CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 26 de abril de 2007 [1]

I. Introducción

1. El presente asunto ofrece la posibilidad de precisar la delimitación de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros en materia de control de las fusiones. [2] Debe dilucidarse qué momento es determinante en una fusión concreta para fijar la autoridad de defensa de la competencia competente. Asimismo, ha de analizarse si esa autoridad puede perder su competencia con motivo de hechos acaecidos con posterioridad. Estas cuestiones tienen una enorme relevancia práctica tanto para los operadores económicos afectados como para las autoridades de defensa de la competencia que asumen el control de la fusión a nivel nacional y a nivel comunitario.

2. El origen de este asunto es un procedimiento de control de una fusión en los Países Bajos relacionado con los mercados de materiales de construcción de muros, entre los cuales se encuentran los ladrillos silicocalcáreos. En 1999 las empresas Cementbouw [3] y Haniel [4] adquirieron el control conjunto de la empresa CVK [5] y de sus empresas miembros. Para ello se celebraron dos grupos de transacciones, que fueron considerados por la Comisión como una *operación unitaria de concentración entre empresas.* Sólo pudo estimarse que la Comisión era competente para analizar este caso porque se consideró que estos dos grupos de transacciones constituían una unidad y en su conjunto superaban el umbral de volumen de negocios pertinente.

3. A lo largo del procedimiento de control de la fusión la Comisión constató la existencia de problemas de competencia. Para solventar estos problemas, Haniel y Cement-

1 — Lengua original: alemán.

2 — Bajo la expresión control de las fusiones se entiende generalmente el control de las concentraciones entre empresas, tanto si se trata de fusiones en sentido estricto como de otras formas de concentraciones entre empresas.

3 — Cementbouw Handel & Industrie BV (en lo sucesivo, «Cementbouw») ejerce su actividad en los Países Bajos en el mercado de los materiales de construcción y, en términos más generales, en los mercados de la construcción, la logística y el mercado de materias primas.

4 — La sociedad alemana Franz Haniel & Cie GmbH (en lo sucesivo, «Haniel») es una empresa del sector de los materiales de construcción.

5 — Coöperatieve Verkoop- en Produktievereniging van Kalkzandsteenproducenten.

bouw se limitaron a ofrecer en un primer proyecto compromisos que suponían una renuncia al *segundo grupo de transacciones*. La Comisión rechazó estos compromisos por no considerarlos idóneos para resolver los problemas de competencia y sólo autorizó la operación de concentración después de que se presentaran compromisos más amplios que incluían una renuncia al *primer grupo de transacciones*.

4. Ante el Tribunal de Justicia Cementbouw alega que la Comisión no estaba facultada en absoluto para basar su Decisión en estos compromisos más amplios, porque ya con la renuncia al segundo grupo de transacciones ofrecida por las empresas en un primer momento había desaparecido un elemento decisivo de la operación de concentración y, al no superarse los umbrales cuantitativos relativos al volumen de negocios, la Comisión, en su conjunto, ya no tenía competencia para conocer de la operación.

II. Marco jurídico

5. El marco jurídico de este asunto lo constituye el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (en lo sucesivo, «Reglamento de concentraciones» o «RC»),[6] en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo.[7]

6. El *ámbito de aplicación material* del Reglamento de concentraciones se resume en su artículo 1, apartado 1:

«El presente Reglamento se aplicará a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria [...]»

Como complemento a esta regulación, el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del RC dispone:

«El presente Reglamento sólo será aplicable a las concentraciones definidas en el artículo 3 [...]»

6 — DO L 395, p. 1, publicado nuevamente, tras la corrección de errores, en DO 1990, L 257, p. 13.

7 — Reglamento de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento nº 4064/89 (DO L 180, p. 1; corrección de errores en DO 1998, L 3, p. 16, y DO 1998, L 40, p. 17).

7. El artículo 3 del RC incluye una definición del término *concentración* que tiene en parte el siguiente tenor:

«1. Existe una operación de concentración:

a) cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen, o

b) cuando

— una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o

— una o más empresas

mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.

[...]»

8. El hecho de que una operación de concentración tenga o no *dimensión comunitaria* depende de si el volumen total de negocios de las empresas afectadas, a escala mundial y en la Comunidad, supera determinados umbrales cuantitativos fijados en el artículo 1, apartados 2 y 3, del RC. El artículo 1, apartado 2, del RC, pertinente en este asunto, tiene el siguiente tenor:

«A efectos del presente Reglamento, las operaciones de concentración se considerarán de dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, de todas las empresas afectadas supere los 5.000 millones de ecus, y

b) el volumen de negocios total, en la Comunidad, de por lo menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de ecus,

salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro.»

9. Las operaciones de concentración de dimensión comunitaria están sujetas a una prohibición de ejecución y deben ser notificadas a la Comisión (artículos 4 y 7 del RC). La Comisión examina su compatibilidad con el mercado común (artículo 2, apartado 1, del RC). La autorización o la prohibición de una operación de concentración depende de si ésta crea o intensifica una posición dominante que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo (artículo 2, apartados 2 y 3, del RC).

10. Una prohibición presupone siempre la incoación de un procedimiento formal de control de la fusión [la denominada «fase II»; véanse al respecto el artículo 6, apartado 1, letra c), y el artículo 8, apartado 3, del RC]. También es posible –como sucedió en el presente asunto– que una autorización vaya precedida de tal procedimiento formal. [8] A fin de evitar posibles problemas de competencia, la autorización puede ir acompañada de condiciones y obligaciones. Con esta finalidad, el artículo 8, apartado 2, del RC atribuye a la Comisión las siguientes facultades de decisión:

«Cuando la Comisión compruebe que una operación de concentración notificada, llegado el caso tras las modificaciones aportadas por las empresas afectadas, responde al criterio definido en el apartado 2 del artículo 2 [...], tomará una decisión en la que declarará que la concentración es compatible con el mercado común.

La Comisión podrá acompañar su decisión de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión con miras a compatibilizar la operación de concentración con el mercado común. [...]» [9]

8 — En caso de que una operación de concentración no plantee serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, como sucede con frecuencia en la práctica, tal operación es autorizada *sin* la incoación de un procedimiento formal de control de la fusión, tras un mero examen preliminar (la denominada «fase I»). Según el artículo 6, apartado 1, letra b), del RC, en estos supuestos la Comisión *decidirá no oponerse* a la concentración y la declarará compatible con el mercado común.

9 — También una decisión de autorización dictada en la fase de examen preliminar puede ir acompañada de condiciones y obligaciones a fin de evitar posibles problemas de competencia (artículo 6, apartado 2, del RC, en la versión dada por el Reglamento nº 1310/97).

11. En el artículo 21, apartados 1 y 2, del RC se delimitan las competencias para el control de las operaciones de concentración entre empresas como sigue:

«1. La Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sin perjuicio del control del Tribunal de Justicia.

2. Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su legislación nacional en materia de competencia a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria.

[...]»

12. Adicionalmente, el considerando 29 del Reglamento de concentraciones precisa:

«[...] las operaciones de concentración no contempladas en el presente Reglamento son, en principio, competencia de los Estados miembros; [...]»

13. En el año 2004 se modificó el Reglamento de concentraciones en varios puntos esenciales. Según se desprende de su artículo 26, apartado 1, el *nuevo* Reglamento CE de concentraciones [10] se aplica, no obstante, desde el 1 de mayo de 2004, por lo que no resulta aplicable al caso de autos; según el artículo 26, apartado 2, en asuntos como el presente sigue siendo aplicable la normativa anterior.

III. Hechos y procedimiento

A. *Hechos*

14. Sobre la base de las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia [11] es posible resumir como sigue los hechos de este asunto.

15. CVK existía desde 1947 y estaba inicialmente encargada de la venta de la producción de sus empresas miembros, los fabricantes neerlandeses de ladrillos silicocalcáreos. En 1989, CVK se transformó en cooperativa según el Derecho neerlandés para mejorar la colaboración entre sus miembros.

10 — Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DO L 24, p. 1).

11 — Véanse, en particular, los apartados 4 a 8 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 2006, Cementbouw Handel & Industrie BV/Comisión (T-282/02, Rec. p. II-319).

16. Antes de llevarse a cabo la operación de concentración que constituye el objeto del presente procedimiento judicial, entre las 11 empresas miembros de CVK se encontraban cinco filiales de Haniel, tres filiales de Cementbouw, dos filiales de RAG [12] y una empresa propiedad conjunta de Haniel, Cementbouw y RAG.

17. En 1998, la Nederlandse Mededingingsautoriteit (en lo sucesivo, «NMa») [13] recibió la notificación de un proyecto de concentración en el que CVK pretendía adquirir el control de sus empresas miembros. Dicho control debía transmitirse en el marco de la celebración de un contrato de agrupación, así como de una modificación de los estatutos de CVK. Mediante resolución de 20 de octubre de 1998, la NMa autorizó dicho proyecto.

18. No obstante, antes de realizarse la operación, RAG había tomado la decisión de vender a Haniel y a Cementbouw sus participaciones en las empresas miembros de CVK. En marzo de 1999, las partes comunicaron sus intenciones a la NMa. Mediante escrito de 26 de marzo de 1999, ésta les señaló que la compraventa proyectada no constituiría una operación de concentración en el sentido de las disposiciones neerlandesas aplicables, [14] siempre que la operación autorizada mediante resolución de 20 de octubre de 1998 se hubiera realizado, a más tardar, en el momento de dicha compraventa.

19. El 9 de agosto de 1999, las empresas afectadas celebraron diferentes transacciones, que pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar, CVK y sus empresas miembros celebraron el contrato de agrupación [15] arriba mencionado; ese mismo día se modificaron los estatutos de CVK para dar cumplimiento a las estipulaciones del contrato de agrupación *(primer grupo de transacciones).* En segundo lugar, RAG enajenó –también el 9 de agosto de 1999– las participaciones sociales que ésta poseía en tres de las empresas miembros de CVK a Haniel y Cementbouw, que a su vez celebraron un contrato de colaboración para regular su cooperación en el seno de CVK *(segundo grupo de transacciones).*

B. *El procedimiento ante la Comisión, los compromisos y la Decisión impugnada*

20. Habiendo tenido conocimiento de las transacciones de 9 de agosto de 1999 con

12 — RAG AG, Deutschland (denominación anterior: Ruhrkohle AG).

13 — Autoridad neerlandesa de la competencia.

14 — Artículo 27 de la Ley de 22 de mayo de 1997, por la que se establecen nuevas reglas sobre la competencia económica [wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) (Stbl. 1997, nº 242)].

15 — Véase el punto 17 de las presentes conclusiones.

ocasión del estudio de otras dos operaciones de concentración notificadas por Haniel, [16] la Comisión, mediante escrito de 22 de octubre de 2001, informó a Cementbouw, así como al resto de las empresas afectadas, de que debía notificársele la operación. A raíz de lo anterior, el 24 de enero de 2002, Haniel y Cementbouw notificaron la operación a la Comisión conforme al artículo 4 del RC.

21. El 25 de febrero de 2002, la Comisión incoó con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra c), del RC el procedimiento formal de control, dado que consideraba que la operación de concentración notificada planteaba serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común y con el Acuerdo EEE. [17]

22. Con posterioridad a la comunicación del pliego de cargos y a la audiencia de las partes por parte de la Comisión, Haniel y Cementbouw propusieron el 28 de mayo de 2002 un *proyecto de compromisos* en el que hacían concesiones respecto al segundo grupo de transacciones. En este proyecto de compromisos se preveía, en esencia, que Haniel y Cementbouw pondrían fin a su contrato de colaboración y venderían a un tercero independiente las participaciones sociales en empresas miembros de CVK adquiridas a RAG en 1999. Por el contrario, se mantendrían vigentes tanto el contrato de agrupación como la modificación de los estatutos de CVK (primer grupo de transacciones). [18] La Comisión estimó que este proyecto de compromisos era insuficiente para solventar los problemas de competencia que había constatado, los cuales guardaban después de todo una estrecha relación con el contrato de agrupación, es decir, con el primer grupo de transacciones.

23. Como consecuencia de lo anterior, el 5 de junio de 2002, ambas empresas presentaron unos *compromisos definitivos,* en los que asimismo se comprometían a rescindir el contrato de agrupación, anular las modificaciones de los estatutos de CVK y disolver ésta, todo ello dentro de un plazo determinado. [19]

24. El 26 de junio de 2002, sobre la base del artículo 8, apartado 2, del RC, la Comisión aprobó la Decisión impugnada, [20] en la que declaró que la operación de concentración notificada era compatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE, si bien condicionó la autorización al cumplimiento íntegro por parte de Haniel y de Cementbouw de los compromisos definitivos asumidos el 5 de junio de 2002. La autorización de la operación de concentración dependía especialmente de *que,* en consonancia con

16 — Asuntos COMP/M.2495 — Haniel/Fels y COMP/M.2568 — Haniel/Ytong.

17 — Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (DO 1994, L 1, p. 3).

18 — Apartado 295 de la sentencia recurrida y considerando 127 de la Decisión impugnada.

19 — Apartado 298 de la sentencia recurrida y considerando 129 de la Decisión impugnada.

20 — Decisión 2003/756/CE de la Comisión, de 26 de junio de 2002, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común y el Acuerdo EEE — Asunto COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK), notificada con el número C(2002) 2315 (DO 2003, L 282, p. 1; corrección de errores en DO 2003, L 285, p. 52).

los compromisos definitivos asumidos por Haniel y Cementbouw, *se disolviese CVK* dentro de un plazo determinado.

C. El procedimiento judicial

25. El 11 de septiembre de 2002 Cementbouw interpuso recurso contra la Decisión impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia solicitando la anulación de la Decisión impugnada así como que se condenase en costas a la Comisión. Por su parte, la Comisión solicitó que se desestimase el recurso y se condenase en costas a Cementbouw.

26. Mediante sentencia de 23 de febrero de 2006 (en lo sucesivo, «sentencia recurrida») [21] el Tribunal de Primera Instancia confirmó íntegramente la Decisión impugnada. El Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso y condenó en costas a la empresa.

27. Mediante su recurso de casación, presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 4 de mayo de 2006, Cementbouw solicita ahora al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida.

— Devuelva, en su caso, el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que éste se pronuncie de nuevo.

— Condene en costas a la Comisión.

28. Por su parte, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de casación.

— Condene en costas a Cementbouw.

29. Ante el Tribunal de Justicia se tramitó en primer lugar la fase escrita del recurso de casación y más tarde, el 22 de marzo de 2007, se celebró la vista oral.

IV. Apreciación

A. Observaciones preliminares

30. La delimitación de las respectivas competencias de la Comunidad y de los Estados

21 — Asunto T-282/02, sentencia citada en la nota 11 *supra*.

miembros no constituye en modo alguno únicamente una cuestión «constitucional», tal como viene siendo discutido en el marco del Derecho primario, como, por ejemplo, últimamente, con ocasión del Tratado por el que se establece una constitución para Europa. [22] Al contrario, este problema se plantea asimismo en la práctica cotidiana de las autoridades comunitarias y nacionales. El control de las fusiones constituye un ejemplo especialmente significativo al respecto.

31. En principio, el Reglamento de concentraciones lleva a cabo una clara delimitación de las competencias según el *principio de la doble exclusividad:* la Comisión, como autoridad en materia de competencia de la Comunidad, tiene competencia exclusiva para conocer de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria y para ello debe tomar como referencia exclusivamente el Reglamento de concentraciones (artículo 21, apartados 1 y 2, así como artículo 22, apartado 1, primer inciso, del RC).

32. El presente asunto pone de manifiesto, sin embargo, que, en un caso concreto, es perfectamente posible que se discuta qué autoridad es competente en la Comunidad para examinar y autorizar una operación de concentración entre empresas.

22 — Suscrito en Roma el 29 de octubre de 2004 (DO C 310, p. 1).

33. La Comisión afirmó ser competente en este asunto [23] porque calificó los dos grupos de transacciones celebradas el 9 de agosto de 1999 [24] como partes integrantes de una operación unitaria, [25] que tomada en su totalidad reunía los criterios de una operación de concentración de dimensión comunitaria en el sentido del artículo 3, apartado 1, en relación con el artículo 1, apartados 1 y 2, del RC y, sobre todo, superaba los importes pertinentes de volumen de negocios. La Comisión consideró a lo largo del posterior desarrollo del procedimiento que seguía siendo competente, incluso cuando las empresas afectadas ya le habían comunicado su proyecto de compromisos de fecha de 28 de mayo de 2002 según el cual estaban dispuestas a renunciar a una parte de su operación de concentración, a saber, el segundo grupo de transacciones.

34. Ante el Tribunal de Primera Instancia Cementbouw se opuso a la Decisión impugnada en ambos puntos; la empresa rebatió, por consiguiente, tanto la *competencia original* de la Comisión como la *continuidad* de la misma para aceptar compromisos más amplios que los asumidos en el proyecto de 28 de mayo de 2002. El Tribunal de Primera

23 — Véanse, en particular, los considerandos 12 a 32 de la Decisión impugnada.

24 — Véase al respecto el punto 9 de las presentes conclusiones.

25 — En la doctrina este punto fue comentado en los siguientes términos: «*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, pp. 108 y 109).

Instancia, sin embargo, mantuvo la Decisión impugnada. [26]

35. El recurso de casación interpuesto por Cementbouw ya no plantea todos los temas que fueron objeto del procedimiento en primera instancia. Se impugnan únicamente las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia relativas a la *continuidad de la competencia* de la Comisión tras el proyecto de compromisos de 28 de mayo de 2002. En cambio, Cementbouw no aborda en el presente recurso de casación la cuestión de la *competencia original* de la Comisión, basada en la consideración global de ambos grupos de transacciones de 9 de agosto de 1999 como una operación unitaria.

B. *Sobre el primer motivo del recurso de casación*

36. Con el primer motivo de su recurso de casación Cementbouw reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber interpretado erróneamente y aplicado indebidamente los artículos 1, 2 y 3, apartado 1, del RC. [27] Cementbouw afirma que el Tribunal de Primera Instancia mantuvo la Decisión impugnada a pesar de que las concesiones ofrecidas por las empresas afectadas en su proyecto de compromisos, en caso de que se hubieran aceptado, habrían implicado la pérdida de la competencia de la Comisión. Por consiguiente, debido a falta de competencia, la Comisión ya no habría estado facultada para basar su autorización de la operación de concentración en los compromisos definitivos de Haniel y Cementbouw, de contenido más amplio.

37. En esencia, Cementbouw argumenta en los términos siguientes: la Comisión sólo estimó que era competente para conocer de la operación de concentración que le fue notificada debido a la consideración conjunta de ambos grupos de transacciones; sólo considerados conjuntamente habían superado los umbrales cuantitativos referidos al volumen de negocios recogidos en el artículo 1 del Reglamento de concentraciones y habían conferido por lo tanto a la operación de concentración una dimensión comunitaria. Sin embargo, con su proyecto de compromisos, Haniel y Cementbouw habían ofrecido renunciar a la parte de la operación de concentración basada en el segundo grupo de transacciones. En su opinión, ya con tal modificación, la operación de concentración había quedado por debajo de los umbrales cuantitativos relativos al volumen de negocios establecidos en el Reglamento de concentraciones. Sólo subsistía la parte referida al primer grupo de transacciones, la cual, en sí misma, carecía de dimensión comunitaria al no superar el umbral cuantitativo relativo al volumen de negocios. En opinión de la recurrente, la competencia de la Comisión no se basa sólo en la operación de concentración notificada, sino en la realmente existente.

38. Para poder examinar la solidez de esta línea argumentativa es necesario identificar en primer lugar qué momento es determinante para fijar la competencia de la

26 — Apartados 101 a 149, así como 293 a 321 de la sentencia recurrida.

27 — En la medida en que Cementbouw, en el *segundo* motivo del recurso de casación, también imputa un incumplimiento del artículo 8, apartado 2, del RC, desde el punto de vista de la competencia, resulta aplicable la argumentación que se expone a continuación de modo análogo.

Comisión en materia de control de las fusiones (véase el epígrafe 1 *infra);* posteriormente, deberá precisarse si, y en su caso, en qué medida, la competencia adquirida por la Comisión aún puede verse afectada por hechos acaecidos posteriormente (véase el epígrafe 2 *infra).*

1. El momento relevante para la determinación de la competencia de la Comisión

39. En el Reglamento de concentraciones no se regula expresamente qué momento es decisivo para fijar la competencia de la Comisión para llevar a cabo un procedimiento de control de una fusión. Del Reglamento sólo se deriva que la Comisión debe comprobar al inicio su propia competencia y decidir sobre la misma (véanse el artículo 4, apartado 3, y el artículo 6, apartado 1, del RC), [28] pero no qué momento –y por ende qué situación de hecho– debe servir de base de su examen. Por lo tanto, debe identificarse este momento relevante a la vista del sentido y finalidad de los preceptos relativos a la competencia así como del contexto del régimen de la misma.

40. Tal como ya se ha mencionado, [29] el Reglamento de concentraciones se basa en el *principio de un reparto exacto de las competencias* entre las autoridades nacionales y comunitarias de control, y compete exclusivamente a la Comisión decidir sobre las operaciones de concentración de dimensión comunitaria. [30]

41. Además, el régimen creado por el Reglamento de concentraciones está caracterizado por un *imperativo de celeridad,* plasmado sobre todo por un sistema de plazos muy preciso y estricto, en comparación con otros, y que persigue limitar la duración de los procedimientos de control de las fusiones. [31]

42. Tanto el reparto de competencias como el imperativo de celeridad tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica y, en definitiva, ponen de manifiesto el objetivo de compatibilizar las exigencias de una buena administración con las del tráfico mercantil. [32] El control de las operaciones de concentración entre empresas por parte de la Comisión en su calidad de autoridad comunitaria de defensa de la competencia debe transcurrir de la manera más eficiente posible.

28 — Sobre el deber de la Comisión de decidir sobre su competencia, véase también la sentencia de 25 de septiembre de 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser y otros/Comisión (C-170/02 P, Rec. p. I-9889), apartado 28.

29 — Véase el punto 31 de las presentes conclusiones.

30 — Sentencias Schlüsselverlag J. S. Moser y otros/Comisión, citada en la nota 28 *supra*, apartados 32 y 34, y de 22 de junio de 2004, Portugal/Comisión (C-42/01, Rec. p. I-6079), apartados 50 y 53.

31 — Sentencias Schlüsselverlag J. S. Moser y otros/Comisión, citada en la nota 28 *supra*, apartado 33, y Portugal/Comisión, citada en la nota 30 *supra*, apartado 51; véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997, Kaysersberg/Comisión (T-290/94, Rec. p. II-2137), apartado 113.

32 — Sentencias Schlüsselverlag J.S. Moser y otros/Comisión, citada en la nota 28 *supra*, apartados 33 y 34, y Portugal/Comisión, citada en la nota 30 *supra*, apartados 51 y 53.

43. El deber de notificación y la prohibición de ejecución a los que están sometidas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria también tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica y la eficiencia del control comunitario de las fusiones (artículos 4 y 7 del RC).

44. Pero a fin de poder garantizar en breves plazos la mayor seguridad jurídica posible y una práctica administrativa adecuada y eficiente en materia de control de fusiones es preciso poder determinar lo antes posible la autoridad competente.

45. Como fecha determinante para fijar la competencia de la Comisión podría considerarse la *fecha de la notificación* de un proyecto de concentración ante la misma. Sin embargo, si se analiza más detalladamente, este momento no puede ser el determinante. De serlo, las empresas afectadas podrían influir sobre el reparto de competencias a su arbitrio, notificando la operación antes o después. [33] Además, desde la perspectiva de los operadores económicos diligentes, debe poder determinarse objetivamente ya antes de cumplir efectivamente con un eventual deber de notificación si su proyecto de concentración queda comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones y, por lo tanto, en el ámbito de competencia de la Comisión. Sólo así es posible para estos operadores económicos actuar conforme a Derecho, y cumplir de manera segura su deber de notificación y la obligación de respetar la prohibición de ejecución, aparejados ambos con la imposición de multas en caso de infracción. [34]

46. Decisiva es, por lo tanto, únicamente la situación de hecho dada en el momento en que *nace* un eventual *deber de notificación*. Dicho con otras palabras, la competencia de la Comisión debe determinarse en relación con el día *a partir del cual* un proyecto de concentración *debe ser* en su caso *notificado* a la misma. [35] Este día es aquél en que los operadores económicos afectados se vinculan contractualmente [36] (véase el artículo 4, apartado 1, del RC). [37] En ese momento ya es objetivamente posible determinar si concu-

33 — Tal como se pone de manifiesto en el presente asunto, cabe imaginar que, a pesar del plazo estricto de una semana, dentro del cual debía tener lugar la notificación (artículo 4, apartado 1, del RC), la notificación efectiva se realice un tiempo después, tras la conclusión de los contratos civiles. Es posible que durante el período intermedio varíen los volúmenes de negocios de las empresas afectadas, lo cual podría repercutir decisivamente sobre la superación o no de los umbrales cuantitativos fijados en el artículo 1 del RC. Con más motivo puede suceder así en el ámbito de aplicación del nuevo Reglamento comunitario de concentraciones (Reglamento nº 139/2004), cuyo artículo 4, apartado 1, ya no prevé absolutamente ningún plazo dentro del cual deba realizarse la notificación.

34 — Artículo 14, apartado 1, letra a), y apartado 2, letra b), del RC.

35 — La cuestión de si es determinante un momento anterior a éste, por ejemplo, el momento de la decisión de celebración de un contrato de fusión (véase el artículo 4, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento nº 139/2004), no requiere ser aclarado en el asunto de autos. La posibilidad de *anticipar voluntariamente* la notificación sólo se prevé en el marco del nuevo Reglamento comunitario de concentraciones y no en el Reglamento nº 4064/89, aún aplicable en el presente asunto.

36 — En este mismo sentido, respecto al artículo 4 del Reglamento nº 4064/89, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de septiembre de 2004, MCI/Comisión (T-310/00, Rec. p. II-3253), apartado 89: «La competencia de la Comisión [...] depende, como establece el artículo 4 de dicho Reglamento de "la conclusión del acuerdo" de concentración.» El Tribunal de Primera Instancia añade que la Comisión «*no* es competente para adoptar una decisión en virtud del Reglamento nº 4064/89 *antes* de la conclusión del acuerdo» (el subrayado es mío).

37 — La publicación de una oferta de compra o de canje, o la adquisición de una participación de control se equiparan al vínculo contractual (artículo 4, apartado 1, del RC).

rre o no una operación de concentración de dimensión comunitaria. Y a partir de ese momento rige para los operadores económicos la prohibición de ejecución establecida por el Reglamento de concentraciones (véase el artículo 7, apartado 1, del RC).

2. La repercusión de hechos posteriores sobre la competencia de la Comisión

47. Queda por analizar si, y en qué medida, hechos posteriores, especialmente aquellos acaecidos durante un procedimiento de control en curso, pueden repercutir sobre la competencia ya adquirida por parte de la Comisión.

48. Es obvio que la Comisión pierde su competencia para examinar una operación de concentración si las empresas afectadas *abandonan completamente* [38] su –aún no realizado– proyecto de concentración. El procedimiento de control de la fusión queda sin objeto. [39]

49. Por el contrario, este procedimiento no queda en absoluto sin objeto cuando las empresas afectadas únicamente practican ciertas modificaciones en su operación de concentración, sin abandonar la misma completamente. Aunque estas modificaciones sean de gran entidad y afecten, desde la perspectiva de las empresas afectadas, al núcleo de su operación de concentración, [40] se sigue manteniendo una parte de dicha operación –en el caso de autos, el primer grupo de transacciones–, por voluntad de las partes. En contra de la opinión mantenida por Cementbouw, esto constituye una diferencia cualitativa con respecto al completo abandono de la operación de concentración.

50. Aún menos puede quedar sin objeto el procedimiento cuando las empresas afectadas, como en el presente asunto, sólo se comprometen frente a la Comisión a practicar ciertas modificaciones, sin llevarlas inmediatamente a la práctica. En contra de la opinión defendida por Cementbouw, estos meros *compromisos* no alteran directamente la realidad de la operación de concentración pactada contractualmente por las empresas ni sus repercusiones económicas, máxime cuando la operación de concentración, como en este caso, ya se había ejecutado.

51. Expresado en términos generales, la mera circunstancia de que las empresas, en el transcurso de un procedimiento de control de una fusión, realicen o simplemente

38 — En este sentido, la sentencia de MCI/Comisión, citada en la nota 36 *supra*, en particular, los apartados 96 y 107.

39 — Esta idea aparece reflejada en el artículo 6, apartado 1, letra c), último inciso, de la nueva redacción del Reglamento comunitario de concentraciones (Reglamento nº 139/2004).

40 — Cementbouw mantiene en el presente asunto que el proyecto de compromisos asumido el 28 de mayo de 2002 ya supuso una pérdida de la «essence» o del «constitutive element» de la operación de concentración (véanse al respecto los apartados 11, 13 y 17 del escrito de interposición del recurso).

asuman el compromiso de practicar ciertas modificaciones en su operación no puede afectar a la competencia ya adquirida por parte de la Comisión. En el supuesto de que, como en el presente caso, se siga pretendiendo realizar la operación de concentración o mantener la operación de concentración ya efectuada, y aunque se haga asumiendo recortes con respecto a la configuración original, sigue estando justificado el control de su compatibilidad con el mercado común.

52. También puede mencionarse en apoyo de esta conclusión el objetivo perseguido con las modificaciones de una operación de concentración practicadas o asumidas durante el procedimiento de control: el artículo 8, apartado 2, del Reglamento de concentraciones [41] establece claramente que las modificaciones practicadas o asumidas (y con ello los «compromisos») tienen como finalidad configurar una operación de concentración compatible con el mercado común. Por lo tanto, analizadas más detenidamente, tienen como única finalidad permitir a la Comisión el *ejercicio* efectivo de sus facultades en el marco de un procedimiento de control, y no privar a la Comisión de su competencia para conocer de un asunto.

53. Si sólo se practican modificaciones de una operación de concentración o se asume practicarlas, sin que la misma haya sido abandonada completamente, continúa plenamente vigente el objetivo anteriormente mencionado de garantizar en el control de las fusiones la máxima seguridad jurídica posible y una buena y eficiente práctica administrativa. [42]

54. Si fuese posible cuestionar la competencia de la Comisión durante un procedimiento de control de una fusión en curso, o la misma quedase supeditada a constantes cambios, esto no sería compatible con la necesidad de seguridad jurídica ni con las exigencias de una buena y eficiente práctica administrativa en breves plazos.

55. Por lo demás, sería de temer que un asunto peregrinase sin rumbo de aquí para allá entre la Comisión y una o varias autoridades nacionales de defensa de la competencia, lo cual implicaría que su examen sería significativamente más lento y complicado e iría unido a una elevada carga de inseguridad, no sólo para las autoridades implicadas sino también para las empresas interesadas y los mercados. Además no sería posible excluir la posibilidad de que las empresas afectadas procediesen expresamente a practicar modificaciones de su proyecto de concentración durante el transcurso de un procedimiento de control a fin de despojar de competencia a una autoridad y de atribuir competencia a otra autoridad presuntamente más flexible; es decir, podría producirse una especie de «forum shopping».

41 — Lo mismo rige para autorizaciones en la fase de examen preliminar («fase I») en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento de concentraciones, en la versión dada por el Reglamento nº 1310/97.

42 — Véanse los puntos 40 a 44 de las presentes conclusiones.

56. De conformidad con lo anterior, ninguna disposición del Reglamento de concentraciones exige tampoco a la Comisión un nuevo examen de su competencia cuando las empresas afectadas modifican su proyecto de concentración o simplemente asumen el compromiso de hacerlo. Al contrario, la Comisión debe declarar ya antes de incoar un procedimiento formal («fase II»), durante la denominada fase de examen preliminar («fase I»), si se superan o no los umbrales cuantitativos establecidos en el artículo 1 del RC. La base para ello, conforme al artículo 6, apartado 1, del RC, consiste únicamente en la *operación de concentración notificada* a la Comisión. La exigencia del artículo 8, apartado 2, del RC de tener en cuenta las modificaciones posteriores de la operación de concentración que fue notificada tiene como único objetivo determinar su compatibilidad con el mercado común. El artículo 8, apartado 2, del RC [43] no prevé, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, del RC, una nueva decisión de la Comisión sobre su competencia. [44]

3. Resultado provisional

57. Como conclusión provisional debe declararse, por lo tanto, que a la hora de determinar la competencia de la Comisión para llevar a cabo un procedimiento de control de una fusión sólo debe tenerse en cuenta la fecha *a partir de la cual debe notificarse* a la misma el proyecto de operación de concentración. La competencia de la Comisión no se verá afectada por modificaciones posteriores a la operación de concentración, salvo que las mismas conduzcan directamente al abandono de la concentración proyectada.

58. Consta que el proyecto de compromisos de las empresas Haniel y Cementbouw de 28 de mayo de 2002, incluso en el caso de que se hubiera llevado a cabo, sólo habría conducido a la renuncia al segundo grupo de transacciones, pero, en cualquier caso, no habría afectado al primer grupo de transacciones.

59. A la luz de lo expuesto, el Tribunal de Primera Instancia estimó acertadamente que aquel proyecto de compromisos no podía afectar a la existencia de la operación de concentración; [45] que, por lo tanto, la Comisión seguía siendo competente, [46] y que ésta podía basar su autorización de la operación de concentración en los compromisos definitivos asumidos por Haniel y Cementbouw el 5 de junio de 2002.

43 — Esta regulación tiene su correlato respecto a la fase de examen preliminar en el artículo 6, apartado 2, del RC, en la versión dada por el Reglamento nº 1310/97.

44 — Cementbouw se basa en su recurso de casación, entre otros, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de marzo de 1994, Air France/Comisión, denominada «Dan Air» (T-3/93, Rec. p. II-121), apartado 102. No obstante, dicha sentencia se refiere a la competencia de la Comisión en el momento del nacimiento de la obligación de notificación y no alude a una eventual obligación de la Comisión de examinar de nuevo su competencia como consecuencia de acontecimientos posteriores.

45 — Apartado 301, última frase, de la sentencia recurrida.

46 — Apartado 302 de la sentencia recurrida.

60. Por consiguiente, procede declarar infundado el primer motivo del recurso de casación.

C. Sobre el segundo motivo del recurso de casación

61. Con el segundo motivo de su recurso de casación Cementbouw imputa al Tribunal de Primera Instancia haber interpretado erróneamente y aplicado indebidamente el artículo 8, apartado 2, del RC, así como haber violado el principio de proporcionalidad.

62. En esencia, Cementbouw esgrime aquí los mismos argumentos alegados ya respecto al primer motivo del recurso de casación. Indica que el Tribunal de Primera Instancia ignoró que la Comisión ya estaba obligada a aceptar el proyecto de compromisos presentado por Haniel y Cementbouw el 28 de mayo de 2002. Mantiene que la realización de aquella oferta de compromisos habría desprovisto ya a la operación de concentración de su dimensión comunitaria. En su opinión habría quedado pues sólo el primer grupo de transacciones, [47] que, en sí mismo, no podía quedar comprendido en el ámbito competencial de la Comisión.

63. Como ya he expuesto respecto al primer motivo del recurso de casación, [48] esta argumentación no se sostiene. Por lo tanto, a continuación me limito sólo a comentar dos argumentos adicionales que Cementbouw alega especialmente en el marco del segundo motivo de su recurso de casación.

1. Sobre la imputación de la violación del principio de proporcionalidad

64. En primer lugar, Cementbouw imputa al Tribunal de Primera Instancia haber violado el principio de proporcionalidad. La recurrente alega que éste consideró erróneamente que la Comisión no estaba obligada a aceptar ya el proyecto de compromisos de 28 de mayo de 2002, sino sólo los compromisos definitivos de 5 de junio de 2002.

65. El principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho comunitario. [49] Según reiterada jurisprudencia, este principio exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que los inconvenientes ocasionados no deben ser

47 — Al respecto, Cementbouw hace especial hincapié en el acuerdo de agrupación.

48 — Véanse, en particular, los puntos 39 a 60 de las presentes conclusiones.

49 — Véase, entre otras, la sentencia de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403), apartado 79.

desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. [50]

66. También las decisiones de la Comisión en procedimientos de control de fusiones deben respetar las exigencias del principio de proporcionalidad y están sometidas en esta medida al control judicial. Esto no resulta sólo aplicable a las decisiones de prohibición con arreglo al artículo 8, apartado 3, del RC y a las decisiones de desconcentración en virtud del artículo 8, apartado 4, del RC, sino también a las decisiones de autorización en virtud del artículo 8, apartado 2, del RC, en la medida en que éstas vengan acompañadas de condiciones y obligaciones, porque las empresas afectadas pueden estar realmente interesadas en que estos elementos onerosos que les impone la decisión de autorización sean controlados por los órganos jurisdiccionales, con el objetivo de alcanzar una autorización libre de condiciones y de obligaciones, o, en su caso, con unas menos onerosas. [51]

67. No obstante, la decisión sobre la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común exige la apreciación de complejas relaciones económicas por parte de la Comisión, para lo cual ésta goza de un margen de apreciación. [52] Este margen de apreciación debe extenderse también a la cuestión de si los compromisos ofrecidos a la Comisión resultan idóneos para solventar un problema de competencia constatado por ella.

68. En este contexto es cierto que corresponde al juez comunitario verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia. También debe comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. [53] Sin embargo, el juez comunitario no está llamado a sustituir por la suya propia la apreciación hecha por la Comisión sobre la idoneidad de los compromisos.

69. En el marco del control judicial de la proporcionalidad de una decisión de autorización provista de condiciones y obligaciones deberá tenerse asimismo en cuenta que las condiciones y obligaciones se basan en *compromisos asumidos voluntariamente* por las empresas afectadas. Por lo tanto, todo hace suponer que las mismas empresas consideran que los compromisos por ellas

50 — Así, en especial para el caso de una decisión, véase la sentencia de 9 de marzo de 2006, Zuid-Hollandse Milieufederatie y Natuur en Milieu (C-174/05, Rec. p. I-2443), apartado 28.

51 — En la medida en que las condiciones y obligaciones –por regla general– son inseparables de la autorización de la operación de concentración propiamente dicha, a la que acompañan, no es admisible su *impugnación aislada* [en este sentido se pronuncia una reiterada jurisprudencia; véase, entre otras, la sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo (C-540/03, Rec. p. I-5769), apartados 27 y 28]. Sólo la decisión de autorización con las condiciones y obligaciones que la acompañan, en su conjunto, puede impugnarse con el objetivo de conseguir una nueva valoración integral de la operación de concentración por parte de la Comisión, con arreglo al artículo 10, apartado 5, del RC.

52 — Sentencias de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, denominada «Kali & Salz» (C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375), apartados 223 y 224, y de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, Rec. p. I-987), apartados 38 a 40.

53 — Sentencia Comisión/Tetra Laval, citada en la nota 52 *supra*, apartado 39.

asumidos son idóneos, necesarios y adecuados para solventar el problema de competencia constatado por la Comisión, máxime si se tiene en cuenta que, por regla general, para las empresas afectadas resulta menos onerosa una autorización sujeta a condiciones que una decisión de prohibición. Por lo tanto, habrán de concurrir circunstancias extraordinarias para poder suponer que una decisión de la Comisión, basada en compromisos asumidos voluntariamente por las partes, es incompatible con el principio de proporcionalidad.

70. En el caso de autos, Cementbouw sostiene al parecer que el Tribunal de Primera Instancia debería haber supuesto la concurrencia de estas circunstancias extraordinarias dado que se trataba de una operación de concentración que ya se había realizado, y cuya notificación fue impuesta por la Comisión «bajo pena de multa». [54] La recurrente alega que precisamente su facultad de poder ordenar, en su caso, la desconcentración en virtud del artículo 8, apartado 4, del RC, permitió a la Comisión conseguir que las empresas afectadas asumiesen unos compromisos que de otra forma no hubiera conseguido.

71. Esta alegación [55] no me convence. Del hecho de que una operación de concentración se efectúe, sin la correspondiente exención de la prohibición de ejecución, antes de ser notificada a la Comisión son responsables exclusivamente las empresas interesadas y tal hecho no puede, en absoluto, generar circunstancias excepcionales. Además, la facultad que tiene la Comisión de imponer multas en caso de operaciones de concentración efectuadas ilegalmente, y de ordenar, si procede, la desconcentración le viene conferida ya por el Reglamento de concentraciones. [56] En la medida en que la Comisión pone en conocimiento de las empresas afectadas las mencionadas facultades durante el procedimiento, lo único que está haciendo es aludir a la situación jurídica y no emprende en absoluto ninguna acción extraordinaria. Esto tampoco cambia el carácter voluntario de los compromisos asumidos por las empresas.

72. En su escrito de interposición del recurso, Cementbouw parece querer entender que del principio de proporcionalidad también se desprende que, en cualquier caso, los compromisos de las empresas afectadas son suficientes y deben ser aceptados por la Comisión cuando privan a una operación de concentración de su dimensión comunitaria, es decir, cuando conducen a que la operación quede por debajo de los umbrales cuantitativos fijados en el artículo 1 del RC; en opinión de Cementbouw, a la Comisión no le está permitido basar su decisión en compromisos más amplios.

54 — En el lenguaje procesal: «under threat of fines».

55 — La alegación de Cementbouw sobre este problema es admisible, dado que no cuestiona la apreciación de los hechos y de las pruebas hecha por el Tribunal de Primera Instancia, sino que persigue que se *califiquen jurídicamente* las circunstancias del presente asunto *de extraordinarias*. Se trata aquí de una cuestión de Derecho, cuyo conocimiento compete al Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación; véanse, por ejemplo, la sentencia de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión (C-551/03 P, Rec. p. I-3173), apartado 51, así como las sentencias de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (C-105/04 P, Rec. p. I-8725), apartado 69, y Technische Unie/Comisión (C-113/04 P, Rec. p. I-8831), apartado 82.

56 — Sobre las multas, véase el artículo 14, apartado 2, letra b), del RC, y sobre la desconcentración, véase el artículo 8, apartado 4, del RC.

73. Tampoco este argumento, que por lo demás Cementbouw relativizó en la vista oral, resulta convincente. La proporcionalidad de las condiciones y las obligaciones no depende de que la operación de concentración mantenga su dimensión comunitaria tras su cumplimiento, sino de que los compromisos asumidos por las empresas afectadas sean «proporcionales al problema de competencia suscitado y lo eliminen por completo». [57] El único y legítimo objetivo perseguido con las condiciones y obligaciones es que no se falsee la competencia dentro del mercado común, [58] para lo que se necesita una configuración de las operaciones de concentración que sea compatible con el mercado común. Sólo en relación con este objetivo las posibles condiciones y obligaciones impuestas por la Comisión deben ser idóneas, necesarias y adecuadas.

74. Resultaría un contrasentido que la Comisión tuviera que aceptar compromisos como los contenidos en el proyecto de 28 de mayo de 2002 sólo porque éstos privan a la operación de concentración de su dimensión comunitaria, sin que deba analizarse si estos compromisos son idóneos para solventar el problema de competencia constatado por la Comisión.

75. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia no ha incurrido en ningún error de Derecho al negar que la Comisión haya violado el principio de proporcionalidad. [59]

2. Sobre la observancia de decisiones de las autoridades nacionales en materia de competencia

76. Cementbouw también reprocha al Tribunal de Primera Instancia «no haber explicado» cómo es posible que la Comisión pudiera llegar en la Decisión impugnada a una conclusión diametralmente opuesta a la de las autoridades de competencia neerlandesas (NMa). Cementbouw se remite al respecto a la autorización del acuerdo de agrupación por parte de la NMa. [60] La recurrente alega que el Tribunal de Primera Instancia permitió erróneamente que la Comisión se apartara, sin motivación suficiente, del examen en profundidad que ya había hecho una autoridad nacional de la situación de competencia pertinente en el presente asunto.

57 — Véase al respecto el octavo considerando del Reglamento nº 1310/97. Lo mismo resulta aplicable, por lo demás, al ámbito de aplicación del nuevo Reglamento comunitario de concentraciones (considerando 30 del Reglamento nº 139/2004).

58 — Artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y primer considerando del Reglamento de concentraciones (o segundo considerando del nuevo Reglamento comunitario de concentraciones).

59 — Apartados 303 y ss. de la sentencia recurrida.

60 — Véase el punto 17 de las presentes conclusiones.

77. Pero como incluso Cementbouw reconoce, las decisiones dictadas por las autoridades nacionales de defensa de la competencia en procedimientos de control de fusiones no son vinculantes para la Comisión. A ello añado que en un supuesto normal, tal efecto vinculante ni siquiera es posible debido al claro reparto de competencias [61] establecido en el Reglamento de concentraciones: tanto la Comisión como las autoridades nacionales deciden con carácter exclusivo en sus respectivos ámbitos de competencia, que, por lo demás, no se superponen. [62]

78. El caso de autos presenta no obstante la particularidad de que el primer grupo de transacciones jugó un papel tanto en el procedimiento ante la NMa como posteriormente en el procedimiento seguido ante la Comisión. Es cierto que desde un punto de vista formal ambos procedimientos tuvieron objetos diferentes, porque el primer grupo de transacciones fue examinado aisladamente por la NMa mientras que la Comisión lo analizó como parte integrante de un proyecto unitario, que abarcaba tanto el primero como el segundo grupo de transacciones. Pero exacto es que ambas autoridades, cada una de ellas en el marco de su respectivo procedimiento, apreciaron el primer grupo de transacciones desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

79. De ello no puede inferirse aún, sin embargo, que la Comisión estuviera vinculada *materialmente* por la apreciación anterior que del primer grupo de transacciones había hecho la NMa. En contra de la tesis mantenida por Cementbouw en la fase oral, la mera existencia de la decisión de la NMa, anterior en el tiempo, tampoco supone para la Comisión ninguna limitación de su margen de apreciación.

80. La Comisión pasó a ser exclusivamente competente para examinar el proyecto en su conjunto debido a la inclusión del segundo grupo de transacciones. En este contexto los únicos criterios *materialmente vinculantes* para la Comisión son los que le impone el artículo 2 del RC respecto al examen de la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común. La Comisión está obligada a examinar cada caso en profundidad con arreglo a dichos criterios, y en este contexto debe analizar, en su caso, los mismos hechos y los mismos problemas de competencia que ya ha analizado la autoridad nacional en una situación semejante. No obstante, del artículo 2 del RC no se infiere ningún deber de la Comisión de adaptar el contenido de su decisión al de la decisión de una autoridad nacional.

61 — Véanse los puntos 31 y 40 de las presentes conclusiones.

62 — Según el artículo 19 del RC, las autoridades nacionales sólo pueden aportar sus puntos de vista en el procedimiento seguido ante la Comisión.

81. En virtud de lo expuesto, el Tribunal de Primera Instancia no estaba obligado en ningún momento a «explicar» por qué la Comisión, al analizar el primer grupo de transacciones desde el punto de vista del Derecho de la competencia, *pudo llegar a un resultado distinto* al de la NMa. Es más bien inherente a la situación y no requiere de mayor explicación que autoridades diferentes puedan resolver de modo distinto problemas similares en sus respectivos ámbitos de competencia y haciendo uso de sus márgenes de apreciación. [63]

82. Sólo para completar cabe precisar que Cementbouw no podía confiar de ninguna manera en que, a nivel comunitario, las repercusiones del primer grupo de transacciones sobre la competencia fueran a ser apreciadas en el mismo sentido en que lo hizo anteriormente la NMa. Tal como la Comisión acertadamente resalta, la empresa nunca llevó a efecto el primer grupo de transacciones en la forma que éste había sido autorizado por la NMa, sino que la misma empresa influyó para que sólo se concluyesen y realizasen junto con el segundo grupo de transacciones, es decir, como parte integrante de una operación de concentración de mayor entidad.

63 — Este fenómeno tampoco es en absoluto desconocido en el ámbito transatlántico; así, por ejemplo, en el asunto COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell, la Comisión llegó a un resultado muy distinto al de las autoridades estadounidenses.

83. A la luz de todo lo expuesto, también procede declarar infundado en su totalidad el segundo motivo del recurso de casación.

D. *Resultado provisional*

84. Dado que ninguno de los motivos del recurso de casación alegados por Cementbouw puede prosperar, considero que procede desestimar el recurso en su totalidad.

V. Costas

85. A tenor del artículo 69, apartado 2, en relación con el artículo 118 y el artículo 122, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Puesto que la Comisión ha pedido que se condene en costas a Cementbouw y al haber sido desestimados los motivos formulados por esta última procede condenarla en costas.

VI. Conclusión

86. Como consecuencia de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que decida:

1) Desestimar el recurso de casación.

2) Condenar en costas a Cementbouw Handel & Industrie BV.