FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

fremsat den 26. april 2007 [1]

I — Indledning

1. Denne sag giver anledning til at præcisere afgrænsningen af henholdsvis Fællesskabets og medlemsstaternes kompetence i forbindelse med fusionskontrol [2]. Det drejer sig om at afklare, hvilket tidspunkt i en konkret fusion er afgørende for at fastslå, hvem der er den kompetente konkurrencemyndighed. Derudover skal det undersøges, hvorvidt denne myndighed som følge af senere indtrædende begivenheder igen kan miste sin kompetence. Både for de berørte erhvervsvirksomheder og for de konkurrencemyndigheder i medlemsstaterne og Fællesskabet, som er ansvarlige for fusionskontrollen, er disse spørgsmål af største betydning i praksis.

2. Baggrunden for denne sag er en fusionskontrolprocedure vedrørende markederne for byggematerialer til vægkonstruktion som f.eks. kalksandsten i Nederlandene. I 1999 erhvervede virksomhederne Cementbouw [3] og Haniel [4] fælles kontrol over virksomheden CVK [5] samt dennes medlemsvirksomheder. Med henblik herpå blev der indgået to grupper af transaktioner, hvilket Kommissionen anså for at være *en enkelt fusion*. Kommissionens kompetence til at undersøge dette tilfælde kunne også kun bekræftes, fordi disse to grupper af transaktioner blev betragtet som en enhed og tilsammen lå over de relevante omsætningstærskler.

3. Under fusionskontrolproceduren opdagede Kommissionen konkurrenceproblemer. For at løse dem tilbød Haniel og Cementbouw i et første udkast dog kun tilsagn, som

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Ved fusionskontrol forstås sædvanligvis kontrol med fusioner, uanset om det drejer sig om fusioner i ordets egentlige forstand eller om andre former for virksomhedssammenslutninger.

3 — Cementbouw Handel & Industrie BV (herefter »Cementbouw«) driver virksomhed i Nederlandene på markedet for byggematerialer og mere generelt inden for byggeri, logistik og råvarehandel.

4 — Det tyske selskab Franz Haniel & Cie GmbH (herefter »Haniel«) er aktivt i sektoren for byggematerialer.

5 — Coöperatieve Verkoop- en Produktievereniging van Kalkzandsteenproducenten.

gik ud på at give afkald på den *anden gruppe transaktioner*. Kommissionen afviste disse tilsagn under henvisning til, at de ikke var egnede til at løse konkurrenceproblemerne, og godkendte først fusionen, da der blev givet videregående tilsagn, som omfattede et afkald på den *første gruppe transaktioner*.

4. For Retten har Cementbouw nu gjort gældende, at Kommissionen slet ikke måtte have ladet disse videregående tilsagn danne grundlag for sin afgørelse. Allerede det oprindeligt tilbudte afkald fra virksomhederne på den anden gruppe transaktioner ville nemlig ifølge Cementbouw have medført, at en afgørende del af fusionen ville være faldet bort, og at Kommissionen samlet set ville have mistet sin kompetence i denne sag på grund af, at omsætningstærsklerne ikke blev nået.

II — Retsforskrifter

5. Dette tilfælde falder under anvendelsesområdet for Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser [6] (herefter »fusionsforordningen«), som ændret ved forordning (EF) nr. 1310/97 [7].

6. Fusionsforordningens *materielle anvendelsesområde* sammenfattes i dens artikel 1, stk. 1:

»Denne forordning finder anvendelse på alle fusioner af fællesskabsdimension [...]«

Supplerende fastslås det i forordningens artikel 22, stk. 1, første led:

»Kun denne forordning finder anvendelse på fusioner efter artikel 3, [...]«

6 — EFT L 395, s. 1, berigtiget i EFT 1990 L 257, s. 13.

7 — Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30.6.1997 om ændring af forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 180, s. 1, berigtiget i EFT 1998 L 40, s. 17).

7. Fusionsforordningens artikel 3 indeholder en definition på begrebet *fusion*, som har følgende ordlyd (i uddrag):

»1. En fusion opstår,

a) når to eller flere hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed, eller,

b) når

— en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, eller

— en eller flere virksomheder

ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.

[...]«

8. Hvorvidt en fusion er *af fællesskabsdimension,* afhænger af, om de deltagende virksomheders samlede omsætning på verdensplan og på fællesskabsplan overskrider bestemte tærskelværdier, som er fastlagt i fusionsforordningens artikel 1, stk. 2 og 3. Artikel 1, stk. 2, som er relevant i denne sag, har følgende ordlyd:

»Med henblik på denne forordning er en fusion af fællesskabsdimension, når

a) alle deltagende virksomheders samlede omsætning på verdensplan tilsammen overstiger 5 mia. ECU, og

b) mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning i Fællesskabet hver især overstiger 250 mio. ECU,

medmindre hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat.«

9. Fusioner af fællesskabsdimension er underlagt et forbud mod gennemførelse og skal anmeldes til Kommissionen (fusionsforordningens artikel 4 og 7). Kommissionen vurderer dem med henblik på at fastslå, om de er forenelige med det fælles marked (forordningens artikel 2). Om en fusion godkendes eller forbydes afhænger af, hvorvidt den skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf hæmmes betydeligt (fusionsforordningens artikel 2, stk. 2 og 3).

10. Et forbud forudsætter altid, at der har fundet en formel fusionskontrolprocedure sted [den såkaldte anden fase; jf. fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), og artikel 8, stk. 3]. Også forud for en godkendelse kan — som det fremgår af den foreliggende sag — en sådan formel procedure finde sted [8]. Med henblik på at løse eventuelle konkurrenceproblemer kan der til beslutningen knyttes betingelser og påbud. Til det formål tilkender fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, Kommissionen følgende beslutningsbeføjelser:

»Finder Kommissionen, at en anmeldt fusion, eventuelt efter at de deltagende virksomheder har foretaget ændringer, opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 2, [...] vedtager den en beslutning, hvorved den erklærer fusionen for forenelig med fællesmarkedet.

Kommissionen kan til sin beslutning knytte betingelser og påbud for at sikre, at de deltagende virksomheder indfrier de tilsagn, de har afgivet over for Kommissionen med hensyn til at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet. [...]« [9].

8 — Giver en fusion, således som det i praksis ofte er tilfældet, overhovedet ingen anledning til alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, sker godkendelsen, *uden* at der indledes en formel fusionskontrolprocedure efter en simpel forundersøgelse (den såkaldte første fase). I henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i fusionsforordningen *beslutter* Kommissionen i sådanne tilfælde *ikke at modsætte sig fusionen* og erklærer den forenelig med fællesmarkedet.

9 — Også til en beslutning om forenelighed truffet under forundersøgelsesproceduren kan der knyttes betingelser og påbud for at sikre, at eventuelle konkurrenceproblemer løses (fusionsforordningens artikel 6, stk. 2, som ændret ved forordning nr. 1310/97).

11. I fusionsforordningens artikel 21, stk. 1 og 2, afgrænses beføjelserne for så vidt angår kontrollen af fusioner som følger:

»1. Med forbehold af Domstolens prøvelsesret har alene Kommissionen beføjelse til at vedtage de i denne forordning omhandlede beslutninger.

2. Medlemsstaterne anvender ikke deres nationale konkurrencelovgivning på fusioner af fællesskabsdimension.

[...]«

12. Derudover fastslår betragtning 29 til fusionsforordningen:

»[D]e fusioner, der ikke er omfattet af denne forordning, henhører i princippet under medlemsstaternes kompetence [...]«

13. I 2004 blev fusionsforordningen ændret på væsentlige punkter. Den *nye* EF-fusionsforordning [10] anvendes imidlertid i henhold til dens artikel 26, stk. 1, først fra den 1. maj 2004, og den er derfor ikke relevant for den foreliggende sag; i henhold til dens artikel 26, stk. 2, finder den gamle retsakt fortsat anvendelse på sager som den foreliggende.

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

A — *Faktiske omstændigheder*

14. På grundlag af, hvad Retten har fastslået [11], kan de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag sammenfattes som følger.

15. Virksomheden CVK har eksisteret siden 1947 og fungerede i begyndelsen som fælles salgsorganisation for sine medlemsvirksomheder, de nederlandske producenter af kalksandsten. I 1989 blev CVK omdannet til et kooperativ i henhold til nederlandsk ret med henblik på at forbedre samarbejdet mellem sine medlemmer.

10 — Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20.1.2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EUT L 24, s. 1, herefter også »forordning nr. 139/2004«).

11 — Jf. især præmis 4-8 i Rettens dom af 23.2.2006, sag T-282/02, Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen, Sml. II, s. 319.

16. Inden fusionen, som er årsagen til den foreliggende retssag, blev gennemført, var fem af CVK's elleve medlemsvirksomheder datterselskaber af Haniel, tre var datterselskaber af Cementbouw, to var datterselskaber af RAG [12], og en virksomhed var kontrolleret i fællesskab af Haniel, Cementbouw og RAG.

17. I 1998 modtog den nederlandske konkurrencemyndighed, »NMa« [13], anmeldelse af et forehavende, ifølge hvilken CVK skulle overtage kontrollen med sine medlemsvirksomheder. Overdragelsen af kontrollen skulle finde sted gennem indgåelse af en poolingaftale samt en ændring af CVK's vedtægter. Ved beslutning af 20. oktober 1998 gav NMa tilladelse til det omhandlede forehavende.

18. Inden dette forehavende blev gennemført, havde RAG dog besluttet at sælge sine andele i CVK-medlemsvirksomhederne til Haniel og Cementbouw. I marts 1999 informerede parterne NMa om deres hensigter. NMa meddelte ved skrivelse af 26. marts 1999 parterne, at den påtænkte afhændelse ikke ville udgøre en fusion i henhold til den relevante nederlandske lovgivning [14], hvis det ved beslutningen af 20. oktober 1998 godkendte forehavende var blevet gennemført senest på tidspunktet for det ligeledes tilsigtede salg.

19. Den 9. august 1999 indgik de deltagende parter forskellige transaktioner, som kan sammenfattes i to grupper: For det første indgik CVK og dennes medlemsvirksomheder den ovennævnte poolingaftale [15]. CVK's vedtægter blev ligeledes ændret denne dag for at tage bestemmelserne i poolingaftalen i betragtning (»den første gruppe transaktioner«). For det andet solgte RAG — ligeledes den 9. august 1999 — sine andele i tre af CVK's medlemsvirksomheder til Haniel og til Cementbouw, der i øvrigt også indgik en samarbejdsaftale for så vidt angik deres samarbejde inden for CVK (»den anden gruppe transaktioner«).

B — *Proceduren ved Kommissionen, tilsagnene og den anfægtede beslutning*

20. Efter at have fået kendskab til transaktionerne af 9. august 1999 i forbindelse med

12 — RAG AG, Tyskland (tidligere: Ruhrkohle AG).

13 — Nederlandse Mededingingsautoriteit.

14 — Artikel 27 i lov af 22.5.1997 om nye bestemmelser vedrørende den økonomiske konkurrence (Wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging — Mededingingswet — Stb. 1997, nr. 242).

15 — Jf. punkt 17 i dette forslag til afgørelse.

en undersøgelse af to andre fusioner anmeldt af Haniel [16] meddelte Kommissionen ved skrivelse af 22. oktober 2001 Cementbouw og de øvrige deltagende virksomheder, at disse transaktioner skulle anmeldes til Kommissionen. Derpå anmeldte Haniel og Cementbouw den 24. januar 2002 transaktionerne til Kommissionen i medfør af fusionsforordningens artikel 4.

21. Den 25. februar 2002 indledte Kommissionen i medfør af fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), den formelle undersøgelsesprocedure, idet den anmeldte fusion ifølge Kommissionen gav anledning til alvorlig tvivl med hensyn til, om den var forenelig med fællesmarkedet og med EØS-aftalen [17].

22. Efter at Kommissionen havde meddelt parterne klagepunkterne og havde hørt parterne, fremlagde Haniel og Cementbouw den 28. maj 2002 et *udkast til tilsagn* med indrømmelser for så vidt angik den anden gruppe transaktioner. Udkastet gik i det væsentlige ud på, at Haniel og Cementbouw ville bringe deres samarbejdsaftale til ophør og afhænde de kapitalandele i CVK's medlemsvirksomheder, som de havde erhvervet fra RAG i 1999, til en uafhængig tredjemand. Derimod skulle både poolingaftalen og ændringen af CVK's vedtægter (den første gruppe transaktioner) opretholdes [18]. Efter Kommissionens opfattelse var dette udkast til tilsagn ikke tilstrækkeligt til at løse de konkurrenceproblemer, som den havde konstateret, og som ikke mindst hang sammen med poolingaftalen, dvs. med den første gruppe transaktioner.

23. Derpå afgav de to virksomheder den 5. juni 2002 deres *endelige tilsagn*, hvori de også forpligtede sig til at annullere poolingaftalen inden for en bestemt frist, at ophæve ændringen af CVK's vedtægter og at opløse CVK [19].

24. Den 26. juni 2002 vedtog Kommissionen med hjemmel i fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, den anfægtede beslutning [20], hvorved den erklærede den anmeldte fusion forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen, dog således, at denne godkendelse var betinget af, at Haniel og Cementbouw opfyldte de endelige tilsagn af 5. juni 2002 fuldt ud. Navnlig var godkendelsen af

16 — Sag COMP/M.2495 — Haniel/Fels og sag COMP/M.2568 — Haniel/Ytong.

17 — Aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, EFT 1994 L 1, s. 3.

18 — Præmis 295 i den appellerede dom og betragtning 127 til den anfægtede beslutning.

19 — Præmis 298 i den appellerede dom og betragtning 129 til den anfægtede beslutning.

20 — Kommissionens beslutning af 26.6.2002 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK))(meddelt under nr. K(2002) 2315), EUT 2003 L 282, s. 1, med berigtigelse i EUT 2003 L 285, s. 52.

fusionen også betinget af, *at CVK* i overensstemmelse med de endelige tilsagn afgivet af Haniel og Cementbouw skulle *opløses* inden for en bestemt frist.

C — *Retsforhandlinger*

25. Ved stævning af 11. september 2002 anlagde Cementbouw sag ved Retten i Første Instans med påstand om, at den omhandlede beslutning annulleres, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger. Kommissionen derimod nedlagde påstand om frifindelse og om, at Cementbouw tilpligtes at betale sagens omkostninger.

26. Retten i Første Instans opretholdt den anfægtede beslutning fuldt ud ved dom af 23. februar 2006 (herefter »den appellerede dom«) [21]. Den frifandt Kommissionen og tilpligtede Cementbouw at betale sagens omkostninger.

27. I appelskriftet, indgået til Domstolens Justitskontor den 4. maj 2006, har Cementbouw nu nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Sagen hjemvises i givet fald til Retten i Første Instans til fornyet afgørelse.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

28. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Cementbouw tilpligtes at betale sagens omkostninger.

29. Ved Domstolen blev der først indgivet skriftlige indlæg og derpå den 22. marts 2007 afholdt mundtlig forhandling i sagen.

IV — Stillingtagen

A — *Indledende bemærkninger*

30. Afgrænsning af henholdsvis Fællesskabets og medlemsstaternes kompetencer er på

21 — Sag T-282/02, dommen er nævnt ovenfor i fodnote 11.

ingen måde blot et »traktatretligt« spørgsmål, som det til stadighed diskuteres i forbindelse med primærretten, senest f.eks. i forbindelse med traktat om en forfatning for Europa [22]. Dette problem eksisterer i høj grad også i myndighedernes daglige arbejde på såvel fællesskabsniveau som nationalt niveau. Fusionskontrollen er et særligt anskueligt eksempel på dette.

31. I princippet er der i fusionsforordningen en klar afgrænsning af kompetencerne efter *princippet om dobbelt eksklusivitet*: Fusioner af fællesskabsdimension undersøges alene af Kommissionen i dennes egenskab af Fællesskabets konkurrencemyndighed, og det sker alene på grundlag af fusionsforordningen (jf. forordningens artikel 21, stk. 1 og 2, samt artikel 22, stk. 1, første led).

32. Den foreliggende sag har imidlertid tydeligt vist, at det i det enkelte tilfælde alligevel kan være omtvistet, hvilken konkurrencemyndighed i Fællesskabet der er kompetent til at undersøge og godkende en fusion.

22 — Underskrevet i Rom den 29.10.2004, EUT C 310, s. 1.

33. I den foreliggende sag bekræftede Kommissionen sin kompetence [23], fordi den kvalificerede de to grupper transaktioner, som blev indgået den 9. august 1999 [24], som dele af et enkelt forehavende [25], som i sin helhed opfyldte kriterierne for en fusion af fællesskabsdimension i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i artikel 3, stk. 1, sammenholdt med fusionsforordningens artikel 1, stk. 1 og 2, og navnlig som lå over de relevante omsætningstærskler. Kommissionen fastholdt under sagens videre forløb at være kompetent myndighed, også efter at de deltagende virksomheder allerede havde meddelt den deres udkast til tilsagn af 28. maj 2002, hvori de var villige til at give afkald på en del af fusionen — den anden gruppe transaktioner.

34. Cementbouw har ved Retten i Første Instans bestridt den anfægtede beslutning på begge punkter; virksomheden anfægtede således både, at Kommissionen *oprindeligt var kompetent*, og at Kommissionen også *fortsat var kompetent* til at godkende tilsagn, som gik videre end dem, som blev givet i udkastet af 28. maj 2002. Retten opretholdt

23 — Jf. navnlig betragtning 12-32 til den anfægtede beslutning.

24 — Jf. punkt 9 i dette forslag til afgørelse.

25 — I litteraturen blev dette kommenteret som følger: »*Cette affaire est-elle un exemple de l'échec d'un mécano juridique trop subtil sous-estimant le pouvoir des autorités de la concurrence de s'attacher à la réalité économique plus qu'à la forme juridique d'une opération ? Les montages les plus savants sont parfois fragiles* [...]« (Cot, Revue des droits de la concurrence 2006, s. 108 og 109).

dog den anfægtede beslutning på begge punkter [26].

35. I Cementbouws appel genoptages ikke alle de temaer, som var genstand for sagen ved førsteinstansen. I appelsagen anfægtes udelukkende Rettens bemærkninger vedrørende Kommissionens *fortsatte kompetence* efter udkastet til tilsagn af 28. maj 2002. Derimod har Cementbouw navnlig ikke gjort spørgsmålet om Kommissionens *oprindelige kompetence*, som blev støttet på opfattelsen af de to grupper transaktioner af 9. august 1999 som en samlet transaktion, til genstand for den foreliggende appel.

B — *Det første anbringende*

36. Med sit første anbringende har Cementbouw gjort gældende, at Retten ikke har fortolket og anvendt artikel 1 og 2 samt artikel 3, stk. 1, i fusionsforordningen retligt korrekt [27]. Ifølge Cementbouw har Retten opretholdt den anfægtede beslutning, selv om allerede indrømmelserne fra de deltagende virksomheder i deres udkast til tilsagn, såfremt de blev accepteret, ville have medført, at Kommissionen ikke længere var kompetent myndighed. De videregående, endelige tilsagn fra Haniel og Cementbouw måtte Kommissionen derfor på grund af manglende kompetence slet ikke have anvendt som grundlag for at godkende fusionen.

37. Det centrale i Cementbouws argumentation er som følger: Kommissionens kompetence i forbindelse med den fusion, som er blevet anmeldt til den, er alene baseret på, at de to grupper transaktioner blev betragtet som et hele; kun tilsammen ville de to grupper have overskredet omsætningstærsklerne i fusionsforordningens artikel 1 og dermed have givet fusionen fællesskabsdimension. Med udkastet til tilsagn tilbød Haniel og Cementbouw dog at give afkald på den del af fusionen, som var baseret på den anden gruppe transaktioner. Allerede en sådan ændring af fusionen ville bringe den under omsætningstærsklerne i fusionsforordningen. Til overs ville der kun være den del, som var baseret på den første gruppe transaktioner, og som alene ikke ville overstige omsætningstærsklerne og derfor ikke kunne være af fællesskabsdimension. Stadig efter Cementbouw opfattelse afhænger Kommissionen kompetence ikke kun af den anmeldte, men også af den faktisk eksisterende fusion.

38. For at prøve, hvorvidt denne argumentation er holdbar, er det først nødvendigt at fastslå, hvilket tidspunkt der i forbindelse med fusionskontrol er det afgørende for

26 — Præmis 101-149 og 293-321 i den appellerede dom.

27 — For så vidt som Cementbouw i sit andet anbringende også har gjort gældende, at der foreligger tilsidesættelse af artikel 8, stk. 2, i fusionsforordningen, gælder de følgende bemærkninger analogt.

bestemmelse af Kommissionens kompetence (jf. afsnit 1 nedenfor); derefter skal der redegøres for, om og i hvilket omfang senere begivenheder også kan have indflydelse på Kommissionens allerede erhvervede kompetence (jf. afsnit 2 nedenfor).

1. Det relevante tidspunkt for bestemmelse af Kommissionens kompetence

39. I fusionsforordningen er det ikke udtrykkeligt bestemt, hvilket tidspunkt er det afgørende for bestemmelsen af Kommissionens kompetence til at gennemføre en fusionskontrolprocedure. Af forordningen fremgår kun, at Kommissionen på et tidligt tidspunkt skal undersøge, om den selv er kompetent, og også træffe en beslutning herom (jf. fusionsforordningens artikel 4, stk. 3, og artikel 6, stk. 1) [28], men ikke, hvilket tidspunkt — og dermed også hvilke faktiske omstændigheder — den skal lægge til grund for sin undersøgelse. Derfor skal det relevante tidspunkt fastslås under hensyntagen til formålet med kompetencebestemmelserne samt den sammenhæng, hvori de indgår.

40. Som allerede nævnt [29] bygger fusionsforordningen på *princippet om nøjagtig kompetencefordeling* mellem de nationale kontrolmyndigheder og Fællesskabets kontrolmyndigheder, således at Kommissionen har enekompetence til at træffe afgørelser vedrørende fusioner af fællesskabsdimension [30].

41. Derudover er det system, som fusionsforordningen har skabt, præget af et *fremskyndingspåbud*, som frem for alt gennemføres ved hjælp af et velafvejet, forholdsvist strengt system af frister, og som skal begrænse varigheden af fusionskontrolprocedurer [31].

42. Såvel kompetencefordelingen som fremskyndingspåbuddet har til formål at sikre retssikkerheden og er samlet set et udtryk for det mål at forene kravene til god forvaltningsskik med erhvervslivets krav [32]. Når Kommissionen i sin egenskab af Fællesskabets konkurrencemyndighed kontrollerer fusioner, skal dette ske så effektivt som muligt.

28 — Vedrørende Kommissionens forpligtelse til at træffe en beslutning om sin kompetence, se også dom af 25.9.2003, sag C-170/02 P, Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 9889, præmis 28.

29 — Jf. punkt 31 ovenfor.

30 — Dommen i sagen Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 32 og 34, og dom af 22.6.2004, sag C-42/01, Portugal mod Kommissionen, Sml. I, s. 6079, præmis 50 og 53.

31 — Dommen i sagen Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 33, og i sagen Portugal mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 51; jf. også Rettens dom af 27.11.1997, sag T-290/94, Kaysersberg mod Kommissionen, Sml. II, s. 2137, præmis 113.

32 — Dommen i sagen Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 33 og 34, og i sagen Portugal mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 51 og 53.

43. Også anmeldelsespligten og forbuddet mod at gennemføre fusioner, som gælder for fusioner af fællesskabsdimension (fusionsforordningens artikel 4 og 7), har til formål at sikre retssikkerheden samt den fællesskabsretlige fusionskontrols effektivitet.

44. For at sikre størst mulig retssikkerhed samt en korrekt og effektiv forvaltning inden for korte frister, skal den konkurrencemyndighed, som er kompetent til at undersøge et givet tilfælde, dog kunne udpeges så tidligt som muligt.

45. Man kunne forestille sig, at det tidspunkt, hvor Kommissionens kompetence skal bestemmes, kunne være det *tidspunkt, hvor et fusionsforehavende anmeldes* til Kommissionen. Ved en nærmere undersøgelse viser det sig imidlertid, at dette tidspunkt ikke kan være udslagsgivende. Ellers kunne de berørte virksomheder ved at anmelde en fusion på et tidligere eller senere tidspunkt nemlig få vilkårlig indflydelse på kompetencefordelingen [33]. Desuden bør det ud fra en påpasselig erhvervsdrivendes synspunkt, allerede før en eventuel anmeldelsespligt opfyldes, objektivt kunne konstateres, om dennes fusionsforehavende er omfattet af fusionsforordningens anvendelsesområde og dermed er omfattet af Kommissionens kompetence. Kun således kan disse erhvervsdrivende forholde sig retligt korrekt og i det hele taget på troværdig vis efterkomme deres anmeldelsespligt samt overholde forbuddet mod at gennemføre en fusion, hvilket de i begge tilfælde kan pålægges bøder for ikke at gøre [34].

46. Det afgørende er derfor alene den situation, som foreligger på det tidspunkt, hvor en eventuel *anmeldelsespligt opstår*. Udtrykt på en anden måde skal Kommissionens kompetence bestemmes på grundlag af den dag, *fra hvilken* et fusionsprojekt eventuelt *skal anmeldes* til denne [35]. Det er den dag, hvor de pågældende erhvervsdrivende indgår en aftale [36] (jf. fusionsforordningens artikel 4, stk. 1) [37]. Allerede på dette

33 — Som nærværende tilfælde viser, er det absolut tænkeligt, at den faktiske anmeldelse — på trods af den strenge frist på en uge, der var til at opfylde pligten til at anmelde en fusion (fusionsforordningens artikel 4, stk. 1) — først sker en rum tid efter indgåelsen af de civilretlige aftaler. I mellemtiden kan de relevante omsætninger hos de deltagende virksomheder ændre sig, hvilket kan få afgørende følger for, om tærskelværdierne i fusionsforordningens artikel 1 bliver overskredet eller ikke. Dette kunne især være tilfældet inden for anvendelsesområdet af den nye EF-fusionsforordning (forordning nr. 139/2004), hvis artikel 4, stk. 1, overhovedet ikke fastsætter nogen frist, inden for hvilken forpligtelsen til at anmelde en fusion skal være opfyldt.

34 — Fusionsforordningens artikel 14, stk. 1, litra a), og artikel 14, stk. 2, litra b).

35 — Hvorvidt et endnu tidligere tidspunkt er afgørende, f.eks. tidspunktet for beslutningen om at indgå en fusionsaftale (jf. artikel 4, stk. 1, nr. 2, i forordning nr. 139/2004), er det i det foreliggende tilfælde ikke nødvendigt at afklare. Muligheden for en sådan *frivillig fremrykning* af tidspunktet eksisterer nemlig kun i den nye EF-fusionsforordning og ikke i den fusionsforordning, som finder anvendelse i nærværende sag.

36 — I samme retning Rettens dom af 28.9.2004, sag T-310/00, MCI mod Kommissionen, Sml. II, s. 3253, præmis 89: »Kommissionens kompetence [...] afhænger som anført i forordningens artikel 4 af »[fusions]aftalens indgåelse««. Retten fortsætter, at »Kommissionen *ikke* har kompetence til at vedtage en beslutning i medfør af forordning nr. 4064/89 *før* indgåelsen af en sådan aftale« (min fremhævelse).

37 — En kontraktlig aftale er sidestillet med offentliggørelsen af et overtagelses- eller ombytningstilbud eller erhvervelsen af en kontrollerende andel (fusionsforordningens artikel 4, stk. 1).

tidspunkt kan man nemlig objektivt konstatere, hvorvidt der foreligger en fusion af fællesskabsdimension eller ikke. Og allerede på dette tidspunkt indtræder fusionsforordningens forbud mod gennemførelse for de deltagende erhvervsdrivende (jf. fusionsforordningens artikel 7, stk. 1).

2. Senere begivenheders følger for Kommissionens kompetence

47. Endelig skal det undersøges, om og i hvilket omfang senere begivenheder, især dem, der indtræffer under en igangværende fusionskontrolprocedure, også kan påvirke Kommissionens en gang erhvervede kompetence.

48. Selvsagt mister Kommissionen sin kompetence til at undersøge en fusion, når de deltagende virksomheder *fuldstændigt opgiver* deres — endnu ikke gennemførte — fusionsprojekt [38]. I så fald bliver fusionskontrolproceduren nemlig uden genstand [39].

49. Denne procedure bliver derimod ikke uden genstand, når de deltagende virksomheder kun foretager visse *ændringer* i deres fusion, uden dog at opgive den fuldstændigt. Selv om sådanne ændringer nemlig er meget vidtgående og set fra de deltagende virksomheders side berører kernen i deres fusion [40], vil en del af fusionen — i nærværende tilfælde den første gruppe transaktioner — fortsat eksistere i overensstemmelse med parternes vilje. I modsætning til, hvad Cementbouw mener, ligger der en kvalitativ forskel heri i forhold til at opgive fusionen fuldstændigt.

50. Især kan proceduren ikke være uden genstand, når de deltagende virksomheder, som her, kun giver Kommissionen tilsagn om bestemte ændringer, uden straks at omsætte dem til virkelighed. I modsætning til Cementbouws opfattelse ændrer sådanne rene *tilsagn* nemlig ikke umiddelbart den realitet, at virksomhederne har indgået en aftale om en fusion samt de økonomiske følger af denne fusion, især da denne som i det foreliggende tilfælde allerede er gennemført.

51. Udtrykt mere generelt må den omstændighed alene, at virksomheder under en igangværende fusionskontrolprocedure foretager eller bare giver tilsagn om at foretage

38 — I denne retning også dommen i sagen MCI mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 36, især præmis 96 og 107.

39 — I den nye EF-fusionsforordning (forordning nr. 139/2004) kommer denne tanke til udtryk i sidste sætningsled i artikel 6, stk. 1, litra c).

40 — Cementbouw taler i denne sag om, at allerede udkastet til tilsagn af 28.5.2002 ville have medført, at »essence« eller det »constitutive element« i fusionen ville falde bort, jf. punkt 11, 13 og 17 i appelskriftet.

visse ændringer i deres fusion, ikke få indflydelse på den kompetence, som Kommissionen en gang har erhvervet. Har virksomhederne nemlig, som i nærværende tilfælde, fortsat til hensigt at gennemføre fusionen eller at opretholde en allerede gennemført fusion, også selv om de eventuelt må acceptere væsentlige afvigelser fra den oprindelige udformning af fusionen, er det stadig berettiget at foretage en prøvelse af denne fusions forenelighed med fællesmarkedet.

52. For dette taler også den målsætning, som ligger bag det at foretage eller at give tilsagn om at foretage sådanne ændringer af en fusion under en fusionskontrolprocedure: Fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, [41] fastslår, at ændringer (og dermed »tilsagn«) har til formål at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet. De skal altså ved en nærmere betragtning blot gøre det muligt for Kommissionen på effektiv vis at *udøve* sine beføjelser inden for rammerne af fusionskontrolproceduren, og de skal netop ikke fratage Kommissionen dennes kompetence i en sag.

53. Foretages der kun ændringer, eller gives der kun tilsagn om ændringer af en fusion, uden at denne fusion opgives fuldstændig, mister det allerede nævnte formål at sikre størst mulig retssikkerhed samt en korrekt og effektiv forvaltning [42], ikke af den grund sin betydning.

54. Det ville hverken være foreneligt med kravet om retssikkerhed eller med kravene til en korrekt og effektiv forvaltning inden for korte frister, hvis Kommissionens kompetence under en igangværende fusionskontrolprocedure igen og igen kunne drages i tvivl eller underkastes stadige forandringer.

55. Ellers kunne man frygte, at en sag kunne vandre frem og tilbage mellem Kommissionen og en eller flere nationale konkurrencemyndigheder uden mål og med, hvilket ville gøre den konkurrenceretlige undersøgelse betydeligt langsommere og dyrere og ville påføre den utallige usikkerheder, ikke kun for de berørte myndigheder, men også for de deltagende virksomheder og for markederne. Derudover ville man ikke kunne udelukke, at de deltagende virksomheder under en igangværende fusionskontrolprocedure målrettet ville foretage ændringer i deres fusionsforehavende med henblik på at undvige en konkurrencemyndigheds kompetence og komme under en anden, formentligt venligere stemt myndigheds kompetence; det kunne således ende med en form for »forum shopping«.

41 — Tilsvarende gælder ved godkendelser i forundersøgelsesfasen (»første fase«) i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 2, som ændret ved forordning nr. 1310/97.

42 — Jf. punkt 40-44 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

56. Derfor forlanger fusionsforordningen heller ikke nogen steder af Kommissionen, at der foretages en ny prøvelse af dennes kompetence, når de deltagende virksomheder ændrer eller blot giver tilsagn om at ændre deres fusion. Hvorvidt omsætningstærsklerne i fusionsforordningens artikel 1 er overskredet, skal Kommissionen derimod allerede fastslå under den såkaldte forundersøgelsesfase (»første fase«), før den indleder en formel procedure (»anden fase«). Grundlaget herfor er ifølge fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, alene den *fusion, som er anmeldt* til Kommissionen. Det hensyn, der ifølge fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, skal tages til senere ændringer i den anmeldte fusion, tjener blot det formål at fastslå, hvorvidt fusionen er forenelig med fællesmarkedet. Ifølge fusionsforordningens artikel 8, stk. 2 [43], skal Kommissionen, i modsætning til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, netop ikke træffe en ny beslutning vedrørende sin kompetence [44].

3. Foreløbig konklusion

57. Foreløbigt kan det derfor konkluderes, at for bestemmelsen af Kommissionens kompetence til at gennemføre en fusionskontrolprocedure er alene den dag afgørende, *fra hvilken* fusionsforehavendet *skal anmeldes* til Kommissionen. Senere ændringer i en fusion har ikke længere nogen indflydelse på Kommissionens kompetence, medmindre de umiddelbart medfører, at forehavendet opgives fuldstændigt.

58. Det står fast, at virksomhederne Haniel og Cementbouws udkast til tilsagn af 28. maj 2002 selv i tilfælde af, at det blev gennemført, kun havde medført, at der blev givet afkald på den anden gruppe transaktioner, hvorimod det under alle omstændigheder ikke havde berørt den første gruppe transaktioner.

59. På den baggrund gik Retten med føje ud fra, at dette udkast til tilsagn ikke kunne berøre fusionen i dens eksistens [45], at Kommissionen derfor fortsat var kompetent [46], og at Kommissionen også måtte lade Haniel og Cementbouws endelige tilsagn af 5. juni 2002 danne grundlag for sin godkendelse af fusionen.

43 — En tilsvarende bestemmelse findes for den indledende undersøgelsesfase i artikel 6, stk. 2, i fusionsforordningen, som ændret ved forordning nr. 1310/97.

44 — Cementbouw støtter sig i sit appelskrift bl.a. på dom afsagt 24.3.1994 af Retten i Første Instans, sag T-3/93, Air France mod Kommissionen, »Dan Air«, Sml. II, s. 121, præmis 102. Den dom beskæftiger sig imidlertid med Kommissionens kompetence på det tidspunkt, hvor anmeldelsespligten opstår. Derimod indeholder denne dom ingen oplysninger om Kommissionens eventuelle pligt til på ny at undersøge sin kompetence som følge af senere indtrufne begivenheder.

45 — Præmis 301, sidste punktum, i den appellerede dom.

46 — Præmis 302 i den appellerede dom.

60. Det første anbringende er derfor ubegrundet.

63. Som jeg allerede har fremført i forbindelse med det første anbringende [48], er denne argumentation ikke holdbar. I det følgende vil jeg derfor begrænse mig til kun at gennemgå to yderligere argumenter, som virksomheden Cementbouw især har fremført i forbindelse med sit andet anbringende.

C — *Det andet anbringende*

1. Argumentet vedrørende tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

61. Med sit andet anbringende har Cementbouw gjort gældende, at Retten ikke har fortolket og anvendt fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, retligt korrekt, og at den har tilsidesat proportionalitetsprincippet.

64. For det første har Cementbouw foreholdt Retten at have tilsidesat proportionalitetsprincippet. Ifølge Cementbouw har Retten med urette antaget, at Kommissionen ikke allerede skulle acceptere Haniel og Cementbouws udkast til tilsagn af 28. maj 2002, men først de endelige tilsagn af 5. juni 2002.

62. I det væsentligste har Cementbouw her anvendt de samme argumenter, som den allerede anvendte i forbindelse med sit første anbringende: Retten har ikke anerkendt, at Kommissionen allerede var forpligtet til at acceptere Haniel og Cementbouws udkast til tilsagn af 28. maj 2002. Allerede gennemførelsen af dette tilbud om tilsagn ville nemlig ifølge Cementbouws opfattelse have frataget fusionen dennes fællesskabsdimension. Til overs ville så kun være blevet den første gruppe transaktioner [47], som isoleret betragtet overhovedet ikke kunne falde under Kommissionens kompetence.

65. Proportionalitetsprincippet er et almindeligt retsprincip inden for fællesskabsretten [49]. Det indebærer ifølge fast retspraksis, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke må gå videre end nødvendigt og passende for gennemførelsen af det lovligt tilsigtede formål, hvorved det forudsættes, at såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må her-

47 — Cementbouw har i denne sammenhæng især fremhævet poolingaftalen.

48 — Jf. især punkt 39-60 umiddelbart ovenfor i dette forslag til afgørelse.

49 — Jf. f.eks. dom af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 79.

ved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål [50].

66. Også Kommissionens beslutninger i fusionskontrolprocedurer skal opfylde kravene om proportionalitet og er for så vidt underlagt retslig kontrol. Dette gælder ikke kun beslutninger om forbud i medfør af fusionsforordningens artikel 8, stk. 3, og beslutninger om deling eller ophør i medfør af fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, men også for beslutninger om godkendelse i medfør af fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, for så vidt som der til disse er knyttet betingelser og påbud. De deltagende virksomheder kan nemlig have en reel interesse i at lade elementer i godkendelsesbeslutninger, som belaster disse virksomheder, prøve ved en domstol med henblik på at opnå en godkendelse, hvortil der ikke er knyttet nogen betingelser og påbud eller i hvert fald kun er knyttet nogle mindre vidtrækkende betingelser og påbud [51].

67. Imidlertid kræver en beslutning vedrørende en fusions forenelighed med fællesmarkedet, at Kommissionen vurderer komplekse økonomiske sammenhænge, og i den forbindelse er den tillagt en vis skønsmargin [52]. Denne skønsmargin skal også omfatte spørgsmålet, hvorvidt de tilsagn, som tilbydes Kommissionen, er egnede til at løse det konkurrenceproblem, som den har identificeret.

68. I den forbindelse er det ganske vist Fællesskabets retsinstansers opgave at tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, og til oplysningernes troværdighed og sammenhæng; derudover skal de ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner [53]. De er dog ikke kompetente til at sætte deres egen vurdering af tilsagns egnethed i stedet for Kommissionens vurdering.

69. Når retsinstanserne tager stilling til proportionaliteten af en godkendelsesbeslutning, hvortil der er knyttet betingelser og påbud, skal de også tage i betragtning, at disse betingelser og påbud er baseret på de deltagende virksomheders *frivillige tilsagn*. Der er altså en stærk formodning for, at virksomhederne selv anser deres tilsagn for egnede, nødvendige og passende til at løse et

50 — Således, især for så vidt angår en beslutning, dom af 9.3.2006, sag C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie og Natuur en Milieu m.fl. Sml. I, s. 2443, præmis 28.

51 — For så vidt som betingelserne og påbuddene er uadskilleligt knyttet til den egentlige godkendelse af fusionen — hvilket de ofte er — er det dog ikke muligt *at anfægte disse separat* (jf. i denne retning fast retspraksis; jf. f.eks. dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 27 og 28). I så fald kan den beslutning om godkendelse, hvortil betingelserne og påbuddene er knyttet, kun anfægtes som helhed med det formål at få Kommissionen til at foretage en ny fuldstændig undersøgelse af fusionen som omhandlet i fusionsforordningens artikel 10, stk. 5.

52 — Dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, »Kali & Salz«, Sml. I, s. 1375, præmis 223 og 224, og af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 38-40.

53 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 39.

af Kommissionen identificeret konkurrenceproblem, især da en betinget godkendelse set fra de berørte virksomheders synspunkt som regel udgør en mildere løsning end et forbud mod deres fusion. Derfor bør der foreligge ekstraordinære omstændigheder, for at man kan antage, at Kommissionens beslutning, som er støttet på frivillige tilsagn fra de berørte virksomheder, ikke er forenelig med proportionalitetsprincippet.

70. I det foreliggende tilfælde mener Cementbouw tilsyneladende, at Retten burde have accepteret sådanne ekstraordinære omstændigheder, fordi det drejede sig om en allerede gennemført fusion, hvis anmeldelse Kommissionen havde fremtvunget »under trusler om bøder« [54]. Især Kommissionens beføjelse til i givet fald at beslutte en deling eller et ophør som omhandlet i fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, gjorde det muligt for Kommissionen at opnå tilsagn fra de deltagende virksomheder, som den ellers ikke ville have fået.

71. Dette anbringende [55] har ikke overbevist mig. At en fusion uden at være fritaget fra forbuddet mod at blive gennemført allerede gennemføres, før den anmeldes til Kommissionen, falder udelukkende under de deltagende virksomheders ansvarsområde og kan på ingen måde begrunde ekstraordinære omstændigheder. At Kommissionen derudover i tilfælde af en ulovligt gennemført fusion kan pålægge bøder og eventuelt deling eller ophør, fremgår allerede af fusionsforordningen [56]. Hvis Kommissionen under retsforhandlingerne gør de deltagende virksomheder opmærksom på disse beføjelser, henviser den blot til retstilstanden og tager på ingen måde et ekstraordinært skridt. Heller ikke ved det forhold, at virksomhederne frivilligt har givet tilsagn, ændrer dette noget.

72. I sit appelskrift synes Cementbouw derudover at ville slutte ud fra proportionalitetsprincippet, at de deltagende virksomheders tilsagn under alle omstændigheder er tilstrækkelige og skal accepteres af Kommissionen, når de fratager en fusion dennes fællesskabsdimension, dvs. bringer fusionen under omsætningstærsklerne i fusionsforordningens artikel 1; videregående tilsagn må Kommissionen — stadig ifølge Cementbouw — slet ikke anvende som grundlag for sin beslutning.

54 — I procesterminologi: »under threat of fines«.

55 — Cementbouws anbringende vedrørende dette problem kan antages til realitetsbehandling, fordi det ikke rejser tvivl om Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne, men om den retlige kvalificering af omstændighederne i det foreliggende tilfælde som ekstraordinære. I så tilfælde drejer det sig om et retligt spørgsmål, som ligger inden for Domstolens kompetence i appelsager; jf. f.eks. dom af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173, præmis 51, samt domme af 21.9.2006, sag C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. I, s. 8725, præmis 69, og sag C-113/04 P, Technische Unie mod Kommissionen, Sml. I, s. 8831, præmis 82.

56 — Vedrørende bøder, se fusionsforordningens artikel 14, stk. 2, litra b), vedrørende deling eller ophør, se fusionsforordningens artikel 8, stk. 4.

73. Dette argument, som Cementbouw i øvrigt ikke fastholdt uindskrænket under retsmødet, er heller ikke holdbart. Udgangspunktet for undersøgelsen af betingelser og påbuds proportionalitet er ikke, om fusionen, efter at disse er blevet opfyldt, stadig er af fællesskabsdimension, men om de berørte virksomheders tilsagn »er afpasset efter og i fuldt omfang vil eliminere konkurrenceproblemerne« [57]. Det legitime mål med betingelserne og påbuddene er alene at beskytte konkurrencen i det indre marked mod fordrejning [58], og til det formål er det nødvendigt at gøre fusioner forenelige med fællesmarkedet. Alene af hensyn til dette mål skal Kommissionens betingelser og påbud være egnede, nødvendige og passende.

74. Det ville være meningsløst, hvis Kommissionen skulle acceptere tilsagn som dem i udkastet af 28. maj 2002, alene fordi de fratager fusionen dennes fællesskabsdimension, uden at det skulle undersøges, om disse tilsagn er egnede til at løse det af Kommissionen identificerede konkurrenceproblem.

75. Retten har derfor ikke begået en retlig fejl ved ikke at fastslå, at Kommissionen havde tilsidesat proportionalitetsprincippet [59].

2. Betydningen af nationale konkurrencemyndigheders beslutninger

76. For det andet har Cementbouw foreholdt Retten ikke at have forklaret, hvorfor Kommissionen i den anfægtede beslutning kunne komme til et resultat, som var diametralt modsat den nationale nederlandske konkurrencemyndigheds (NMa) resultat. I den forbindelse henviser Cementbouw til NMa's godkendelse af poolingaftalen [60]. Retten har med urette tilladt Kommissionen uden tilstrækkelig begrundelse at sætte sig ud over den nationale konkurrencemyndigheds allerede gennemførte grundige undersøgelse af den for nærværende sag relevante konkurrencesituation.

57 — Jf. i denne forbindelse ottende betragtning til forordning nr. 1310/97. Det samme gælder i øvrigt inden for anvendelsesområdet af den nye EF-fusionsforordning (betragtning 30 til forordning nr. 139/2004).

58 — Artikel 3, stk. 1, litra g), samt første betragtning til fusionsforordningen (henholdsvis anden betragtning til den nye EF-fusionsforordning).

59 — Præmis 303 ff. i den appellerede dom.

60 — Jf. punkt 17 ovenfor.

77. Som Cementbouw dog selv har indrømmet, er nationale konkurrencemyndigheders beslutninger i fusionskontrolsager ikke bindende for Kommissionen. Jeg vil tilføje, at en sådan bindende virkning normalt overhovedet ikke kan komme på tale på grund af den klare kompetencefordeling [61] i fusionsforordningen: Såvel Kommissionen som de nationale myndigheder træffer udelukkende beslutninger inden for hver deres kompetenceområder, som i øvrigt ikke overlapper hinanden [62].

78. Det foreliggende tilfælde udmærker sig dog ved det særlige forhold, at den første gruppe transaktioner spillede en rolle både i sagen ved NMa og i den senere sag ved Kommissionen. Disse to sager havde ganske vist formelt set ikke samme genstand, fordi den første gruppe transaktioner blev undersøgt isoleret af NMa, mens den af Kommissionen blev undersøgt som del af et samlet forehavende, som ud over den første gruppe også omfattede den anden gruppe transaktioner. Det er dog korrekt, at begge myndigheder inden for rammerne af hver deres procedure har taget stilling til den første gruppe transaktioner ud fra et konkurrenceretligt synspunkt.

79. Dette medfører dog langt fra, at Kommissionen *indholdsmæssigt* skulle være bundet af NMa's tidsmæssigt tidligere vurdering af den første gruppe transaktioner. Ligeledes medfører det forhold, at der foreligger en tidligere beslutning truffet af NMa — i modsætning til Cementbouws opfattelse under retsmødet — ikke, at Kommissionens skønsmargin indskrænkes.

80. Tværtimod medførte det forhold, at den anden gruppe transaktioner kom til, at kompetencen til den konkurrenceretlige vurdering af det samlede forehavende overgik til Kommissionen alene. Indholdsmæssigt bindende for Kommissionen i den forbindelse er alene de kriterier, som fusionsforordningens artikel 2 foreskriver for denne i forbindelse med dens vurdering af fusioners forenelighed med det fælles marked. Ved hjælp af disse kriterier skal den vurdere hvert enkelt tilfælde grundigt og skal i den forbindelse eventuelt tage stilling til de samme faktiske omstændigheder og konkurrencemæssige problemer, som den nationale myndighed allerede har gjort i en sammenlignelig situation. Men det følger ikke af fusionsforordningens artikel 2, at Kommissionen er forpligtet til at foretage en indholdsmæssig tilpasning af sin beslutning til en national myndigheds beslutning.

61 — Jf punkt 31 og 40 ovenfor.

62 — De nationale konkurrencemyndigheder har i henhold til fusionsforordningens artikel 19 blot ret til at fremføre deres standpunkt under proceduren ved Kommissionen.

81. På grundlag af ovenstående var Retten ikke på forhånd forpligtet til at forklare, hvorfor Kommissionen i sin konkurrenceretlige vurdering af den første gruppe transaktioner *kunne komme til et andet resultat* end NMa. Tværtimod ligger det i sagens natur og kræver ikke nogen nærmere forklaring, at forskellige myndigheder på hvert deres kompetenceområde og under udnyttelse af hver deres skønsmargin kan løse sammenlignelige problemer forskelligt [63].

82. Udelukkende for fuldstændighedens skyld vil jeg bemærke, at Cementbouw heller ikke på nogen måde kunne sætte sin lid til, at de konkurrencemæssige følger af den første gruppe transaktioner ville blive vurderet på samme måde på fællesskabsniveau, som NMa allerede havde gjort. Som Kommissionen med føje har understreget, har virksomheden nemlig aldrig gennemført den første gruppe transaktioner i den af NMa godkendte form, men har selv bidraget til, at disse transaktioner først blev indgået og gennemført sammen med en anden gruppe transaktioner, dvs. som del af en større fusion.

63 — Også på det transatlantiske område er dette fænomen på ingen måde ukendt; således er Kommissionen f.eks. i sagen COMP/M.2220 — General Electric mod Honeywell, kommet til et klart andet resultat end de amerikanske myndigheder.

83. Derfor kan det konkluderes, at det andet anbringende i sin helhed også er ubegrundet.

D — *Foreløbig konklusion*

84. Da ingen af de af Cementbouw fremførte anbringender kan tages til følge, er jeg af den opfattelse, at appellen må forkastes i sin helhed.

V — Sagens omkostninger

85. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, sammenholdt med dets artikel 118 og artikel 122, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Cementbouw tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Cementbouw har tabt sagen, bør Cementbouw pålægges at betale sagens omkostninger.

VI — Forslag til afgørelse

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

1) Appellen forkastes.

2) Cementbouw Handel & Industrie BV tilpligtes at betale sagens omkostninger.