i overensstemmelse med 13. betragtning i præamblen til forordning nr. 4064/89, men som følge af anvendelsen af ordet »udvikle« i denne betragtning bør forøges efter fusionen. Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 342 at fastslå, at det var tilstrækkeligt, hvis konkurrenceniveauet blev »vedligeholdt eller udviklet«.

61. Retten har også begået en åbenbar fejl i dens bedømmelse, idet der i modsætning til dens konstatering i den appelleredes doms præmis 342 og 343 intet er, som garanterer, at en operatør har økonomiske incitamenter [53] til at udvikle eller vedligeholde effektiv konkurrence som en aktuel eller potentiel konkurrent. Appellanten er af den opfattelse, at forskellen mellem den appellerede dom og dommen i sagen Petrolessence og SG2R mod Kommissionen [54] er slående, idet Kommissionen i sidstnævnte sag nægtede at godkende en potentiel køber, da han ikke var aktiv i den omhandlede sektor. I denne sag kræves det ikke af ordlyden af tilsagnene i den anfægtede beslutning, at køberen af målaktiverne er en faktisk eller potential konkurrent, men Retten har også anlagt en snæver fortolkning af køberens kapacitet til at opretholde konkurrencen ved i den appellerede doms præmis 345 at acceptere, at køberen kan være en operatør uden nogen erfaring fra det pågældende marked.

62. I overensstemmelse med dommen i sagen Petrolessence og SG2R mod Kommissionen [55] ville en vurdering af køberens evne til at garantere en effektiv og varig konkurrence kræve, at kandidater, som ikke har nogen erfaring med det pågældende marked, blev afvist. I modsætning til konstateringerne i den appellerede doms præmis 345 er der endvidere intet i tilsagnene, der kræver, at køberen bibeholder målaktivernes eksisterende ledere. En køber, som allerede er til stede i industrien, er af meget større interesse end en køber i den finansielle sektor, idet førstnævnte pr. definition har et erfarent medarbejderhold, der er i stand til at vedligeholde og udvikle den afhændede aktivitets konkurrenceevne. Appellanten er endvidere af den opfattelse, at Retten i den appellerede doms præmis 347 ukorrekt afviste appellantens argument om en forhåndskøber. Ifølge appellanten betød afviklingen af Editis, at sidstnævntes distributionscenter tabte en salgsvolumen svarende til Lagardères fire forlag. Køberens identitet var væsentlig for tilsagnenes effektivitet for at sikre, at køberen kunne forsyne distributionscenteret med en lignende volumen. Appellanten er derfor af den opfattelse, at tilsagnene er uvirksomme uden en forhåndskøber, og ved at acceptere en køber fra finanssektoren blev Editis svækket strukturelt.

63. Appellanten har gjort gældende, at Retten i den appellerede dom fandt, at den anfægtede beslutning korrekt havde analyseret virkningerne knyttet til porteføljе og konglomeratvirkningerne, men at Retten ikke kontrollerede, om de tilsagn, Lagardère afgav, var hensigtsmæssige. Retten godkendte dermed en fragmenteret tilgang, som blot vurderede overlapning på et marked til marked-princip uden på omfattende måde at tage hensyn til virkningerne af transaktionen på alle de relevante markeder, som Domstolen gjorde i dommen i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala [56].

64. Kommissionen og Lagardère finder, at dette appelanbringende er ugrundet.

52 — EFT 2001 C 68, s. 3 (herefter »Kommissionens meddelelse om løsninger«), punkt 7.

53 — Nogle gange henvist til som en køber i finanssektoren.

54 — Dom af 3.4.2003, sag T-342/00, Petrolessence og SG2R mod Kommissionen, Sml. II, s. 1161.

55 — Nævnt ovenfor i fodnote 54.

56 — Nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 125.

2. Bedømmelse

65. Dette appelanbringende vedrører Rettens kontrol af de tilsagn, som Kommissionen godkendte i den anfægtede beslutning.

66. For så vidt angår dette appelanbringendes første led [57] er det min opfattelse, at Retten korrekt i den appellerede doms præmis 284 konstaterede, at en fusion kun kan erklæres uforenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, når den skaber eller styrker en dominerende stilling, som i væsentlig grad hæmmer konkurrencen i fællesmarkedet [58]. De tilsagn, som de pågældende virksomheder foreslog Kommissionen i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, udgør, såfremt Kommissionen accepterer dem, grundlaget for beslutningen i henhold til denne artikel [59]. Det er min opfattelse, at når Kommissionen er blevet foreslået tilsagn, kan den overordnede vurdering af, hvorvidt fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling, ikke adskilles fra undersøgelsen af tilsagnene [60]. Når Kommissionen således har godkendt tilsagn, udgør de en integreret del af fusionen og dermed af Kommissionens overordnede og endelige vurdering af fusionen. Spørgsmålet om dominans og dermed de foreslåede tilsagn skal endvidere altid vurderes i forhold til definerede relevante markeder. Det er min opfattelse, at en anden konklusion ville fjerne den nødvendige stringens fra vurderingen af fusioner. Selv om spørgsmålet om, hvorvidt en virksomhed har en dominerende stilling, uanset om det er i henhold til artikel 102 TEUF eller forordning nr. 4064/89, utvivlsomt afhænger af den grad af konkurrencepres, som virksomheden udsættes for, bør den vurdering således altid gennemføres inden for rammerne af definerede relevante markeder.

67. Jeg er derfor af den opfattelse, at Retten med rette fandt, at Kommissionen ikke kan erklære en fusion for uforenelig alene på det grundlag, at den har ændret de pågældende parters udgangsposition på de relevante markeder [61]. Det fremgår tillige klart af en nøje gennemlæsning af den appellerede doms præmis 285 og 286, at Retten, i modsætning til det af appellanten anførte, ikke fandt, at afhændelsen af målaktiverne, der udgjorde 60% af VUP's globale omsætning, og Lagardères bibeholdelse af resten var uvedkommende for vurderingen af, om der skete en skabelse eller en styrkelse af en dominerende stilling, som i betydelig grad ville kunne hæmme den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet. Retten anførte blot, at afviklingen af Editis ikke var et kriterium, der i sig selv var tilstrækkeligt til at fastslå den nødvendige konkurrencehæmmende virkning. Retten tilføjede også med rette i den appellerede doms præmis 288, at tallene for de to enheders globale omsætning ikke kan give relevante indikationer, idet vurderingen af dominans skal ske inden for rammerne af definerede markeder. Retten har, i modsætning til det af appellanten anførte, principielt ikke udelukket, at en svækkelse af en af de to konkurrenter ved dennes opdeling kunne føre til skabelsen af en dominerende stilling. Det skal også tilføjes, som Lagardère har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, at Retten i den appellerede doms præmis 290 fandt, at det ikke var blevet godtgjort, at Editis var blevet afviklet, eftersom tilsagnene krævede afhændelse af næsten alle målaktiverne.

57 — Appellanten havde for Retten nedlagt påstand om, at Kommissionen ikke havde analyseret konsekvenserne af opdelingen af VUP i to ulige enheder, idet erhvervelsen af målaktiverne var underlagt en forpligtelse til at afhænde 60% af disse aktiver. Jf. den appellerede doms præmis 276.

58 — Jf. også artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

59 — Jf. artikel 18, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1.3.1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til Rådets forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 61, s 1).

60 — Jf. i denne forbindelse punkt 6 i Kommissionens meddelelse (nævnt ovenfor i fodnote 52): »Det er Kommissionens ansvar at påvise, at en fusion skaber eller styrker markedsstrukturer, som i betydelig grad vil kunne hæmme den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet. Det er parternes ansvar at påvise, at når først de foreslåede løsninger er gennemført, udelukker de muligheden for, at der skabes eller styrkes en sådan dominerende stilling, som er påvist af Kommissionen. Til det formål skal parterne i overensstemmelse med deres forpligtelser efter fusionsforordningen på overbevisende måde dokumentere over for Kommissionen, at løsningen genskaber betingelserne for en vedvarende effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet.«

61 — Jf. den appellerede doms præmis 285.

68. For så vidt angår appellantens kritik af Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 293 og 294 er det min opfattelse, at anvendelsen af ordene »under alle omstændigheder« [62] i starten af den appellerede doms præmis 293, sammenholdt med indholdet i præmis 293 og 294 – hvori Retten konstaterer, at den inden for rammerne af den sag, som den var blevet forelagt, ikke var blevet forelagt tilstrækkeligt bevis til konkret at vurdere virkningerne på konkurrencen af afviklingen af Editis – viser, at de alene var inkluderet for fuldstændighedens skyld.

69. Retten konstaterede, at appellanten ikke kunne anfægte Kommissionens manglende vurdering af konsekvenserne af Editis' opdeling på dens evne til at udøve et konkurrencepres svarende til det, som fandtes før fusionen, idet det afhænger af evnerne hos køberen af de aktiver, der sælges, til at vedligeholde eller udvikle effektiv konkurrence, som krævet i henhold til tilsagnene. Retten fastslog, at den ikke vurderede dette spørgsmål i forbindelse med den foreliggende sag, idet den ikke var blevet givet de oplysninger, der er nødvendige for at vurdere, hvilke ressourcer det ville kræve at konkurrere effektivt med Lagardère. Det skal bemærkes, at appellanten inden for rammerne af denne procedure ikke har bestridt Rettens konstatering, hvorefter den ikke havde fået tilstrækkelige beviser.

70. Det er fast retspraksis, at anbringender vedrørende for så vidt overflødige præmisser i en dom fra Retten uden videre skal forkastes, da de ikke kan føre til dommens ophævelse [63].

71. Det skal for fuldstændighedens skyld tilføjes, at det forhold, at Retten i den appellerede doms præmis 294 bemærkede, at køberens identitet i væsentlig grad ville påvirke effektiviteten af salget af de aktiver, der skulle afhændes, ikke udgør en indrømmelse fra Retten om, at den løsning, som Lagardère foreslog, ikke *ab initio* fjernede enhver tvivl om denne løsnings effektivitet, som krævet i punkt syv i Kommissionens meddelelse om løsninger [64]. Hvor punkt syv i denne meddelelse kræver, at parterne i en fusion fra begyndelsen fjerner enhver usikkerhed omkring faktorer, som kunne få Kommissionen til at forkaste den foreslåede løsning, skal tilsagn efter min opfattelse ikke nødvendigvis gennemføres forud for en beslutning om godkendelse. Det fremgår nemlig klart af denne meddelelses punkt fem, at selv om »ændringer kan tilbydes og gennemføres forud for en godkendelsesbeslutning«, »er [det] mere almindeligt, at parterne afgiver tilsagn med henblik på at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet inden for et nærmere fastsat tidsrum efter godkendelsen«.

72. I overensstemmelse med denne meddelelses punkt 19, som vedrører afhændelse, er Kommissionens betingelse for at give en godkendelse, at en levedygtig virksomhed vil blive overført til en passende køber inden for en specifik frist. I tilfælde af afhændelse er køberens egnethed og identitet derfor altid relevant. Det er dog efter min opfattelse tilstrækkeligt i sådanne sager om afhændelse, at beslutningen om godkendelse af fusionen er betinget af visse tilsagn, som bl.a. specificerer passende kriterier for udvælgelse af en passende køber af de omhandlede aktiver inden for en rimelig frist. Kommissionen kræver dog en forhåndskøber [65], hvis kun en del [66] af en virksomhed sælges [67]. Idet Retten i den foreliggende sag i den appellerede doms præmis 290 fandt, at Lagardère måtte acceptere at afhænde næsten alle målaktiverne og dermed 80% af aktiverne på franskprogede markeder, er det tydeligt, at sådanne aktiver i sig selv ville udgøre en levedygtig virksomhed [68]. Det er derfor min opfattelse, at et krav om en forhåndskøber af disse aktiver ville være uforholdsmæssigt.

62 — »En tout état de cause« på fransk.

63 — Jf. dom af 24.10.2002, sag C-82/01 P, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. I, s. 9297, præmis 41, og af 2.4.2009, sag C-431/07 P, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2665, præmis 148 og den deri nævnte retspraksis.

64 — Nævnt ovenfor i fodnote 52.

65 — Således en køber, som bl.a. er blevet godkendt af Kommissionen, før anmeldelsen af transaktionen er fuldendt.

66 — Salget af sådan en del kan fra et konkurrencemæssigt synspunkt kun være levedygtigt, henset til den specifikt identificerede købers identitet, snarere end en, der er defineret abstrakt.

67 — Jf. punkt 20 i Kommissionens meddelelse om løsninger (nævnt ovenfor i fodnote 52). »Der er tilfælde, hvor afhændelsespakkens levedygtighed – *i betragtning af de aktiver, der indgår i aktivitetsområdet* – i høj grad afhænger af køberens identitet. Under sådanne omstændigheder vil Kommissionen ikke godkende fusionen, medmindre parterne afgiver tilsagn om ikke at afslutte den anmeldte transaktion, før de har indgået en bindende aftale med en køber til den afhændede aktivitet (kaldet forhåndskøberen), som Kommissionen har godkendt« (min fremhævelse).

68 — Jf. også den appellerede doms præmis 291.

73. Det fjerde appelanbringendes første led bør derfor efter min opfattelse forkastes som ugrundet.

74. For så vidt angår argumentet om, at Retten begik en retlig fejl ved ikke at tage hensyn til behovet for at vedligeholde og udvikle effektiv konkurrence, skal det gentages, at det er tilstrækkeligt i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, at den anmeldte fusion, som ændret i henhold til tilsagn foreslået af de pågældende virksomheder, ikke skaber eller styrker en dominerende stilling. Kommissionen og Lagardère har korrekt påpeget i deres skriftlige indlæg, at tilsagnene, som de pågældende virksomheder foreslår Kommissionen i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, ikke skal forbedre den konkurrencesituation, der forelå før fusionen. Et andet resultat ville efter min opfattelse være i strid med proportionalitetsprincippet [69]. Som Kommissionen endvidere med rette anfører i sine skriftlige indlæg, kan denne ikke benytte proceduren for fusionskontrol og især vurderingen af tilsagn foreslået af virksomhederne som et middel til eller en mulighed for at »skabe markeder eller foretage økonomisk planlægning«.

75. Det skal i den forbindelse også nævnes, at der ikke kun henvises til »behovet for at vedligeholde og udvikle faktisk konkurrence« i 13. betragtning i præamblen til forordning nr. 4064/89, som appellanten har anført, men også i artikel 2, stk. 1, litra a), i forordning nr. 4064/89. Det er min opfattelse, at anvendelsen af denne ordlyd i artikel 2, stk. 1, litra a), i forordning nr. 4064/89 understreger behovet for, at Kommissionen analyserer markederne på en dynamisk fremadrettet vis. Dette fremgår især af henvisningen til potentiel konkurrence i denne bestemmelse. Disse bestemmelser kan dog ikke anvendes uden for deres sammenhæng og på en måde, som klart vil ændre både deres mening og den klare ordlyd af andre bestemmelser i forordning nr. 4064/89 såsom artikel 8, stk. 2 og 3.

76. Appellanten har gjort gældende, at Retten har begået en åbenbar retlig fejl ved dens vurdering af en køber i finanssektorens kapacitet til at udgøre en aktuel eller potentiel konkurrent [70]. Appellanten er af den opfattelse, at i lyset af dommen i sagen Petrolessence og SG2R mod Kommissionen [71] skal kandidater uden erfaring i det omhandlede marked afvises.

77. Det er min opfattelse, at Retten ikke begik en retlig fejl ved at fastslå, at en køber i finanssektoren kan være en potentiel konkurrent, hvis køberen har reel kapacitet til at vedligeholde eller bevare en effektiv konkurrence på det omhandlede marked, selv om denne ikke har nogen erfaring på dette marked. Retten har med rette tilføjet, at en køber i finanssektoren kan støtte sig på sin erfaring fra andre markeder [72] eller under alle omstændigheder, såfremt denne ønsker dette, kan bibeholde den afhændede enheds eksisterende og dermed erfarne ledelse [73].

78. Enhver fusion og levedygtigheden af eventuelle dertil knyttede tilsagn skal efter min opfattelse vurderes konkret. Det forhold, at en bestemt køber af givne afhændede aktiver ikke var acceptabel i dommen i sagen Petrolessence og SG2R mod Kommissionen, kan på ingen måde påvirke udfaldet af fusionen i det foreliggende tilfælde. Det bør endvidere understreges, at der er enorme forskelle mellem de faktiske forhold i denne sag og den sag, der gav anledning til dommen i sagen Pertrolessence og SG2R mod Kommissionen, herunder især det forhold, at køberen i sidstnævnte sag ønskede at købe en meget lille andel af de aktiver, der skulle afhændes.

69 — I dommen i sagen Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 7), fastslog Retten efter min opfattelse korrekt, at »parternes tilsagn for at kunne blive accepteret af Kommissionen i forhold til vedtagelsen af en beslutning i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 ikke blot [skal] være proportionale med det af Kommissionen i sin beslutning identificerede konkurrenceproblem, men skal løse dette endeligt« (jf. præmis 307).

70 — Jf. punkt 49 i Kommissionens meddelelse om løsninger (nævnt ovenfor i fodnote 52).

71 — Jf. præmis 65 (nævnt ovenfor i fodnote 54).

72 — Jf. den appellerede doms præmis 344.

73 — Jf. den appellerede doms præmis 345.

79. For så vidt angår appellantens argument vedrørende Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 347 om spørgsmålet om en forhåndskøber henviser jeg til min begrundelse i punkt 72 ovenfor vedrørende anvendelsen af bl.a. punkt 19 og 20 i Kommissionens meddelelse om løsninger[74]. Det er endvidere min opfattelse, at appellantens argument om en strukturel svækkelse af Editis, som Retten i den appellerede doms præmis 290 fastslog ikke var blevet godtgjort, udgør en anfægtelse af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, som ikke bør antages til realitetsbehandling i mangel af et klagepunkt om urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder.

80. Vedrørende spørgsmålet om portefølje og konglomeratvirkninger er det også min opfattelse, at appellanten reelt anfægter Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, og at appellantens argument derfor ikke kan antages til realitetsbehandling i mangel af et klagepunkt om urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder. Jeg er under alle omstændigheder af den opfattelse, at Retten ikke anlagde en fragmenteret tilgang til forholdet baseret alene på overlappende markeder[75]. Retten fandt i den appellerede doms præmis 314, at Kommissionen ikke havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at vurdere, at der ikke ville opstå konglomeratvirkninger af den identificerede fusion, henset til den begrænsede mængde af aktiver, som blev beholdt, og som ville blive tilføjet Lagardères konglomeratressourcer. Retten vurderede i den appellerede doms præmis 315 Kommissionens konklusioner i punkt 996 ff. i den anfægtede beslutning om fusionens vertikale virkninger og konglomeratvirkninger og stadfæstede Kommissionens generelle konklusion i punkt 996, hvorefter salget af 60%-70% af VUP's omsætning på franskprogede markeder ville eliminere bl.a. hovedparten af transaktionens vertikale virkninger og konglomeratvirkninger som følge af den fusionerede enheds samlede vægt i den franske forlagsbranche. I den appellerede doms præmis 316 fandt Retten, at fjernelsen af næsten alle horisontale overlapninger mellem Lagardères og Editis aktiviteter på franskprogede markeder, der blev berørt, også ville have den naturlige konsekvens at fjerne stordriftsfordele og ophobning af varemærker hos den enhed, der opstod efter den godkendte fusion.

81. Det fjerde appelanbringendes andet led skal derfor efter min opfattelse forkastes som ugrundet.

IV – Sagens omkostninger

82. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af samme reglements artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen og Lagardère har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da appellanten har tabt sagen, bør det pålægges sidstnævnte at betale sagens omkostninger.

V – Forslag til afgørelse

83. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

»1) Appellen forkastes.

2) Éditions Odile Jacob SAS bærer sine egne omkostninger og betaler Europa-Kommissionens og Lagardère SCA's omkostninger.«

74 — Nævnt ovenfor i fodnote 52.

75 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 310 om spørgsmålet om overlappende markeder.