# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
# J. KOKOTT
# van 26 april 2007 [1]

## I — Inleiding

1. De onderhavige zaak biedt de gelegenheid, de grens tussen de bevoegdheden van de Gemeenschap en van de lidstaten in het kader van de fusiecontrole [2] nader af te bakenen. Het gaat erom, welk moment in een concreet geval doorslaggevend is voor de bepaling van de bevoegde mededingingsautoriteit. Verder dient te worden onderzocht of deze autoriteit haar bevoegdheid ten gevolge van latere gebeurtenissen weer kwijt kan raken. De beantwoording van deze vragen is zowel voor de betrokken marktdeelnemers als voor de met de fusiecontrole belaste mededingingsautoriteiten op nationaal en communautair niveau van groot praktisch belang.

2. De achtergrond van deze zaak is een procedure betreffende de controle op concentraties van ondernemingen op de Nederlandse markt van bouwmaterialen voor wanden, zoals onder meer kalkzandsteen. In 1999 hebben Cementbouw [3] en Haniel [4] de gezamenlijke zeggenschap over CVK [5] en over de bij deze onderneming aangesloten ondernemingen verworven. Daarvoor werden twee groepen van transacties verricht die door de Commissie als een *enkele concentratie van ondernemingen* werden beschouwd. Van een onderzoeksbevoegdheid van de Commissie kon in dit geval alleen sprake zijn, omdat deze twee groepen transacties als één geheel werden beschouwd en beide tezamen een bedrag boven de omzetdrempel vertegenwoordigden.

3. In de loop van de procedure stelde de Commissie problemen op het gebied van de mededinging vast. Als oplossing hiervoor dienden Haniel en Cementbouw in een

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Onder fusiecontrole wordt in het algemeen de controle op concentraties van ondernemingen verstaan, ongeacht of het om fusies in de eigenlijke zin van het woord gaat of om andere vormen van concentraties van ondernemingen.

3 — Cementbouw Handel & Industrie BV (Cementbouw) is in Nederland actief in de bouwmaterialenhandel en, meer in het algemeen, op de bouwmarkt, in de logistiek en in de grondstoffenhandel.

4 — De Duitse onderneming Franz Haniel & Cie GmbH (Haniel) is in de bouwstoffensector actief.

5 — Coöperatieve Verkoop- en Produktievereniging van Kalkzandsteenproducenten.

eerste ontwerp toezeggingen in, die erop neerkwamen dat slechts de *tweede groep transacties* geen doorgang vond. De Commissie wees deze toezeggingen af, omdat ze naar haar opvatting de mededingingsbezwaren niet konden wegnemen, en keurde de concentratie pas goed nadat verdere toezeggingen waren gedaan, die ook de opheffing van de *eerste groep transacties* inhielden.

4. Cementbouw betoogt nu dat de Commissie haar beslissing helemaal niet op deze aanvullende toezeggingen had mogen baseren. Alleen al de in eerste instantie aangeboden ongedaanmaking van de tweede groep transacties had volgens Cementbouw tot gevolg dat een substantieel bestanddeel van de concentratie wegviel en dat de Commissie niet langer bevoegd was in deze zaak omdat de omzetdrempel niet meer werd bereikt.

## II — Juridisch kader

5. Het juridisch kader van deze zaak wordt gevormd door de verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: „concentratieverordening") [6], zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97. [7]

6. Het *materiële toepassingsgebied* van de concentratieverordening wordt in artikel 1, lid 1, als volgt samengevat:

„Deze verordening geldt [...] voor alle concentraties die [...] worden beschouwd als concentraties van communautaire dimensie."

In aanvulling daarop wordt in de eerste zinsnede van artikel 22, lid 1, van de concentratieverordening bepaald:

„Op de concentraties als omschreven in artikel 3 is uitsluitend deze verordening van toepassing; [...]"

6 — PB L 395, blz. 1, na rectificatie opnieuw gepubliceerd in PB 1990, L 257, blz. 13.

7 — Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 houdende wijziging van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 180, blz. 1, met rectificaties in PB 1998, L 3, blz. 16, en PB 1998, L 40, blz. 17).

7. In artikel 3 van de concentratieverordening wordt het begrip *concentratie* gedefinieerd; dit artikel luidt, voor zover hier relevant:

„1. Een concentratie komt tot stand doordat

a) twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen fuseren

b) of

— één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of

— één of meer ondernemingen

door de verwerving van participaties of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze, rechtstreeks of middellijk zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan verkrijgen.

[...]"

8. Of een concentratie een *communautaire dimensie* heeft, is afhankelijk van de vraag of de totale over de gehele wereld en in de Gemeenschap behaalde omzet van de betrokken ondernemingen boven bepaalde drempels ligt, die zijn neergelegd in artikel 1, leden 2 en 3, van de concentratieverordening. Het voor het onderhavige geval relevante artikel 1, lid 2, van de concentratieverordening luidt als volgt:

„Een concentratie is voor de toepassing van deze verordening van communautaire dimensie wanneer:

a) de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen is behaald, meer dan vijf miljard ecu en

b) de totale omzet die, elk afzonderlijk, in de Gemeenschap door ten minste twee der betrokken ondernemingen is behaald, meer dan 250 miljoen ecu bedraagt,

tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een zelfde lidstaat behaalt."

9. Voor concentraties van communautaire dimensie geldt een uitvoeringsverbod, en zij dienen bij de Commissie te worden aangemeld (artikelen 4 en 7 van de concentratieverordening). Deze concentraties worden door de Commissie getoetst op hun verenigbaarheid of onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt (artikel 2, lid 1, van de concentratieverordening). De goedkeuring of het verbod van een concentratie hangt af van de vraag of de concentratie een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd (artikel 2, leden 2 en 3, van de concentratieverordening).

10. Voor een verbod is steeds een formele controleprocedure vereist (zogenoemde „fase II"-procedure; zie artikel 6, lid 1, sub c, en artikel 8, lid 3, van de concentratieverordening). Ook een goedkeuring kan — zoals in casu het geval was — worden voorafgegaan door een dergelijke formele procedure.[8] Om eventuele mededingingsbezwaren weg te nemen, kunnen aan de goedkeuring voorwaarden en verplichtingen worden verbonden. Hiervoor worden de Commissie in artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening de volgende beschikkende bevoegdheden verleend:

„Indien de Commissie vaststelt dat een aangemelde concentratie, eventueel na door de betrokken ondernemingen gewijzigd te zijn, voldoet aan het in artikel 2, lid 2, gedefinieerde criterium, [...] geeft zij een beschikking waarbij zij verklaart dat de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

Zij kan aan haar beschikking voorwaarden en verplichtingen verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de verbintenissen nakomen die zij tegenover de Commissie zijn aangegaan om de concentratie verenigbaar te maken met de gemeenschappelijke markt. [...]"[9]

8 — Indien een concentratie, zoals in de praktijk vaak het geval is, geen enkele aanleiding geeft tot ernstige twijfels aan haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt, wordt deze *zonder* inleiding van een formele controleprocedure na een vooronderzoek (zogenoemde „fase I"-procedure) goedgekeurd. Overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub b, van de concentratieverordening besluit de Commissie in een dergelijk geval *zich niet tegen de concentratie te verzetten* en verklaart zij deze verenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

9 — Ook aan een na een vooronderzoek gegeven goedkeuringsbeschikking kunnen voorwaarden en verplichtingen worden verbonden om eventuele mededingingsbezwaren weg te nemen (artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening in de versie van verordening nr. 1310/97).

11. In artikel 21, leden 1 en 2, van de concentratieverordening worden de bevoegdheden op het gebied van de controle op concentraties van ondernemingen als volgt afgebakend:

„1. Onder voorbehoud van het toezicht door het Hof van Justitie is uitsluitend de Commissie bevoegd de in deze verordening bedoelde beschikkingen te geven.

2. De lidstaten passen hun nationale mededingingswetgeving niet toe op concentraties van communautaire dimensie.

[...]"

12. Daarnaast wordt in de 29e overweging van de considerans van de concentratieverordening opgemerkt:

„Overwegende dat concentraties waarop deze verordening niet van toepassing is, in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren; [...]"

13. In 2004 werd de concentratieverordening op belangrijke punten gewijzigd. De *nieuwe versie* van de EG-concentratieverordening [10] is echter conform artikel 26, lid 1, van deze verordening pas van toepassing met ingang van 1 mei 2004 en derhalve voor onderhavige zaak niet relevant; op gevallen zoals het onderhavige blijven conform lid 2 van dat artikel de oorspronkelijke bepalingen van toepassing.

## III — Feiten en procesverloop

### A — *Feiten*

14. Op basis van de vaststellingen van het Gerecht [11] kunnen de feiten als volgt worden samengevat.

15. CVK bestaat sinds 1947. Zij trad aanvankelijk op als gemeenschappelijke verkooporganisatie voor haar leden, de Nederlandse kalkzandsteenproducenten. In 1989 werd CVK in een coöperatie naar Nederlands recht omgezet om de samenwerking van de kalkzandsteenproducenten te verbeteren.

10 — Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen („EG-concentratieverordening"), PB L 24, blz. 1 (hierna ook: „verordening nr. 139/2004").

11 — Zie met name punten 4-8 van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie (T-282/02, Jurispr. blz. II-319).

16. Vóór de uitvoering van de concentratie die aanleiding gaf voor de onderhavige procedure, waren vijf van de elf leden van CVK dochtervennootschappen van Haniel, waren drie leden dochtervennootschappen van Cementbouw en waren twee leden dochtervennootschappen van RAG. [12] Één lid was in handen van Haniel, Cementbouw en RAG gezamenlijk.

17. In 1998 werd bij de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: „NMa") [13] een voornemen tot een concentratie aangemeld, dat inhield dat CVK de zeggenschap over haar leden zou verwerven. De overdracht van de zeggenschap zou plaatsvinden door het sluiten van een poolingovereenkomst en door een wijziging van de statuten van CVK. Bij besluit van 20 oktober 1998 heeft NMa het betrokken voornemen goedgekeurd.

18. Voordat deze operatie werd uitgevoerd, besloot RAG haar aandelen in de bij CVK aangesloten ondernemingen aan Haniel en Cementbouw te verkopen. In maart 1999 hebben de partijen NMa in kennis gesteld van hun bedoelingen. Bij brief van 26 maart 1999 heeft NMa hun laten weten dat de voorgenomen verkoop geen concentratie in de zin van de toepasselijke Nederlandse wettelijke bepalingen [14] vormde, indien de bij besluit van 20 oktober 1998 goedgekeurde operatie vóór deze verkoop werd uitgevoerd.

19. Op 9 augustus 1999 hebben de betrokken partijen verschillende transacties verricht, die kunnen worden onderverdeeld in twee groepen. Enerzijds hebben CVK en de bij haar aangesloten ondernemingen de hierboven bedoelde poolingovereenkomst gesloten [15]; diezelfde dag werden de statuten van CVK gewijzigd om aan de bepalingen van de poolingovereenkomst te voldoen (*eerste groep transacties*). Anderzijds heeft RAG — eveneens op 9 augustus 1999 — haar aandelen in drie leden van CVK verkocht aan Haniel en aan Cementbouw. De laatste twee ondernemingen hebben een samenwerkingsovereenkomst gesloten, waarin is geregeld hoe zij binnen CVK zullen samenwerken (*tweede groep transacties*).

B — *Procedure voor de Commissie, de toezeggingen en de litigieuze beschikking*

20. Nadat de Commissie van de transacties van 9 augustus 1999 kennis had genomen

12 — RAG AG, Duitsland (voorheen: Ruhrkohle AG).

13 — Nederlandse Mededingingsautoriteit.

14 — Artikel 27 van de wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging — *Mededingingswet*, Stb. 1997, nr. 242).

15 — Zie punt 17 van deze conclusie.

naar aanleiding van het onderzoek van twee andere door Haniel aangemelde concentraties [16], heeft zij bij brief van 22 oktober 2001 Cementbouw en de overige deelnemende ondernemingen laten weten dat de operatie bij haar diende te worden aangemeld. Vervolgens hebben Haniel en Cementbouw de operatie overeenkomstig artikel 4 van de concentratieverordening op 24 januari 2002 aangemeld.

21. Op 25 februari 2002 heeft de Commissie krachtens artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening een beschikking gegeven, waarin zij verklaarde dat de aangemelde concentratie aanleiding gaf tot ernstige twijfel over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt en met de EER-overeenkomst. [17]

22. Nadat de Commissie de punten van bezwaar had meegedeeld en de partijen had gehoord, hebben Haniel en Cementbouw op 28 mei 2002 een *ontwerp van toezeggingen* met betrekking tot de tweede groep van transacties overgelegd. Daarin was vastgelegd dat Haniel en Cementbouw hun samenwerkingsovereenkomst zouden beëindigen en hun in 1999 van RAG verkregen deelnemingen in de bij CVK aangesloten ondernemingen aan een onafhankelijke derde zouden verkopen, terwijl de poolingovereenkomst en de statutenwijziging van CVK gehandhaafd zouden blijven (eerste groep transacties). [18] Naar de opvatting van de Commissie was dit ontwerp van toezeggingen ontoereikend om de door haar geconstateerde mededingingsbezwaren weg te nemen, die niet in de laatste plaats samenhingen met de poolingovereenkomst en zodoende met de eerste groep transacties.

23. Daarna hebben beide ondernemingen op 5 juni 2002 *definitieve toezeggingen* gedaan, waarin zij zich tevens hebben verplicht binnen een bepaalde termijn de poolingovereenkomst te beëindigen, de wijziging van de statuten van CVK ongedaan te maken en CVK te ontbinden. [19]

24. Op 26 juni 2002 heeft de Commissie, op grond van artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening, de litigieuze beschikking gegeven [20], waarin zij de aangemelde concentratie verenigbaar verklaarde met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-overeenkomst, mits Haniel en Cementbouw de gedane definitieve toezeggingen op 5 juni 2002 volledig zouden zijn nagekomen. De goedkeuring werd met name ook onder de voorwaarde verleend, *dat CVK*

16 — Zaken COMP/M.2495 — Haniel/Fels en COMP/M.2568 — Haniel/Ytong.

17 — Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (PB 1994, L 1, blz. 3).

18 — Punt 295 van het bestreden arrest en 127e overweging van de litigieuze beschikking.

19 — Punt 298 van het bestreden arrest en 129e overweging van de litigieuze beschikking.

20 — Beschikking 2003/756/EG van de Commissie van 26 juni 2002 waarbij een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de EER-overeenkomst wordt verklaard [Zaak COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK)], kennisgeving geschied onder nummer C(2003) 2315 (PB 2003, L 282, blz. 1, met rectificatie in PB 2003, L 285, blz. 52).

overeenkomstig de definitieve toezeggingen van Haniel en Cementbouw binnen een bepaalde termijn *werd ontbonden.*

C — *Gerechtelijke procedure*

25. Op 11 september 2002 heeft Cementbouw bij het Gerecht van eerste aanleg beroep ingesteld tegen de litigieuze beschikking en geconcludeerd tot nietigverklaring van deze beschikking, met verwijzing van de Commissie in de kosten. De Commissie heeft daarentegen geconcludeerd tot verwerping van het beroep en verwijzing van Cementbouw in de kosten.

26. Het Gerecht heeft de litigieuze beschikking bij arrest van 23 februari 2006 (hierna: „het bestreden arrest") [21] volledig bekrachtigd. Het beroep van Cementbouw werd verworpen en Cementbouw werd in de kosten verwezen.

27. Bij verzoekschrift in hogere voorziening, ingediend ter griffie van het Hof op 4 mei 2006, concludeert Cementbouw thans dat het het Hof behage:

— het bestreden arrest te vernietigen,

— de zaak in voorkomend geval voor afdoening te verwijzen naar het Gerecht, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

28. De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening af te wijzen, en

— Cementbouw te verwijzen in de kosten.

29. Voor het Hof werd de hogere voorziening eerst schriftelijk en daarna, op 22 maart 2007, mondeling behandeld.

## IV — Beoordeling

A — *Inleidende opmerkingen*

30. De onderlinge afbakening van de bevoegdheden van de Gemeenschap en van

21 — Arrest T-282/02, aangehaald in voetnoot 11.

de lidstaten is meer dan alleen een „grondwettelijke" kwestie zoals die steeds weer aan de orde komt in het kader van het primaire recht, onlangs bijvoorbeeld nog naar aanleiding van het Verdrag tot vaststelling van een grondwet voor Europa.[22] Het is ook een probleem waarmee de verschillende instanties op communautair en nationaal niveau dagelijks te maken hebben. De fusiecontrole is in dit verband een bijzonder goed voorbeeld.

31. In beginsel worden de bevoegdheden in de concentratieverordening volgens het *principe van de dubbele exclusiviteit* duidelijk afgebakend: concentraties van communautaire dimensie worden uitsluitend door de Commissie als mededingingsautoriteit van de Gemeenschap onderzocht en door haar uitsluitend aan de hand van de concentratieverordening beoordeeld (artikel 21, leden 1 en 2, alsmede artikel 22, lid 1, eerste zinsnede, van de concentratieverordening).

32. De onderhavige zaak maakt echter duidelijk dat desondanks in een concreet geval verschil van mening kan bestaan over de vraag welke mededingingsautoriteit in de Gemeenschap tot onderzoek en goedkeuring van een concentratie van ondernemingen bevoegd is.

33. De Commissie heeft haar bevoegdheid in deze bevestigd[23], omdat de twee op 9 augustus 1999 gesloten groepen overeenkomsten[24] naar haar opvatting één geheel vormden[25], dat volledig voldeed aan de criteria voor een concentratie van communautaire dimensie, zoals bedoeld in artikel 3, lid 1, juncto artikel 1, leden 1 en 2, van de concentratieverordening, en met name omdat het daarmee gemoeide bedrag boven de toepasselijke omzetdrempels lag. Aan deze bevoegdheid hield de Commissie gedurende de gehele procedure vast, ook nog nadat de betrokken ondernemingen haar op 28 mei 2002 hun ontwerp van toezeggingen hadden overgelegd, waarin deze zich bereid verklaarden afstand te doen van een deel van de concentratie — de tweede groep transacties.

34. Cementbouw heeft de litigieuze beschikking voor het Gerecht op beide punten aangevochten; zij heeft dus zowel de *oorspronkelijke bevoegdheid* van de Commissie als het *voortbestaan* ervan om toezeggingen te aanvaarden die verder gingen dan de in het ontwerp van 28 mei 2002 genoemde toezeggingen betwist. Cementbouw werd

22 — Ondertekend te Rome op 29 oktober 2004 (PB C 310, blz. 1).

23 — Zie met name overwegingen 12-32 van de litigieuze beschikking.

24 — Zie in dit verband punt 9 van deze conclusie.

25 — In de literatuur wordt dit als volgt becommentarieerd: „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 plutôt qu'à la forme juridique d'une opération? Les montages les plus savants sont parfois fragiles [...]" (Cot, *Revue des droits de la concurrence* 2006, blz. 108, 109).

echter door het Gerecht op beide punten in het ongelijk gesteld. [26]

35. In hogere voorziening gaat Cementbouw niet meer in op alle aspecten die in de procedure in eerste aanleg aan bod zijn gekomen. Aan de orde zijn alleen nog de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot het *voortbestaan van de bevoegdheid* van de Commissie nadat het ontwerp van toezeggingen op 28 mei 2002 was overgelegd. Cementbouw heeft derhalve met name de vraag van de *oorspronkelijke bevoegdheid* van de Commissie, die gebaseerd was op het standpunt dat de twee groepen transacties van 9 augustus 1999 als één operatie moesten worden beschouwd, niet tot onderwerp van de hogere voorziening gemaakt.

B — *Eerste middel*

36. Het eerste middel houdt in dat het Gerecht de artikelen 1, 2 en 3, lid 1, van de concentratieverordening onjuist zou hebben uitgelegd en toegepast. [27] Naar de opvatting van Cementbouw heeft het Gerecht de litigieuze beschikking in stand gelaten, hoewel aanvaarding van de door de betrokken ondernemingen in hun eerste ontwerp opgenomen toezeggingen reeds tot verval van de bevoegdheid van de Commissie zouden hebben geleid. Omdat de Commissie de betreffende bevoegdheid miste, had zij haar goedkeuring van de concentratie derhalve niet meer op de verdergaande definitieve toezeggingen van Haniel en Cementbouw mogen baseren.

37. In wezen komt het betoog van Cementbouw op het volgende neer. De bevoegdheid van de Commissie voor de bij haar aangemelde concentratie vloeide uitsluitend voort uit een gezamenlijke beoordeling van beide groepen transacties; alleen door deze transacties gezamenlijk te beschouwen, kwam de concentratie boven de omzetdrempels van artikel 1 van de concentratieverordening en had ze een communautaire dimensie. In hun ontwerp van toezeggingen hebben Haniel en Cementbouw echter aangeboden, afstand te doen van het gedeelte van de concentratie dat bestond uit de tweede groep transacties. Al door deze reorganisatie werden de omzetdrempels van de concentratieverordening niet meer gehaald. Zodoende resteerde nog slechts het gedeelte bestaande uit de transacties van de eerste groep, die op zichzelf geen communautaire dimensie hadden, aangezien de omzetdrempels daarmee niet werden bereikt. Naar de opvatting van Cementbouw wordt de bevoegdheid van de Commissie niet alleen bepaald door de concentratie zoals die is aangemeld, maar ook zoals die feitelijk wordt gerealiseerd.

38. Om de juistheid van deze argumenten te kunnen beoordelen, zal ik eerst nagaan welk tijdstip bij de fusiecontrole doorslaggevend is voor de bepaling van de bevoegdheid van de

26 — Punten 101-149 en 293-321 van het bestreden arrest.

27 — Voor zover het *tweede* middel eveneens klaagt over een schending van artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening wegens ontbrekende bevoegdheid van de Commissie, is de hierna volgende uiteenzetting van overeenkomstige toepassing.

Commissie (zie hierna onder 1); daarna zal ik bezien of en in hoeverre latere gebeurtenissen invloed kunnen hebben op de reeds bestaande bevoegdheid van de Commissie (zie hierna onder 2).

1. Relevant tijdstip voor de bepaling van de bevoegdheid van de Commissie

39. In de concentratieverordening is niet uitdrukkelijk vastgelegd welk tijdstip van belang is voor de bepaling van de bevoegdheid van de Commissie ter zake van een concentratiecontroleprocedure. De verordening bepaalt slechts dat de Commissie haar eigen bevoegdheid tijdig dient te beoordelen en daarover dient te beslissen (zie artikel 4, lid 3, en artikel 6, lid 1, van de concentratieverordening) [28], maar bepaalt niet op welk tijdstip — en daarmee ook op welke feitelijke situatie — zij haar beoordeling dient te baseren. Dit tijdstip zal dus aan de hand van de strekking en het doel van de bevoegdheidsbepalingen en op grond van hun onderlinge samenhang moeten worden bepaald.

40. Zoals reeds opgemerkt [29], berust de concentratieverordening op het *beginsel van een precieze verdeling van bevoegdheden* tussen de nationale en communautaire toezichthoudende autoriteiten, en is de Commissie bij uitsluiting bevoegd om te beslissen over concentraties met een communautaire dimensie. [30]

41. Verder wordt de algemene opzet van de concentratieverordening gekenmerkt door een *vereiste van snelheid*, dat met name door een uitgekiend en relatief strikt regime van termijnen wordt verwezenlijkt, ter beperking van de duur van de verificatieprocedures voor concentraties. [31]

42. Zowel de verdeling van bevoegdheden als het vereiste van snelheid heeft tot doel de rechtszekerheid te dienen en een controle op concentraties te verzekeren binnen termijnen die zowel verenigbaar zijn met de vereisten van goed bestuur als met die van het zakenleven. [32] De controle op concentraties van ondernemingen door de Commissie als mededingingsautoriteit van de Gemeenschap dient zo efficiënt mogelijk te geschieden.

28 — Wat betreft de verplichting van de Commissie om over haar bevoegdheid te beslissen, zie ook arrest van 25 september 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie (C-170/02 P, Jurispr. blz. I-9889, punt 28).

29 — Zie punt 31 van deze conclusie.

30 — Arrest Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 28, punten 32 en 34) en arrest van 22 juni 2004, Portugal/Commissie (C-42/01, Jurispr. blz. I-6079, punten 50 en 53).

31 — Arresten Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 28, punt 33) en Portugal/Commissie (aangehaald in voetnoot 30, punt 51); zie ook arrest Gerecht van 27 november 1997, Kaysersberg/Commissie (T-290/94, Jurispr. blz. II-2137, punt 113).

32 — Arresten Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 28, punten 33 en 34) en Portugal/Commissie (aangehaald in voetnoot 30, punten 51 en 53).

43. Ook de aanmeldingsverplichting en het uitvoeringsverbod voor concentraties van communautaire dimensie (artikelen 4 en 7 van de concentratieverordening) zijn bedoeld om de rechtszekerheid en de efficiëntie van de gemeenschapsrechtelijke controle op concentraties te waarborgen.

44. Om de grootst mogelijke rechtszekerheid en een behoorlijk en efficiënt bestuur binnen korte termijnen te kunnen waarborgen, moet in een zo vroeg mogelijk stadium kunnen worden bepaald welke mededingingsautoriteit voor het onderzoek van een bepaald geval bevoegd is.

45. Als peildatum voor de vaststelling van de bevoegdheid van de Commissie zou het *tijdstip van de aanmelding* van een voorgenomen concentratie bij de Commissie kunnen worden beschouwd. Bij nader inzien kan dit tijdstip echter niet doorslaggevend zijn. Door middel van een eerdere of latere aanmelding zouden de betrokken ondernemingen namelijk bevoegdheidsverdeling willekeurig kunnen beïnvloeden. [33] Bovendien moeten zorgvuldige marktdeelnemers al voordat zij een eventuele aanmeldingsplicht gaan vervullen, objectief kunnen vaststellen of hun concentratievoornemen binnen het toepassingsgebied van de concentratieverordening en daarmee onder de bevoegdheid van de Commissie valt. Alleen op die manier kunnen deze marktdeelnemers rechtmatig handelen en op juiste wijze voldoen aan hun aanmeldingsplicht alsook aan het uitvoeringsverbod, bij overtreding waarvan in beide gevallen een geldboete kan worden opgelegd. [34]

46. Beslissend is derhalve alleen de feitelijke situatie op het moment van het *ontstaan* van een eventuele *aanmeldingsplicht*. Anders gezegd, de bevoegdheid van de Commissie moet worden bepaald aan de hand van de dag *vanaf welke* een concentratievoornemen bij haar *dient te worden aangemeld*. [35] Dit is de dag waarop de betrokken marktdeelnemers de overeenkomst sluiten [36] (zie artikel 4, lid 1, van de concentratieverordening). [37] Want reeds op dat moment kan

33 — Zoals de onderhavige zaak laat zien, is het goed denkbaar dat de daadwerkelijke aanmelding, ondanks de strikte termijn van één week voor de nakoming van de aanmeldingsplicht (artikel 4, lid 1, concentratieverordening), pas geruime tijd na het sluiten van de civielrechtelijke overeenkomsten geschiedt. In de tussentijd zou een wijziging in de relevante omzet van de betrokken ondernemingen kunnen optreden, hetgeen belangrijke gevolgen zou kunnen hebben voor het al dan niet bereiken van de in artikel 1 van de concentratieverordening bedoelde omzetdrempels. Dit zou met name onder de nieuwe EG-concentratieverordening (verordening nr. 139/2004) het geval kunnen zijn, omdat daarin in artikel 4, lid 1, in het geheel geen concrete termijnen voor het nakomen van de aanmeldingsverplichting worden genoemd.

34 — Artikel 14, lid 1, sub a, en lid 2, sub b, van de concentratieverordening.

35 — Of een nog eerder tijdstip beslissend is, bijvoorbeeld het moment van het besluit om een concentratieovereenkomst te sluiten (zie artikel 4, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 139/2004), hoeft in dit geval niet te worden onderzocht. Want de mogelijkheid om de aanmelding *vrijwillig naar een eerder tijdstip te verplaatsen*, bestaat alleen in het kader van de nieuwe EG-concentratieverordening en is in de hier nog toepasselijke concentratieverordening niet opgenomen.

36 — Zie in die zin ook arrest Gerecht van 28 september 2004, MCI/Commissie (T-310/00, Jurispr. blz. II-3253, punt 89): „Zoals artikel 4 van deze verordening bepaalt, hangt deze bevoegdheid af van ‚de sluiting van de [concentratie] overeenkomst'". Zo is de Commissie, aldus het Gerecht, „*niet* bevoegd [...] om *vóór* de sluiting van een dergelijke overeenkomst een beschikking krachtens verordening nr. 4064/89 vast te stellen" (cursivering van mij).

37 — De openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming worden gelijkgesteld met het sluiten van een overeenkomst (artikel 4, lid 1, concentratieverordening).

objectief worden vastgesteld of een concentratie een communautaire dimensie heeft of niet. Bovendien treedt ook op dat moment voor de betrokken marktdeelnemers het uitvoeringsverbod van de concentratieverordening in werking (zie artikel 7, lid 1, van de concentratieverordening).

2. Gevolgen van latere gebeurtenissen voor de bevoegdheid van de Commissie

47. Rest de vraag of en in hoeverre latere gebeurtenissen, met name gebeurtenissen die tijdens een controleprocedure optreden, nog invloed kunnen hebben op de reeds verworven bevoegdheid van de Commissie.

48. Het spreekt voor zich dat de Commissie haar bevoegdheid tot onderzoek van een concentratie verliest, indien de betrokken ondernemingen hun — nog niet tot uitvoering gebracht — concentratievoornemen weer *volledig opgeven*. [38] De concentratiecontroleprocedure wordt dan namelijk overbodig. [39]

49. Deze procedure is echter geenszins overbodig, wanneer de betrokken ondernemingen slechts bepaalde *wijzigingen* aanbrengen in hun concentratie, zonder er volledig van af te zien. Zelfs wanneer dergelijke wijzigingen zeer ver gaan en vanuit het oogpunt van de betrokken ondernemingen de kern van de concentratie raken [40], blijft toch een deel van de concentratie — in casu de eerste groep transacties — naar de wil van partijen bestaan. Anders dan Cementbouw meent, is dit een kwalitatief verschil met het volledig staken van de concentratie.

50. De procedure wordt al helemaal niet overbodig, als de betrokken ondernemingen, zoals in dit geval, bepaalde toezeggingen aan de Commissie hebben gedaan zonder ze onmiddellijk te realiseren. Want anders dan Cementbouw meent, leiden dergelijke *toezeggingen* niet onmiddellijk tot een wijziging van de realiteit van de door de ondernemingen contractueel overeengekomen concentratie en de economische gevolgen daarvan, temeer als de operatie, zoals in casu, reeds is gerealiseerd.

51. Meer algemeen gezegd, het enkele feit dat ondernemingen gedurende een concentratiecontroleprocedure bepaalde wijzigingen in hun concentratie aanbrengen of

38 — Zie in die zin ook arrest MCI/Commissie (aangehaald in voetnoot 36, met name punten 96 en 107).

39 — In de nieuwe EG-concentratieverordening (verordening nr. 139/2004) is dit uitgangspunt neergelegd in de laatste zinsnede van artikel 6, lid 1, sub c.

40 — Volgens Cementbouw had reeds het ontwerp van toezeggingen van 28 mei 2002 de „essence" respectievelijk het „constitutive element" aan de concentratie ontnomen (zie punten 11, 13 en 17 van het verzoekschrift in hogere voorziening).

slechts toezeggingen dienaangaande doen, mag geen gevolgen hebben voor de reeds verworven bevoegdheid van de Commissie. Wanneer namelijk, zoals in casu, nog steeds wordt beoogd om de concentratie door te voeren of de reeds gerealiseerde concentratie te handhaven, ook als de oorspronkelijke vorm daarvan wezenlijk moet worden gewijzigd, blijft het onderzoek naar de verenigbaarheid daarvan met de gemeenschappelijke markt gerechtvaardigd.

52. Daarvoor pleit ook het doel van dergelijke tijdens de procedure aangebrachte of toegezegde wijzigingen: volgens artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening [41] dragen wijzigingen en toezeggingen (en daarmee de „verbintenissen") namelijk ertoe bij, aan de concentratie een met de gemeenschappelijke markt te verenigen vorm te geven. Bij nadere beschouwing zijn deze derhalve slechts bedoeld om een effectieve *uitoefening* door de Commissie van haar bevoegdheden in het kader van de concentratiecontroleprocedure mogelijk te maken en niet om haar de bevoegdheid in een concreet geval te ontnemen.

53. Ook als alleen wijzigingen met betrekking tot een concentratie worden doorgevoerd of toegezegd, zonder dat de concentratie zelf volledig wordt gestaakt, blijft het belang van de genoemde doelstelling, gedurende de controle op concentraties een zo groot mogelijke rechtszekerheid en een goed en efficiënt bestuur te waarborgen [42], bestaan.

54. Het zou noch met het rechtszekerheidsvereiste noch met de vereisten van goed en efficiënt bestuur binnen korte termijnen verenigbaar zijn, indien de bevoegdheid van de Commissie gedurende een concentratiecontroleprocedure steeds weer ter discussie kon worden gesteld of steeds aan wijzigingen zou blootstaan.

55. Dan zou namelijk het gevaar bestaan dat een zaak tussen de Commissie en één of meer nationale mededingingsautoriteiten heen en weer wordt geschoven, waardoor het onderzoek naar de gevolgen ervan voor de mededinging veel langzamer en moeizamer zou worden en met talrijke onzekerheden gepaard zou gaan, niet alleen voor de betrokken autoriteiten, maar ook voor de betrokken ondernemingen en voor de markten. Bovendien is dan niet uit te sluiten dat de betrokken ondernemingen in de loop van een dergelijke procedure doelgericht wijzigingen aanbrengen in hun concentratievoornemen om dit aan de bevoegdheid van een bepaalde mededingingsautoriteit te onttrekken en te bewerkstelligen dat een andere, naar hun opvatting minder strenge autoriteit bevoegd wordt; op die manier zou dus een soort „forum shopping" kunnen ontstaan.

41 — Hetzelfde geldt bij goedkeuringen tijdens het vooronderzoek („fase 1") conform artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening in de versie van verordening nr. 1310/97.

42 — Zie punten 40-44 van deze conclusie.

56. Daarom legt geen enkele bepaling van de concentratieverordening de Commissie de verplichting op om haar bevoegdheid opnieuw te toetsen wanneer de betrokken ondernemingen hun concentratievoornemen wijzigen of een dergelijke wijziging toezeggen. In plaats daarvan moet de Commissie reeds vóór de inleiding van de formele procedure („fase II"), tijdens het zogenoemde vooronderzoek („fase I") vaststellen of de in artikel 1 van de concentratieverordening bedoelde omzetdrempels worden overschreden. Daarbij dient de Commissie zich conform artikel 6, lid 1, van de concentratieverordening uitsluitend te baseren op de bij haar *aangemelde concentratie*. De in artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening voorgeschreven inachtneming van latere wijzigingen van de aangemelde concentratie dient uitsluitend ter vaststelling of deze verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Een nieuwe beslissing van de Commissie omtrent haar bevoegdheid is in artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening [43], anders dan in artikel 6, lid 1, van deze verordening, juist niet voorzien. [44]

3. Tussenconclusie

57. Als tussenconclusie kan derhalve worden vastgesteld dat voor de bepaling van de bevoegdheid van de Commissie ter zake van een concentratiecontroleprocedure uitsluitend de dag van belang is, *vanaf welke* een concentratievoornemen bij de Commissie *dient te worden aangemeld*. Latere wijzigingen in een concentratie hebben geen gevolgen meer voor de bevoegdheid van de Commissie, tenzij deze onmiddellijk leiden tot een volledige staking van het voornemen.

58. Het staat vast dat het ontwerp van toezeggingen van Haniel en Cementbouw van 28 mei 2002, zelfs als het gerealiseerd zou zijn, slechts zou hebben geleid tot het vervallen van de tweede groep transacties, terwijl de eerste groep in ieder geval onverlet zou zijn gelaten.

59. Zo gezien heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat het ontwerp van toezeggingen de concentratie niet zodanig wijzigde, dat deze ophield te bestaan [45], en dat de Commissie derhalve bevoegd bleef [46] en haar goedkeuring van de concentratie nog mocht baseren op de definitieve toezeggingen van Haniel en Cementbouw van 5 juni 2002.

43 — Een vergelijkbare regeling voor het vooronderzoek is te vinden in artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening in de versie van verordening nr. 1310/97.

44 — Cementbouw beroept zich in hogere voorziening onder meer op het arrest van het Gerecht van 24 maart 1994, Air France/Commissie, „Dan Air" (T-3/93, Jurispr. blz. II-121, punt 102). Dit arrest gaat echter over de bevoegdheid van de Commissie op het moment van het ontstaan van de aanmeldingsverplichting. Het geeft geen uitsluitsel over een eventuele verplichting van de Commissie om haar bevoegdheid ten gevolge van latere gebeurtenissen opnieuw te toetsen.

45 — Punt 301, laatste zin, van het bestreden arrest.

46 — Punt 302 van het bestreden arrest.

60. Het eerste middel is derhalve ongegrond. Hieronder zal ik derhalve slechts ingaan op de twee aanvullende argumenten die Cementbouw specifiek in het kader van het tweede middel aanvoert.

C — *Tweede middel*

61. Het tweede middel klaagt dat het Gerecht artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening onjuist zou hebben uitgelegd en toegepast en het evenredigheidsbeginsel zou hebben geschonden.

1. Schending van het evenredigheidsbeginsel

62. In wezen voert Cementbouw hier dezelfde argumenten aan als reeds in het eerste middel: het Gerecht zou hebben miskend dat de Commissie reeds tot aanvaarding van het ontwerp van toezeggingen van Haniel en Cementbouw van 28 mei 2002 verplicht was. Naar de opvatting van Cementbouw had de concentratie namelijk reeds bij realisering van deze toezeggingen geen communautaire dimensie meer. Dan zou alleen nog de eerste groep transacties over zijn gebleven [47], die op zichzelf helemaal niet onder de bevoegdheid van de Commissie hadden kunnen vallen.

64. Allereerst verwijt Cementbouw het Gerecht schending van het evenredigheidsbeginsel. Volgens Cementbouw gaat het Gerecht er ten onrechte van uit dat de Commissie niet reeds het ontwerp van toezeggingen van 28 mei 2002, maar enkel de definitieve toezeggingen van 5 juni 2002 had moeten aanvaarden.

63. Zoals ik reeds in het kader van de bespreking van het eerste middel uiteen heb gezet [48], snijdt dit betoog geen hout.

65. Het evenredigheidsbeginsel maakt deel uit van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. [49] Conform vaste rechtspraak houdt het in dat de handelingen van gemeenschapsinstellingen niet verder mogen gaan dan wat geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat, wanneer een keuze tussen meerdere geschikte maatregelen mogelijk is, de minst belastende maatregel moet worden gekozen en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig

47 — Cementbouw wijst in dit verband met nadruk op de poolingovereenkomst.

48 — Zie hierboven, inzonderheid punten 39-60 van deze conclusie.

49 — Zie, naast vele andere, arrest van 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 79).

mogen zijn aan de nagestreefde doelstellingen. [50]

66. Ook beschikkingen van de Commissie in concentratiecontroleprocedures moeten voldoen aan de vereisten van het evenredigheidsbeginsel en kunnen in zoverre worden getoetst door de rechter. Dit geldt niet alleen voor verbodsbeschikkingen conform artikel 8, lid 3, van de concentratieverordening en splitsingsbeschikkingen conform artikel 8, lid 4, van deze verordening, maar ook voor goedkeuringsbeschikkingen conform artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening, voor zover daaraan voorwaarden en verplichtingen zijn verbonden. De betrokken ondernemingen kunnen namelijk een reëel belang hebben bij een rechterlijke toetsing van voor hen belastende elementen van goedkeuringsbeschikkingen, teneinde een goedkeuring zonder voorwaarden en verplichtingen of op zijn minst een goedkeuring met minder vergaande voorwaarden en verplichtingen te verkrijgen. [51]

67. Wel vereist de beslissing van de Commissie over de verenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt een beoordeling van complexe economische verbanden, waarbij de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt. [52] Binnen deze beoordelingsmarge moet ook de vraag worden beantwoord of tegenover de Commissie gedane toezeggingen geschikt zijn om door haar vastgestelde mededingingsbezwaren weg te nemen.

68. Daarbij is het de taak van de gemeenschapsrechter om de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, hun betrouwbaarheid en onderlinge overeenstemming te controleren; bovendien moet hij controleren of die elementen het complete relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van de complexe situatie, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. [53] Het is echter niet zijn taak om zijn eigen beoordeling van de geschiktheid van de toezeggingen in de plaats te stellen van die van de Commissie.

69. Bij de rechterlijke toetsing van de evenredigheid van een met voorwaarden en verplichtingen verbonden goedkeuringsbeschikking moet bovendien in aanmerking worden genomen dat deze voorwaarden en verplichtingen op *vrijwillige toezeggingen* van de betrokken ondernemingen berusten. Er bestaat dus een sterk vermoeden dat de ondernemingen de door hen gedane toezeggingen zelf geschikt, noodzakelijk en redelijk

50 — Zie, specifiek voor het geval van een beschikking, arrest van 9 maart 2006, Zuid-Hollandse Milieufederatie en Natuur en Milieu (C-174/05, Jurispr. blz. I-2443, punt 28).

51 — Voor zover de voorwaarden en verplichtingen — zoals zo vaak — niet van de eigenlijke goedkeuring van de concentratie kunnen worden gescheiden, is *afzonderlijke nietigverklaring* daarvan niet mogelijk (vaste rechtspraak; zie, naast vele andere, arrest van 27 juni 2006, Parlement/Raad, C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punten 27 en 28). Dan kan alleen de met voorwaarden en verplichtingen verbonden goedkeuringsbeschikking in haar geheel worden aangevochten, teneinde een nieuwe beoordeling van de hele concentratie door de Commissie in de zin van artikel 10, lid 5, van de concentratieverordening te bewerkstelligen.

52 — Arresten van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, „Kali & Salz" (C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punten 223 en 224), en 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punten 38-40).

53 — Arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 52, punt 39).

hebben geacht om een door de Commissie vastgesteld mededingingsbezwaar weg te nemen, temeer omdat de ondernemingen een voorwaardelijke goedkeuring in de regel als een milder middel zullen beschouwen dan een algeheel verbod van de concentratie. Om die reden zou slechts onder bijzondere omstandigheden kunnen worden aangenomen dat een beschikking van de Commissie, die op vrijwillige toezeggingen van de betrokkenen berust, niet verenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel.

70. In casu is Cementbouw klaarblijkelijk van mening dat het Gerecht van dergelijke bijzondere omstandigheden had moeten uitgaan, omdat het om een reeds tot stand gebrachte concentratie ging waarvan de aanmelding door de Commissie zou zijn afgedwongen „op straffe van geldboetes". [54] Met name door haar bevoegdheid om in voorkomend geval een splitsing te bevelen conform artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening, zou de Commissie van de betrokken ondernemingen toezeggingen hebben kunnen vragen die zij anders niet zou hebben gekregen.

71. Dit betoog [55] overtuigt mij niet. Wanneer de betrokken ondernemingen een concentratie tot stand brengen reeds vóór de aanmelding ervan bij de Commissie en zonder vrijstelling van het uitvoeringsverbod, is dit uitsluitend hun verantwoordelijkheid en kan er hoe dan ook geen sprake zijn van bijzondere omstandigheden. Dat de Commissie bovendien in het geval van een onrechtmatig tot stand gebrachte concentratie geldboetes kan opleggen en in voorkomend geval een scheiding kan bevelen, vloeit reeds voort uit de concentratieverordening. [56] Voor zover de Commissie die bevoegdheden gedurende de procedure ter sprake brengt, verwijst zij daarmee slechts naar de rechtssituatie en verricht zij zeker geen buitengewone actie. Dit doet ook niet af aan het vrijwillige karakter van de door de ondernemingen gedane toezeggingen.

72. In hogere voorziening lijkt Cementbouw bovendien uit het evenredigheidsbeginsel af te leiden dat toezeggingen van de betrokken ondernemingen in ieder geval dan toereikend zijn en door de Commissie moeten worden aanvaard, wanneer de concentratie daardoor haar communautaire dimensie verliest en dus onder de in artikel 1 van de concentratieverordening bedoelde omzetdrempels komt te liggen; naar de opvatting van Cementbouw mag de Commissie verdergaande toezeggingen helemaal niet in haar beoordeling betrekken.

54 — In de procestaal: „under threat of fines".

55 — De argumenten van Cementbouw met betrekking tot dit probleem zijn ontvankelijk, omdat deze niet ingaan op de beoordeling door het Gerecht van de feiten en bewijsmiddelen, maar op de *juridische kwalificatie* van de omstandigheden van het onderhavige geval *als buitengewoon*. Dit is een rechtsvraag die door het Hof in hogere voorziening kan worden beoordeeld; zie bijvoorbeeld arrest van 6 april 2006, General Motors/Commissie (C-551/03 P, Jurispr. blz. I-3173, punt 51), alsmede arresten van 21 september 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (C-105/04 P, Jurispr. blz. I-8725, punt 69), en Technische Unie/Commissie (C-113/04 P, Jurispr. blz. I-8831, punt 82).

56 — Zie voor de geldboetes artikel 14, lid 2, sub b, en voor de scheiding artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening.

73. Ook dit argument, waar Cementbouw overigens ter terechtzitting niet meer onbeperkt aan vasthield, snijdt geen hout. Voor het onderzoek naar de evenredigheid van voorwaarden of verplichtingen is niet van belang of de concentratie, nadat aan deze voorwaarden en verplichtingen is voldaan, nog steeds een communautaire dimensie heeft, maar of de verbintenissen die door de betrokken ondernemingen zijn aangegaan, „in verhouding staan tot het mededingingsprobleem en dit probleem volledig wegwerken". [57] Het met de voorwaarden en verplichtingen nagestreefde legitieme doel is enkel, te verzekeren dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst [58]; hiervoor is een met de gemeenschappelijke markt verenigbare vorm van concentraties noodzakelijk. Eventuele voorwaarden en verplichtingen moeten enkel in verhouding tot dit doel geschikt, noodzakelijk en redelijk zijn.

74. Het zou absurd zijn wanneer de Commissie toezeggingen als die in het ontwerp van 28 mei 2002 alleen al daarom zou moeten aanvaarden, omdat de concentratie daardoor haar communautaire dimensie verliest, zonder nog überhaupt te moeten onderzoeken of deze toezeggingen de vastgestelde mededingingsbezwaren kunnen wegnemen.

75. Het Gerecht heeft dus niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het een schending van het evenredigheidsbeginsel door de Commissie heeft afgewezen. [59]

2. Relevantie van beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten

76. Verder verwijt Cementbouw het Gerecht dat het „niet heeft toegelicht", waarom de Commissie in de litigieuze beschikking tot een resultaat kon komen dat lijnrecht tegenover de conclusie van de nationale Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) stond. Daarmee doelt Cementbouw op de goedkeuring van de poolingovereenkomst door NMa. [60] Naar de opvatting van Cementbouw heeft het Gerecht de Commissie ten onrechte toegestaan om zonder afdoende motivering het reeds uitgevoerde diepgaande onderzoek van een nationale mededingingsautoriteit naar de voor het onderhavige geval relevante mededingingssituatie buiten beschouwing te laten.

57 — Zie in dit verband de achtste overweging van de considerans van verordening nr. 1310/97. Hetzelfde geldt overigens binnen het toepassingsgebied van de nieuwe versie van de EG-concentratieverordening (punt 30 van de considerans van verordening nr. 139/2004).

58 — Artikel 3, lid 1, sub g, EG en eerste overweging van de considerans van de concentratieverordening (of punt 2 van de considerans van de nieuwe versie van de EG-concentratieverordening).

59 — Punten 303 e.v. van het bestreden arrest.

60 — Zie punt 17 van deze conclusie.

77. Zoals Cementbouw echter zelf toegeeft, zijn beschikkingen van nationale mededingingsautoriteiten in concentratiecontroleprocedures niet bindend voor de Commissie. Aanvullend merk ik op dat een dergelijke gebondenheid in een normale situatie ook helemaal niet denkbaar zou zijn gezien de duidelijke bevoegdheidsverdeling [61] in de concentratieverordening: zowel de Commissie als de nationale autoriteiten nemen uitsluitend beslissingen op de gebieden waarvoor zij bevoegd zijn, die overigens geen overlappingen vertonen. [62]

78. Het onderhavige geval heeft echter als bijzonderheid, dat de eerste groep transacties zowel in de procedure voor NMa als in de latere procedure voor de Commissie een rol heeft gespeeld. Formeel gezien hadden beide procedures weliswaar niet hetzelfde onderwerp, omdat de eerste groep transacties door NMa afzonderlijk werd onderzocht, terwijl deze door de Commissie als onderdeel van het totale voornemen werd beschouwd, dat naast de eerste ook de tweede groep transacties omvatte. Juist is echter dat beide autoriteiten de eerste groep transacties op mededingingsrechtelijke punten hebben beoordeeld.

79. Daaruit volgt evenwel nog niet dat de Commissie *inhoudelijk* aan de eerdere beoordeling van de eerste groep transacties door NMa gebonden zou zijn geweest. Ook leidt het bestaan van de eerdere beschikking van NMa, anders dan Cementbouw ter terechtzitting stelt, niet tot een beperking van de beoordelingsmarge van de Commissie.

80. Veeleer had de tweede groep transacties tot gevolg dat de uitsluitende bevoegdheid voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van het hele voornemen overging op de Commissie. Daarbij zijn voor de Commissie alleen die criteria *inhoudelijk bindend*, die in artikel 2 van de concentratieverordening voor het onderzoek naar de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt zijn voorgeschreven. De Commissie is verplicht elke zaak aan de hand van deze criteria nauwkeurig te onderzoeken, waarbij zij zich in voorkomend geval met dezelfde feiten en mededingingsbezwaren bezig moet houden, als ook reeds de nationale autoriteit in een vergelijkbare situatie. Een verplichting tot inhoudelijke afstemming van de beslissing van de Commissie met die van een nationale autoriteit vloeit echter niet voort uit artikel 2 van de concentratieverordening.

61 — Zie punten 31 en 40 van deze conclusie.

62 — De nationale mededingingsautoriteiten kunnen uitsluitend krachtens artikel 19 van de concentratieverordening hun standpunt kenbaar maken in de procedure bij de Commissie.

81. Op grond daarvan was het Gerecht van meet af aan niet verplicht „toe te lichten" waarom de Commissie bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van de eerste groep transacties *tot een ander resultaat kon komen* dan NMa. Veeleer ligt het in de aard van de zaak dat, en hoeft niet te worden toegelicht waarom, verschillende autoriteiten binnen hun eigen bevoegdheden en met gebruikmaking van hun beoordelingsmarge tot een andere oplossing voor vergelijkbare problemen komen. [63]

82. Alleen voor de volledigheid merk ik nog op dat Cementbouw op geen enkele wijze erop kon vertrouwen dat de mededingingsrechtelijke gevolgen van de eerste groep transacties op communautair niveau op dezelfde wijze zouden worden beoordeeld als eerder door NMa. Zoals de Commissie terecht benadrukt, heeft de onderneming de eerste groep transacties namelijk nooit in de door NMa goedgekeurde vorm gerealiseerd, maar zelf ervoor gezorgd dat deze transacties pas samen met die van de tweede groep, derhalve als onderdeel van een grotere concentratie, werden afgesloten en uitgevoerd.

63 — Ook in de trans-Atlantische sfeer is dit zeker geen onbekend fenomeen; zo is de Commissie in de zaak COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell tot een duidelijk andere conclusie gekomen dan de autoriteiten van de VS.

83. Gezien het bovenstaande acht ik ook het tweede middel in zijn geheel ongegrond.

D — *Tussenconclusie*

84. Omdat geen van de door Cementbouw aangevoerde middelen slaagt, ben ik van mening dat de hogere voorziening in haar geheel dient te worden afgewezen.

## V — Kosten

85. Overeenkomstig artikel 69, lid 2, junctis de artikelen 118 en 122, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien Cementbouw in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

## VI — Conclusie

86. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Cementbouw Handel & Industrie BV wordt verwezen in de kosten van de procedure."