FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

föredraget den 26 april 2007 [1]

I — Inledning

1. Det aktuella målet ger anledning att precisera gränsen mellan gemenskapens och medlemsstaternas behörighet inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer. [2] Det gäller att klargöra vilken tidpunkt i en konkret koncentration som är avgörande för att bestämma vilken konkurrensmyndighet som är behörig. Vidare skall det prövas om en myndighet som har funnits vara behörig i ett ärende kan komma att förlora sin behörighet igen genom omständigheter som inträffar senare. Dessa frågor är av mycket stor praktisk betydelse, såväl för de berörda näringsidkarna som för konkurrensmyndigheterna med ansvar för företagskoncentrationer på nationell och gemenskapsnivå.

2. Bakgrunden i det här målet är ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer avseende marknaden för väggbyggnadsmaterial, bland annat kalksten, i Nederländerna. År 1999 skaffade sig bolagen Cementbouw [3] och Haniel [4] gemensam kontroll över bolaget CVK [5] och dess medlemsföretag. Härtill vidtogs två grupper av transaktioner som kommissionen ansåg utgjorde *en enda företagskoncentration.* Att kommissionen var behörig att pröva detta fall berodde endast på att de två grupperna av åtgärder betraktades som en enhet och tillsammans översteg det avgörande tröskelvärdet för omsättning.

3. Under förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer identifierade kommissionen konkurrensproblem. För att reglera konkurrensproblemen presenterade Haniel

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Med kontrollen av företagskoncentrationer menas här kontrollen av företagssammanslutningar, oavsett om det rör sig om en fusion i egentlig mening eller andra former av företagssammanslutningar.

3 — Cementbouw Handel & Industrie BV (Cementbouw) är verksamt inom byggmaterialhandeln såväl som inom byggmarknaden, logistik och handel med råmaterial, i Nederländerna.

4 — Det tyska företaget Franz Haniel & Cie GmbH (Haniel) är verksamt inom byggmaterialbranschen.

5 — Coöperatieve Verkoop- en Produktievereniging van Kalkzandsteenproducenten.

och Cementbouw ett första förslag till åtagande som endast gick ut på att avstå från *den andra gruppen av transaktioner.* Kommissionen ansåg att åtagandet var otillräckligt för att reglera de konkurrensproblem som denna hade konstaterat. Kommissionen godkände koncentrationen först efter ytterligare åtaganden som även omfattade att de berörda bolagen erbjöd sig att avstå från *den första gruppen av transaktioner.*

4. Vid domstolen argumenterar Cementbouw att kommissionen inte fick lägga det större åtagandet till grund för sitt beslut. De åtaganden som bolagen hade föreslagit från början avseende den andra gruppen av transaktioner hade enligt Cementbouw lett till att en avgörande andel av koncentrationen hade bortfallit och att kommissionen därmed hade förlorat sin behörighet i förfarandet på grund av att koncentrationen inte längre översteg tröskelvärdet för omsättning.

II — Tillämpliga bestämmelser

5. Den rättsliga ramen i detta mål utgörs av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (nedan kallad koncentrationsförordningen),[6] i dess lydelse enligt förordning (EG) nr 1310/97.[7]

6. Koncentrationsförordningens *materiella tillämpningsområde* sammanfattas i förordningens artikel 1.1 enligt följande:

"... denna förordning [gäller] för alla koncentrationer med en gemenskapsdimension ..."

Bestämmelsen kompletteras genom den första halvan av första meningen i artikel 22.1 i koncentrationsförordningen:

"Endast denna förordning är tillämplig på koncentrationer enligt definitionen i artikel 3, ..."

6 — EGT L 395, 1989, s. 1, ompublicerad, efter rättelser, i EGT L 257, 1990, s. 13; svensk specialutgåva, tillägg, s. 16.

7 — Rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 om ändring av förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 180, s. 1, med rättelser i EGT L 3, 1998, s. 16, och EGT L 40, 1998, s. 17).

7. I artikel 3 i koncentrationsförordningen definieras begreppet *(företags)koncentration*. Artikeln har i relevanta delar följande lydelse:

"1. En koncentration skall anses föreligga om

a) två eller flera tidigare självständiga företag slås samman, eller

b) — en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag, eller

— ett eller flera företag

antingen genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll över ett eller flera företag eller delar därav ...

..."

8. Huruvida en koncentration har en *gemenskapsdimension* är beroende av om den sammanlagda omsättningen i hela världen och den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen i dess helhet för de berörda företagen överskrider vissa tröskelvärden enligt artikel 1.2 och 1.3 i koncentrationsförordningen. Artikel 1.2 i koncentrationsförordningen, som är relevant i detta mål, har följande lydelse:

"Enligt denna förordning har en koncentration en gemenskapsdimension om

a) den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga de berörda företagen överstiger 5 000 miljoner ecu, och

b) den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen i dess helhet för minst två av de berörda företagen överstiger 250 miljoner ecu.

Detta gäller dock inte om vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen som helhet inom en och samma medlemsstat."

9. Koncentrationer som har en gemenskapsdimension får inte genomföras och skall anmälas till kommissionen (artiklarna 4 och 7 i koncentrationsförordningen). Kommissionen bedömer dem i syfte att fastställa om de är förenliga med den gemensamma marknaden (artikel 2.1 i koncentrationsförordningen). Huruvida en koncentration är tillåten eller förbjuden är beroende av om koncentrationen skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som skulle kunna medföra att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmades (artikel 2.2 och 2.3 i koncentrationsförordningen).

10. En förutsättning för ett förbud är alltid att ett formellt förfarande för kontroll av företagskoncentrationer äger rum (det så kallade fas II, se även artiklarna 6.1 c och 8.3 i koncentrationsförordningen). Även ett godkännande kan — som i det förevarande fallet — ha föregåtts av ett sådant formellt förfarande.[8] För att undanröja eventuella konkurrensproblem kan ett sådant godkännande förenas med villkor och åligganden. Kommissionen har därför följande beslutsbefogenheter enligt artikel 8.2 i koncentrationsförordningen:

"När kommissionen finner att en anmäld koncentration, i förekommande fall sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar, uppfyller kriteriet i artikel 2.2 ..., skall den fatta ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

Kommissionen kan förena sitt beslut med villkor och åligganden för att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot kommissionen för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. ..."[9]

8 — Om en koncentration inte ger någon anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden, något som ofta förekommer i praktiken, följer ett godkännande av koncentrationen *utan* att det för den skull inleds ett formellt förfarande för kontroll av företagskoncentrationer redan efter det inledande skedet av förfarandet (det så kallade fas I). Enligt artikel 6.1 b i koncentrationsförordningen meddelar kommissionen i sådana förfaranden ett *beslut att inte göra några invändningar* och förklarar att företagskoncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.

9 — Även ett beslut att godkänna en koncentration som har meddelats under det inledande skedet av förfarandet kan förenas med villkor och åligganden för att undanröja eventuella konkurrensproblem (artikel 6.2 i koncentrationsförordningen i dess lydelse enligt förordning nr 1310/97).

11. I artikel 21.1 och 21.2 i koncentrationsförordningen definieras behörigheterna för kontrollen av koncentrationer enligt följande:

"1. Med förbehåll för domstolens prövningsrätt är kommissionen ensam behörig att fatta beslut enligt denna förordning.

2. Medlemsstaterna skall inte tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationer med gemenskapsdimension.

..."

12. Därutöver klargörs följande i skäl 29 i koncentrationsförordningen:

"De koncentrationer som inte omfattas av denna förordning faller i princip inom medlemsstaternas behörighet ..."

13. År 2004 ändrades koncentrationsförordningen i väsentliga delar. EG:s koncentrationsförordning i dess *nya lydelse* [10] är dock enligt artikel 26.1 tillämplig från och med den 1 maj 2004 och följaktligen inte relevant i det här målet. De tidigare bestämmelserna skall enligt artikel 26.2 i den nya koncentrationsförordningen fortsätta äga tillämpning i ett förfarande som det förevarande.

III — Bakgrund och förfarande

A — *Bakgrund*

14. På grundval av förstainstansrättens observationer [11] kan bakgrunden i detta mål sammanfattas enligt följande.

15. CVK grundades år 1947 och var till en början en gemensam försäljningsorganisation för sina medlemmar, de nederländska tillverkarna av kalksandsten. År 1989 ombildades CVK till ett kooperativ enligt nederländsk rätt för att förbättra medlemmarnas samarbete.

10 — Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EG:s koncentrationsförordning) (EUT L 24, s. 1) (nedan även kallad förordning nr 139/2004).

11 — Se särskilt punkterna 4–8 i förstainstansrättens dom av den 23 februari 2006 i mål T-282/02, Cementbouw Handel & Industrie mot kommissionen (REG 2006, s. II-319).

16. Före företagskoncentrationen, som gett upphov till detta mål, utgjordes CVK av elva medlemmar, varav fem var dotterbolag till Haniel, tre var dotterbolag till Cementbouw, två var dotterbolag till RAG [12] och ett ägdes gemensamt av Haniel, Cementbouw och RAG.

17. År 1998 erhöll den nederländska konkurrensmyndigheten (nedan kallad NMa [13]) en anmälan om ett projekt genom vilket CVK hade för avsikt att ta kontroll över sina medlemsföretag. Kontrollen skulle överföras inom ramen för ett "poolingavtal" och en ändring i CVK:s stadgar. NMa godkände projektet i fråga genom beslut av den 20 oktober 1998.

18. Innan projektet kunde genomföras, hade dock RAG beslutat att sälja sina andelar i CVK:s medlemsföretag till Haniel och Cementbouw. I mars 1999 meddelade de berörda parterna sin avsikt till NMa. Myndigheten informerade dem genom skrivelse av den 26 mars 1999 om att den tänkta överlåtelsen inte utgjorde en företagskoncentration i den mening som avses i de tillämpliga nederländska bestämmelserna, [14] i den mån som det enligt beslutet av den 20 oktober 1998 tillåtna projektet hade genomförts senast i samband med den planerade överlåtelsen.

19. Den 9 augusti 1999 genomfördes ett antal transaktioner, som kan sammanfattas i två grupper, mellan de berörda parterna. För det första slöts det ovan nämnda poolingavtalet [15] mellan CVK och dess medlemsföretag. CVK:s stadgar ändrades samma dag för att motsvara bestämmelserna i poolingavtalet (*den första gruppen av transaktioner*). För det andra avyttrade RAG — även detta den 9 augusti 1999 — de andelar som företaget ägde i de tre CVK-företagen till Haniel och Cementbouw. De två senare företagen slöt dessutom ett samarbetsavtal som reglerade deras samarbete inom CVK (*den andra gruppen av transaktioner*).

B — *Förfarandet vid kommissionen, åtagandena och det överklagade beslutet*

20. Efter att ha fått kännedom om transaktionerna den 9 augusti 1999 i samband

12 — RAG AG, Tyskland (tidigare Ruhrkohle AG).

13 — Nederlandse Mededingingssautoriteit.

14 — Artikel 27 i lagen av den 22 maj 1997 om nya regler rörande ekonomisk konkurrens (Wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging — *Mededingingswet* — Stb. 1997, nr 242).

15 — Se punkt 17 i detta förslag till avgörande.

med en undersökning av två andra företagskoncentrationer [16] som Haniel hade anmält, meddelade kommissionen i skrivelse av den 22 oktober 2001 Cementbouw och de andra företag som deltog att transaktionerna borde ha anmälts till kommissionen. Haniel och Cementbouw anmälde transaktionerna den 24 januari 2002 i enlighet med artikel 4 i koncentrationsförordningen.

21. Den 25 februari 2002 inledde kommissionen ett formellt prövningsförfarande enligt artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen då den anmälda koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden och med EES-avtalet [17].

22. Efter kommissionens meddelande om invändningar och förhör med de berörda parterna, presenterade Haniel och Cementbouw den 28 maj 2002 ett *förslag till åtaganden* med eftergifter avseende den andra gruppen av transaktioner. Förslaget innebar i huvudsak att Haniel och Cementbouw skulle häva sitt samarbetsavtal och avyttra andelarna i GVK:s medlemsföretag, som de förvärvat av RAG 1999, till en oberoende tredje köpare. Däremot skulle poolingavtalet och stadgeändringarna i CVK (den första gruppen av transaktioner) kvarstå oförändrade. [18] Enligt kommissionen räckte detta förslag till åtaganden inte för att undanröja de konstaterade konkurrensproblemen, som inte minst berodde på poolingavtalet, det vill säga den första gruppen av transaktioner.

23. Den 5 juni 2002 presenterade de två företagen sina *slutgiltiga åtaganden*, där de även åtog sig att inom en bestämd tidsfrist häva poolingavtalet, låta stadgeändringen i CVK återgå samt upplösa CVK. [19]

24. Den 26 juni 2002 antog kommissionen, i enlighet med artikel 8.2 i koncentrationsförordningen, det omtvistade beslutet, [20] i vilket den ansåg att den anmälda koncentrationen var förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet under förutsättning att Haniel och Cementbouw helt fullgjorde sina slutgiltiga åtaganden av den 5 juni 2002. Beslutet att godkänna koncentrationen villkorades särskilt av *att* Haniel och Cement-

16 — Ärendena COMP/M.2495 — Haniel/Fels, och COMP/M.2568 — Haniel/Ytong.

17 — Avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EGT L 1, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 2, volym 11, s. 37).

18 — Punkt 295 i den överklagade domen och punkt 127 i det omtvistade beslutet.

19 — Punkt 298 i den överklagade domen och punkt 129 i det omtvistade beslutet.

20 — Kommissionens beslut 2003/756/EG av den 26 juni 2002 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK), delgivet med nr K (2002) 2315 (EUT L 282, 2003, s. 1, rättelse i EUT L 285, 2003, s. 52).

bouw skulle *upplösa CVK* inom en bestämd frist.

C — *Förfarandet vid domstolen*

25. Cementbouw överklagade det omtvistade beslutet till förstainstansrätten den 11 september 2002 och yrkade att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras och att kommissionen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen å sin sida yrkade att talan skulle ogillas och att Cementbouw skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

26. Förstainstansrätten bekräftade i sin dom av den 23 februari 2006 (nedan kallad den överklagade domen) [21] det omtvistade beslutet i dess helhet. Förstainstansrätten ogillade Cementbouws talan och förpliktade bolaget att betala rättegångskostnaderna.

27. I sitt överklagande, vilket inkom till domstolens kansli den 4 maj 2006, yrkar Cementbouw numera att domstolen skall

— upphäva den överklagade domen, och

— om så är nödvändigt, återförvisa målet till förstainstansrätten, samt

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

28. Kommissionen yrkar att domstolen skall

— ogilla överklagandet, och

— förplikta Cementbouw att ersätta rättegångskostnaderna.

29. Förfarandet vid domstolen avseende överklagandet har varit såväl skriftligt som muntligt. Den muntliga förhandlingen ägde rum den 22 mars 2007.

IV — Bedömning

A — *Inledande anmärkningar*

30. Att dra en gräns mellan gemenskapens respektive medlemsstaternas behörighet är

21 — Domen i målet Cementbouw Handel & Industrie mot kommissionen (ovan fotnot 11).

inte på något sätt endast en rent "författningsrättslig" fråga, såsom den om och om igen har diskuterats inom ramen för primärrätten, senast till exempel med anledning av fördraget om upprättande av en konstitution för Europa. [22] Problemet uppkommer snarare även i det vardagliga arbetet i gemenskapens och medlemsstaternas myndigheter. Kontrollen av företagskoncentrationer är ett särskilt tydligt exempel på detta.

31. I princip föreskrivs i koncentrationsförordningen en gränsdragning enligt principen om gemenskapens *dubbla exklusiva behörighet*. Koncentrationer med gemenskapsdimension skall uteslutande prövas av kommissionen, i dess egenskap av gemenskapens konkurrensmyndighet, och vid denna prövning är endast koncentrationsförordningen tillämplig (artiklarna 21.1 och 21.2 respektive 22.1 första satsen i koncentrationsförordningen).

32. Av det föreliggande målet blir det dock tydligt att det i enskilda fall ändå kan uppkomma en tvist om vilken konkurrensmyndighet inom gemenskapen som är behörig att pröva och godkänna en företagskoncentration.

22 — Undertecknat i Rom den 29 oktober 2004 (EUT C 310, s. 1).

33. I detta mål fann kommissionen att den ägde behörighet, [23] eftersom den bedömde att de två grupperna av transaktioner som ägde rum den 9 augusti 1999 [24] endast utgjorde delar av ett enda förfarande [25] som i sin helhet uppfyllde kriterierna för en koncentration av gemenskapsdimension, i den mening som avses i artikel 3.1 och artikel 1.1 och 1.2 i koncentrationsförordningen. Kommissionen fann särskilt att koncentrationen översteg de tillämpliga tröskelvärdena. Kommissionen vidhöll sin behörighet under det fortsatta förfarandet, även efter det att de berörda företagen hade presenterat sitt förslag till åtaganden av den 28 maj 2002, i vilket företagen visade sig beredda att avstå från att genomföra en del av koncentrationen, nämligen den andra gruppen av transaktioner.

34. Vid förstainstansrätten angrep Cementbouw det omtvistade beslutet på båda dessa punkter. Företaget gjorde gällande att kommissionen *inledningsvis* inte var *behörig att inleda ett förfarande* och att kommissionen därefter inte heller hade *fortsatt behörighet* att acceptera åtaganden som gick längre än dem som hade presenterats i förslaget av den 28 maj 2002. Förstainstansrätten ogillade

23 — Se särskilt punkterna 12–32 i det omtvistade beslutet.

24 — Se punkt 9 i detta förslag till avgörande.

25 — I litteraturen har detta kommenterats på följande vis: "Cette affaire est-elle un exemple de l'échec d'un mécano juridique trop subtil sous-estimant le pouvoir des autorités de la concurrence de s'attacher à la réalité économique plus qu'à la forme juridique d'une opération? Les montages les plus savants sont parfois fragiles ..." (Cot, Revue des droits de la concurrence 2006, s. 108, s. 109).

dock talan vad avser båda dessa punkter och ändrade inte det omtvistade beslutet. [26]

35. Cementbouws överklagande aktualiserar inte längre samtliga rättsfrågor som var föremål för förfarandet i första instans. Överklagande tar endast upp förstainstansrättens redogörelse avseende kommissionens *fortsatta behörighet* efter förslaget till åtaganden av den 28 maj 2002. Däremot har Cementbouw inte gjort frågan om kommissionens *ursprungliga behörighet*, vilken grundade sig på en helhetsbedömning av de två grupperna av transaktioner den 9 augusti 1999, till föremål för det förevarande överklagandet.

B — *Den första grunden för överklagandet*

36. Genom den första grunden har Cementbouw gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en rättsligt felaktig tolkning och tillämpning av artiklarna 1, 2 och 3.1 i koncentrationsförordningen. [27] Förstainstansrätten bekräftade det omtvistade beslutet, trots att kommissionen, om den hade accepterat eftergifterna som de berörda företagen erbjöd i sitt förslag till åtaganden, hade förlorat sin behörighet. De mer omfattande slutgiltiga åtagandena från Haniel och Cementbouw fick kommissionen på grund av bristande behörighet inte längre lägga till grund för sitt beslut att godkänna koncentrationen.

37. Cementbouw anför i huvudsak följande. Kommissionens behörighet att fatta ett beslut enligt koncentrationsförordningen framgick vid en helhetsbedömning av de två grupperna av transaktioner. Endast de två grupperna tillsammans skulle överhuvudtaget kunna medföra att tröskelvärdena i artikel 1 i koncentrationsförordningen överskreds och koncentrationen fick en gemenskapsdimension. Genom sitt förslag till åtaganden erbjöd sig Haniel och Cementbouw att avstå från den del av koncentrationen som avsåg den andra gruppen av transaktioner. Omfattningen av koncentrationen hade redan genom denna omgestaltning sjunkit under tröskelvärdet enligt koncentrationsförordningen. Endast den del som avsåg den första gruppen av transaktioner hade då kvarstått och koncentrationen skulle i så fall inte ha haft någon gemenskapsdimension på grund av att den inte uppnådde tröskelvärdena. Kommissionens behörighet skall bedömas inte bara utifrån den anmälda, utan även efter den faktiska koncentrationen.

38. För att pröva argumentens hållbarhet skall det först utredas vilken tidpunkt som är avgörande för att fastställa kommissionens behörighet vid kontrollen av företagskoncen-

26 — Punkterna 101–149 samt 293–321 i den överklagade domen.

27 — Följande framställning gäller även i den mån som Cementbouw inom ramen för den *andra* grunden för sitt överklagande har gjort gällande att artikel 8.2 i koncentrationsförordningen har åsidosatts.

trationer (avsnitt 1). Därefter skall det dryftas om och i vilken utsträckning som senare omständigheter kan påverka kommissionens behörighet, efter det att denna har fastställts (avsnitt 2).

1. Den relevanta tidpunkten för att fastställa kommissionens behörighet

39. I koncentrationsförordningen finns det ingen uttrycklig bestämmelse som avgör vilken tidpunkt som är avgörande för att fastställa kommissionens behörighet i förfaranden för kontrollen av företagskoncentrationer. Av förordningen framgår endast att kommissionen på ett tidigt stadium skall pröva sin egen behörighet och besluta i frågan (jämför artiklarna 4.3 och 6.1 i koncentrationsförordningen). [28] Däremot framgår det inte vid vilken tidpunkt — och därmed inte heller under vilka omständigheter — som kommissionen skall göra sin prövning. Därmed måste den tillämpliga tidpunkten fastställas utifrån syftet och ändamålet med bestämmelserna om behörighet.

40. Som redan har nämnts [29] bygger koncentrationsförordningen på *principen om en tydlig kompetensfördelning* mellan kontrollmyndigheter på nationell nivå och på gemenskapsnivå, och kommissionen är ensam behörig att fatta alla beslut avseende koncentrationer med en gemenskapsdimension. [30]

41. Vidare är det system som skapats genom koncentrationsförordningen präglat av *kravet på skyndsamhet*, vilket genomförs med hjälp av välbalanserade, förhållandevis stränga fristbestämmelser och har som syfte att begränsa längden på förfarandet vid kontrollen av koncentrationer. [31]

42. Såväl kompetensfördelningen som kravet på skyndsamhet bidrar till rättssäkerheten och utgör tillsammans ett uttryck för målet att sammanjämka marknadens krav med kravet på en väl fungerande förvaltning. [32] Kommissionens kontroll av företagskoncentrationer, i dess egenskap av gemenskapens konkurrensmyndighet, skall vara så effektiv som möjligt.

28 — Avseende kommissionens skyldighet att fatta ett beslut om sin behörighet, se domstolens dom av den 25 september 2003 i mål C-170/02 P, Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mot kommissionen (REG 2003, s. I-9889), punkt 28.

29 — Se ovan, punkt 31, i detta förslag till avgörande.

30 — Se domen i målet Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 28), punkterna 32 och 34, och dom av den 22 juni 2004 i mål C-42/01, Portugal mot kommissionen (REG 2004, s. I-6079), punkt 50 och 53.

31 — Se domarna i målen Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 28), punkt 33, och Portugal mot kommissionen (ovan fotnot 30), punkt 51. Se även förstainstansrättens dom av den 27 november 1997 i mål T-290/94, Kaysersberg mot kommissionen (REG 1997, s. II-2137), punkt 113.

32 — Se domarna i målen Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 28), punkterna 33 och 34, och Portugal mot kommissionen (ovan fotnot 30), punkterna 51 och 53.

43. Anmälningsplikten och förbudet mot genomförandet av en koncentration bidrar till rättssäkerheten och effektiviteten av gemenskapens kontroll av koncentrationer (artiklarna 4 och 7 i koncentrationsförordningen).

44. För att kunna tillhandahålla största möjliga rättssäkerhet och en väl fungerande, snabb och effektiv förvaltning, måste det dock vara möjligt att på ett så tidigt stadium som möjligt fastställa vilken konkurrensmyndighet som är behörig i ett förfarande.

45. Man kan föreställa sig att det avgörande datumet för att fastställa kommissionens behörighet skulle vara *datumet för anmälan* av en föreslagen koncentration till kommissionen. Vid en närmare betraktelse kan dock denna tidpunkt inte vara avgörande. I så fall skulle nämligen de berörda företagen, genom att välja en tidigare eller senare tidpunkt för sin ansökan, kunna utöva ett motsvarande godtyckligt inflytande på kompetensfördelningen. [33] Dessutom måste det för en noggrann näringsidkare, redan innan denne faktiskt fullgör en eventuell anmälningsplikt, vara möjligt att objektivt fastställa om den planerade koncentrationen omfattas av koncentrationsförordningen och därmed faller under kommissionens behörighet. Bara då kan en näringsidkare vara säker på att denne följer reglerna avseende anmälningsplikten och förbudet mot genomförandet av en koncentration, som båda är bötessanktionerade. [34]

46. Avgörande är därför omständigheterna vid tidpunkten när en eventuell *anmälningsplikt uppkommer.* Med andra ord skall kommissionens behörighet fastställas med hänsyn till den dag efter vilken en planerad koncentration i förekommande fall *skall anmälas* hos kommissionen. [35] Med detta avses den dag som de berörda näringsidkarna är bundna av ett avtal [36] (jämför artikel 4.1 i koncentrationsförordningen). [37]

33 — Det förevarande målet visar att det är möjligt att den faktiska anmälan av en koncentration sker först en längre tid efter det att de civilrättsliga avtalen slutits, trots den stränga fristen om en vecka inom vilken anmälningsplikten måste fullgöras (artikel 4.1 i koncentrationsförordningen). Under tiden kan de berörda företagens omsättning förändras, vilket kan få avgörande betydelse för om tröskelvärdet enligt artikel 1 i koncentrationsförordningen överskrids eller inte. Detta gäller framför allt inom tillämpningsområdet för den nya koncentrationsförordningen (förordning nr 139/2004), i vars artikel 4.1 det inte längre föreskrivs någon konkret frist överhuvudtaget för anmälningsplikten.

34 — Artikel 14.1a och 14.2b i koncentrationsförordningen.

35 — I detta mål krävs det ingen utredning rörande huruvida en tidigare tidpunkt kan beaktas, exempelvis den dag parterna beslutar att ingå ett fusionsavtal (se artikel 4.1 andra stycket i förordning nr 139/2004). Denna möjlighet att frivilligt anmäla koncentrationer tidigare finns endast inom ramen för den nya koncentrationsförordningen och återfinns inte i förordning nr 4064/89, som fortfarande är tillämplig i detta mål.

36 — Se, i detta avseende, förstainstansrättens dom av den 28 september 2004 i mål T-310/00, MCI mot kommissionen (REG 2004, s. II-3253), punkt 89, där domstolen konstaterar att "[k]ommissionens behörighet grundas enligt artikel 4 i denna förordning på '[koncentrations]avtalets ingående'". Domstolen konstaterar vidare att kommissionen *"inte* är behörig att fatta ett beslut med stöd av förordning nr 4064/89 innan ett sådant avtal [har träffats]" (min kursivering).

37 — Ett bindande avtal likställs med offentliggörandet av ett bud om övertagande eller förvärvet av en kontrollerande andel (artikel 4.1 i koncentrationsförordningen).

Redan vid denna tidpunkt går det att objektivt fastställa om det föreligger en koncentration med gemenskapsdimension eller inte. Och redan vid denna tidpunkt gäller förbudet mot genomförandet av en koncentration enligt koncentrationsförordningen (jämför artikel 7.1 i koncentrationsförordningen).

2. Senare inträffade omständigheters inverkan på kommissionens behörighet

47. Det kvarstår att pröva om och i vilken utsträckning senare omständigheter, särskilt sådana som inträffat under ett pågående förfarande för kontroll av koncentrationer, kan påverka kommissionens behörighet om dess behörighet tidigare har fastställts.

48. Det är självklart att kommissionen förlorar sin behörighet att pröva en företagskoncentration om de berörda företagen *helt avstår* från att genomföra en — ännu inte genomförd — föreslagen koncentration. [38] Förfarandet för kontroll av koncentrationer blir i så fall utan föremål. [39]

49. Förfarandet blir däremot inte på något vis utan föremål om de berörda företagen endast vidtar vissa *ändringar* i koncentrationen utan att avstå från den helt och hållet. Till och med om sådana ändringar är väldigt omfattande, och ur de berörda företagens perspektiv avser själva kärnan i koncentrationen, [40] kvarstår nämligen en del av koncentrationen — i det förevarande målet den första gruppen av transaktioner — som enligt partsviljan skall fortsätta bestå. Jag anser i motsats till Cementbouw att det kvalitativt sett är skillnad mellan ett sådant förfarande och att helt avstå från koncentrationen.

50. Förfarandet blir absolut inte utan föremål om de berörda företagen, som i förevarande mål, endast lovar kommissionen vissa ändringar, utan att omedelbart genomföra dem. Sådana rena *löften* förändrar till skillnad från Cementbouws uppfattning inte omedelbart den faktiska förekomsten av en av de berörda företagen avtalad koncentration och dess ekonomiska konsekvenser, i synnerhet inte om koncentrationen redan har genomförts, såsom här är fallet.

51. Uttryckt i mer generella termer saknar omständigheten att ett företag under ett pågående förfarande för kontroll av företagskoncentrationer vidtar vissa förändringar

38 — Se, i detta avseende, även domen i målet MCI mot kommissionen (ovan fotnot 36), särskilt punkterna 96 och 107.

39 — Detta kommer till uttryck i artikel 6.1c sista meningen i den nya koncentrationsförordningen (förordning nr 139/2004).

40 — Cementbouw hävdar i det förevarande målet att redan förslaget till åtaganden av den 28 maj 2002 hade inneburit att koncentrationens "essence" respektive dess "constitutive element" hade bortfallit (jämför punkterna 11, 13 och 17 i överklagandeskriften).

i koncentrationen eller åtar sig vissa ändringar betydelse för kommissionens behörighet, när denna en gång har fastställts. Om avsikten är att, som i förevarande mål, fortsätta genomföra koncentrationen respektive upprätthålla en redan genomförd koncentration, så är det fortsättningsvis befogat att pröva huruvida koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden, även om de berörda parterna har gjort omfattande eftergifter från dess ursprungliga utformning.

52. För detta talar även syftet som ligger till grund för att sådana ändringar i en koncentration under ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer vidtas eller godkänns. I artikel 8.2 i koncentrationsförordningen [41] klargörs att ändringar och åtaganden (och därmed "skyldigheterna") syftar till att ge koncentrationen en form som gör den förenlig med den gemensamma marknaden. Vid en närmare betraktelse syftar bestämmelserna till att göra det möjligt för kommissionen att inom ramen för kontrollen av koncentrationer effektivt *utöva* sina befogenheter, men inte att dra tillbaka kommissionens behörighet i ett förfarande.

53. Om det endast vidtas ändringar i en koncentration eller om det endast finns ett åtagande om ändringar, utan att koncentrationen avbryts helt, förlorar det ovan nämnda målet att inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer tillhandahålla största möjliga rättssäkerhet och en väl fungerande och effektiv förvaltning [42] inte sin betydelse.

54. Det vore varken förenligt med kravet på rättssäkerhet eller kravet på en väl fungerande, snabb och effektiv förvaltning om kommissionens behörighet under ett pågående förfarande för kontroll av företagskoncentrationer kunde ifrågasättas om och om igen eller var föremål för ständiga förändringar.

55. Annars finns anledning att befara att ett förfarande bollas planlöst fram och tillbaka mellan kommissionen och en eller flera nationella konkurrensmyndigheter, vilket medför att den konkurrensrättsliga prövningen i förfarandet blir betydligt långsammare, kostsammare och mer oförutsägbar, inte bara för de berörda myndigheterna utan även för de berörda företagen och marknaden. Det går inte heller att utesluta att de berörda företagen under ett pågående förfarande för kontroll av företagskoncentrationer medvetet ändrar i den planerade koncentrationen, så att en konkurrensmyndighet blir obehörig och en annan, förment mer överseende, konkurrensmyndighet blir behörig i stället. Det skulle med andra ord kunna uppstå ett slags "forum shopping".

41 — Motsvarande gäller vid ett godkännande under det inledande förfarandet (fas 1) enligt artikel 6.2 i koncentrationsförordningen i dess lydelse enligt förordning nr 1310/97.

42 — Se ovan, punkterna 40–44 i detta förslag till avgörande.

56. I enlighet därmed ställs det i koncentrationsförordningen inget krav på att kommissionen skall vidta en förnyad prövning av sin behörighet om de berörda företagen ändrar sin koncentration eller endast åtar sig ändringar i koncentrationen. Kommissionen skall fastställa om de tröskelvärden som anges i artikel 1 i koncentrationsförordningen överskreds redan innan det formella förfarandet (fas II) inleddes, under det så kallade inledande skedet av förfarandet (fas I). Grunden för detta är enligt artikel 6.1 i koncentrationsförordningen uteslutande den till kommissionen *anmälda koncentrationen*. Hänsyn till senare inträffade ändringar enligt artikel 8.2 i koncentrationsförordningen har endast som syfte att fastställa om koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden. I artikel 8.2 [43] i koncentrationsförordningen föreskrivs, till skillnad från i artikel 6.1 i koncentrationsförordningen, inte att kommissionen skall fatta ett nytt beslut avseende sin behörighet. [44]

3. Slutsats i denna del

57. Det kan i denna del således fastställas att avgörande för att fastställa kommissionens behörighet i förfaranden för kontrollen av företagskoncentrationer endast är den dag *från och med vilken* en planerad företagskoncentration *skall anmälas* till kommissionen. Senare ändringar i koncentrationen påverkar inte längre kommissionens behörighet, om de inte leder till att koncentrationen avbryts helt.

58. Det står fast att förslaget till åtaganden av den 28 maj 2002 från Haniel och Cementbouw, även om det hade genomförts, endast hade inneburit att de berörda företagen hade avstått från den andra gruppen av transaktioner och att den första gruppen av transaktioner hade kvarstått oförändrad.

59. Mot denna bakgrund hade förstainstansrätten fog för att anse att förslaget till åtaganden inte innebar att företagskoncentrationen ändrades så att den inte längre existerade. [45] Följaktligen var kommissionen fortsatt behörig [46] och kunde lägga åtagandena från Haniel och Cementbouw av den 5 juni 2002 till grund för sitt beslut att godkänna företagskoncentrationen.

43 — En motsvarande bestämmelse för det inledande förfarandet finns i artikel 6.2 i koncentrationsförordningen i dess lydelse enligt förordning nr 1310/97.

44 — Cementbouw grundar sig i överklagandet bland annat på förstainstansrättens dom av den 24 mars 1994 i mål T-3/93, Air France mot kommissionen, "Dan Air" (REG 1994, s. II-121, punkt 102). Denna dom rör emellertid kommissionens behörighet när anmälningsplikten inträdde. Domen innehåller inget stöd för en skyldighet för kommissionen att ompröva sin behörighet när nya händelser inträffar.

45 — Sista meningen i punkt 301 i den överklagade domen.

46 — Punkt 302 i den överklagade domen.

60. Överklagandet kan således inte vinna bifall på den första grunden.

C — *Den andra grunden för överklagandet*

61. Cementbouw har i den andra grunden för sitt överklagande gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en felaktig tolkning och tillämpning av artikel 8.2 i koncentrationsförordningen och åsidosatt proportionalitetsprincipen.

62. Cementbouw anför i huvudsak samma argument som inom ramen för den första grunden för överklagandet. Förstainstansrätten har felaktigt underlåtit att beakta att kommissionen var förpliktad att acceptera redan det första förslaget med åtaganden från Haniel och Cementbouw av den 28 maj 2002. Enligt Cementbouws uppfattning innebar detta förslag till åtaganden att koncentrationen inte längre hade en gemenskapsdimension. Endast den första gruppen av transaktioner kvarstod,[47] vilken i sig inte omfattades av kommissionens behörighet.

63. Som jag redan har anfört angående den första grunden för överklagandet, kan detta resonemang inte godtas.[48] I det följande begränsar jag min framställning till att dryfta två argument från Cementbouw som tillkommer särskilt inom ramen för den andra grunden för överklagandet.

1. Invändningen att proportionalitetsprincipen har åsidosatts

64. Först gör Cementbouw gällande att förstainstansrätten har åsidosatt proportionalitetsprincipen. Förstainstansrätten har enligt Cementbouw felaktigt utgått från att kommissionen inte var förpliktad att acceptera det första förslaget till åtgärder av den 28 maj 2002, utan att den var förpliktad att göra detta först i och med de slutgiltiga åtagandena av den 5 juni 2002.

65. Proportionalitetsprincipen är en av de allmänna rättsprinciperna i gemenskapsrätten.[49] Av denna princip följer att gemenskapsinstitutionernas rättsakter inte får gå utöver gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt för att förverkliga de legitima målen för lagstiftningen i fråga och att om valet står mellan flera lämpliga åtgärder den minst ingripande väljs samt att de olägen-

47 — Cementbouw hänvisar i detta sammanhang särskilt till poolingavtalet.

48 — Se ovan, särskilt punkterna 39–60 i detta förslag till avgörande.

49 — Se, till exempel, domstolens dom av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, IATA och ELFAA (REG 2006, s. I-403), punkt 79.

heter som orsakas inte är orimliga i förhållande till de åsyftade målen. [50]

66. Kommissionens beslut i förfaranden för kontrollen av företagskoncentrationer måste även de uppfylla kraven på proportionalitet och är i så måtto underkastade domstolskontroll. Detta gäller inte endast beslut om att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 8.3 i koncentrationsförordningen och beslut om att sammanförda företag eller tillgångar skall delas upp enligt artikel 8.4 i koncentrationsförordningen, utan även beslut om att godkänna en koncentration enligt artikel 8.2 i koncentrationsförordningen, i den mån som de är förenade med villkor och åligganden. De berörda företagen kan nämligen ha ett verkligt intresse av att sådana betungande element i ett beslut att godkänna en koncentration blir föremål för en rättslig prövning i syfte att uppnå ett beslut att godkänna en koncentration som är befriat från villkor och åligganden eller i vart fall uppnå att villkoren eller åläggandena i beslutet inte blir lika omfattande. [51]

67. Ett beslut om att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden kräver visserligen att kommissionen genomför en bedömning av komplicerade ekonomiska sammanhang, varvid kommissionen åtnjuter ett utrymme för skönsmässig bedömning. [52] Detta utrymme för skönsmässig bedömning måste omfatta frågan huruvida åtaganden som presenteras för kommissionen är ägnade att lösa ett av kommissionen identifierat konkurrensproblem.

68. Domstolen skall visserligen pröva huruvida de bevis som har åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga. Den skall även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits. [53] Det ankommer dock inte på domstolen att göra en egen bedömning av åtagandenas lämplighet, vilken får ersätta kommissionens bedömning.

69. Vid den rättsliga bedömningen av om ett beslut att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden, som är förenat med villkor och åligganden, är proportionerligt, skall dessutom beaktas att villkoren och åläggandena är en följd av *frivilliga åtaganden* från de berörda företagens sida. Man kan därmed starkt förmoda att företagen själva ansåg att deras åtaganden

50 — Se, avseende beslut, domstolens dom av den 9 mars 2006 i mål C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie und Natuur en Milieu (REG 2006, s. I-2443), punkt 28.

51 — I den mån som villkor och åligganden — vilket är det vanliga — är oskiljaktigt förknippade med det egentliga godkännandet av en koncentration, kan ett *särskilt överklagande* av dessa villkor och åligganden inte tas upp till sakprövning (se, i detta avseende, fast rättspraxis, till exempel domstolens dom av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet, REG 2006, s. I-5769, punkterna 27 och 28). Ett beslut om att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden som innehåller villkor och åligganden kan endast överklagas i sin helhet i syfte att få en fullständig och ny bedömning av koncentrationen av kommissionen i den mening som avses i artikel 10.5 i koncentrationsförordningen.

52 — Domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike mot kommissionen, "Kali + Salz" (REG 1998, s. I-1375), punkterna 223 och 224, och av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval (REG 2005, s. I-987), punkterna 38–40.

53 — Se domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 52), punkt 39.

var lämpliga, nödvändiga och rimliga för att lösa ett konkurrensproblem som identifierats av kommissionen, i synnerhet som ett villkorat godkännande av deras koncentration i regel utgör ett mildare ingrepp än att koncentrationen förbjuds. Därför måste det föreligga särskilda omständigheter för att man skall kunna anse att ett kommissionsbeslut som grundar sig på frivilliga åtaganden från de berörda är oförenligt med proportionalitetsprincipen.

70. I det förevarande målet verkar Cementbouw anse att domstolen hade accepterat att det förelåg sådana särskilda omständigheter, eftersom det rörde sig om en redan genomförd koncentration, i vilken kommissionen tvingade fram en anmälan "under hot om böter" [54]. Särskilt kommissionens behörighet att i förekommande fall kräva att koncentrationen skulle delas upp enligt artikel 8.4 i koncentrationsförordningen gjorde det möjligt för kommissionen att förmå de berörda företagen att göra åtaganden som kommissionen annars inte hade kunnat få.

71. Jag anser inte att dessa argument [55] är övertygande. Att en koncentration genomförs redan innan den anmäls till kommissionen utan motsvarande befrielse från genomförandeförbudet faller endast under de berörda företagens ansvarsområde och är inte på något sätt ägnat att utgöra särskilda omständigheter. Att kommissionen vid förekomsten av en olaglig koncentration dömer ut böter och i förekommande fall kan kräva att koncentrationen delas upp följer redan av koncentrationsförordningen. [56] I den mån som kommissionen under förfarandet tar upp sina befogenheter i detta avseende med de berörda företagen, visar den endast på rättsläget och vidtar inte under några omständigheter några ovanliga åtgärder.

72. I sin överklagandeskrift verkar Cementbouw dessutom anse att proportionalitetsprincipen skall tolkas så, att de berörda företagens åtaganden i vart fall är tillräckliga och måste accepteras av kommissionen om de innebär att koncentrationen inte längre har en gemenskapsdimension, det vill säga koncentrationen hamnar under tröskelvärdet i artikel 1 i koncentrationsförordningen. Cementbouw anser att kommissionen inte får lägga åtaganden som går längre till grund för sitt beslut.

54 — På rättegångsspråket "under threat of fines".

55 — Cementbouws argument i den här frågan kan tas upp till sakprövning, eftersom det inte syftar till en omprövning av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen, utan avser den *rättsliga kvalificeringen* av omständigheterna i det förevarande målet *som särskilda* omständigheter. Detta är en rättsfråga som kan prövas av domstolen inom ramen för ett överklagande. Se, till exempel, domstolens dom av den 6 april 2006 i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen (REG 2006, s. I-3173), punkt 51, samt dom av den 21 september 2006 i mål C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen (REG 2006, s. I-8725), punkt 69, och i mål C-113/04 P, Technische Unie mot kommissionen (REG 2006, s. I-8831), punkt 82.

56 — I fråga om böter, se artikel 14.2 i koncentrationsförordningen. Avseende uppdelning, se artikel 8.4 i koncentrationsförordningen.

73. Jag anser att inte heller detta argument — som Cementbouw för övrigt inte helt höll fast vid under den muntliga förhandlingen — är övertygande. Det avgörande vid en prövning av om villkor och åligganden är proportionerliga är inte huruvida koncentrationen efter att de har uppfyllts fortfarande har en gemenskapsdimension, utan om de berörda företagens förpliktelser "står i proportion till konkurrensproblemet och ... helt löser detta". [57] Det legitima syfte som eftersträvas genom villkor och åligganden är endast att säkerställa att konkurrensen inom gemenskapen inte snedvrids, [58] vilket kräver att företagskoncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden. Eventuella villkor och åligganden från kommissionen måste endast vara lämpliga, nödvändiga och rimliga med hänsyn till detta syfte.

74. Det vore absurt om kommissionen skulle vara tvungen att godkänna sådana åtaganden som de i förslaget av den 28 maj 2002 endast på grund av att de medför att företagskoncentrationen inte längre har en gemenskapsdimension, utan att överhuvudtaget pröva om dessa åtaganden är lämpliga för att lösa det av kommissionen identifierade konkurrensproblemet.

75. Förstainstansrätten har följaktligen inte gjort en felaktig rättstillämpning när den inte fann att kommissionen hade åsidosatt proportionalitetsprincipen. [59]

2. Huruvida det är möjligt att beakta beslut från de nationella konkurrensmyndigheterna

76. Cementbouw har vidare gjort gällande att förstainstansrätten "inte förklarat" hur kommissionen i det omtvistade beslutet kunde komma fram till ett resultat som är diametralt motsatt det beslut som fattats av den nederländska konkurrensmyndigheten (NMa). Cementbouw hänför sig i den delen till att NMa godtog poolingavtalet. [60] Enligt Cementbouw ansåg förstainstansrätten felaktigt att kommissionen utan tillräcklig motivering kan sätta sig över en omsorgsfull prövning som redan har gjorts av en nationell konkurrensmyndighet av den för det förevarande målet avgörande konkurrenssituationen.

57 — Se det åttonde skälet i förordning nr 1310/97. Detsamma gäller för övrigt även inom den nya EG-koncentrationsförordningens tillämpningsområde (skäl 30 i förordning nr 139/2004).

58 — Artikel 3.1 g EG och det första skälet i koncentrationsförordningen (respektive det andra skälet i den nya EG-koncentrationsförordningen).

59 — Punkt 303 och följande punkter i den överklagade domen.

60 — Se punkt 17 i detta förslag till avgörande.

77. Cementbouw medger dock själv att beslut från de nationella konkurrensmyndigheterna i förfaranden för kontrollen av företagskoncentrationer inte är bindande för kommissionen. Jag skulle vilja lägga till att en sådan bindande effekt i normala fall inte är tänkbar med tanke på den tydliga kompetensfördelningen [61] i koncentrationsförordningen. Såväl kommissionen som de nationella myndigheterna fattar uteslutande beslut inom sina respektive behörighetsområden, som för övrigt inte överlappar varandra. [62]

78. Det förevarande målet kännetecknas emellertid av den särskilda omständigheten att den första gruppen av transaktioner spelade en roll såväl i förfarandet vid NMa som i det senare förfarandet vid kommissionen. Visserligen rörde de två förfarandena inte samma sak eftersom den första gruppen av transaktioner var föremål för en isolerad prövning av NMa, medan kommissionen undersökte densamma som en del av en helhet som förutom den första gruppen av transaktioner även omfattade den andra gruppen. Det stämmer dock att båda myndigheterna har gjort en konkurrensrättslig bedömning av den första gruppen av transaktioner inom ramen för respektive förfarande.

79. Därav följer emellertid inte att kommissionen var bunden av *innehållet* i den tidigare bedömningen av den första gruppen av transaktioner som gjordes av NMa. Till skillnad från vad Cementbouw anförde vid den muntliga förhandlingen medför den blotta förekomsten av det tidigare beslutet från NMa inte heller att kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning inskränks.

80. Tvärtom blev kommissionen ensam behörig att avgöra hela konkurrensfrågan på grund av den andra gruppen av åtgärder. Kommissionen är härvid endast *bunden av innehållet* i kriterierna som föreskrivs i artikel 2 i koncentrationsförordningen för prövningen av om en företagskoncentration är förenlig med den gemensamma marknaden. Kommissionen skall med utgångspunkt från dessa kriterier göra en omfattande prövning av varje fall och måste vid prövningen i förekommande fall behandla samma fakta och konkurrensproblem som en nationell konkurrensmyndighet i en jämförbar situation redan har gjort. Av artikel 2 i koncentrationsförordningen följer dock ingen skyldighet för kommissionen att anpassa sitt beslut till innehållet i beslutet från den nationella konkurrensmyndigheten.

61 — Se punkterna 31–40 i detta förslag till avgörande.

62 — Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter kan enligt artikel 19 i koncentrationsförordningen endast framföra sina synpunkter i förfarandet vid kommissionen.

81. Mot denna bakgrund var förstainstansrätten från början inte skyldig att "förklara" varför kommissionen vid den konkurrensrättsliga bedömningen av den första gruppen av transaktioner *kunde komma till ett annat resultat än NMa*. Det ligger snarare i sakens natur och kräver ingen närmare förklaring att olika myndigheter, inom området för sina respektive behörigheter och med utnyttjande av sitt utrymme för skönsmässig bedömning, kan lösa jämförbara problem på olika sätt. [63]

82. För fullständighetens skull skall det påpekas att Cementbouw inte heller på något sätt kunde förvänta sig att påverkan på konkurrensen av den första gruppen av transaktioner skulle bedömas på samma sätt på gemenskapsnivå som det redan hade bedömts av NMa. Som kommissionen med rätta har påpekat har företaget aldrig genomfört den första gruppen av transaktioner i den form som godkänts av NMa, utan själv bidragit till att de genomfördes och förverkligades först tillsammans med den andra gruppen av transaktioner, det vill säga som en del av en större företagskoncentration.

63 — Detta fenomen är inte på något sätt okänt inom ramen för den transatlantiska samfärdseln. I ärende COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell kom kommissionen fram till ett annat resultat än de amerikanska myndigheterna.

83. Härav följer att överklagandet således inte heller kan vinna bifall på den andra grunden.

D — *Slutsats i denna del*

84. Eftersom ingen av de grunder som Cementbouw har åberopat har utsikt till framgång, anser jag att överklagandet skall ogillas.

V — Kostnader

85. Enligt artiklarna 69.2, 118 och 122.1 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Cementbouw skall ersätta rättegångskostnaderna, och eftersom Cementbouw har tappat målet skall Cementbouw ersätta rättegångskostnaderna.

VI — Förslag till avgörande

86. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

1. Överklagandet ogillas.

2. Cementbouw förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.