ARREST VAN HET HOF (voltallige zitting)

22 juni 2004 *

In zaak C-42/01,

Portugese Republiek, vertegenwoordigd door L. I. Fernandes en L. Duarte als gemachtigden, bijgestaan door M. Marques Mendes, advogado, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. Oliver en M. França als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking C(2000) 3543 def. van de Commissie van 22 november 2000 inzake een procedure op grond van artikel 21 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (zaak nr. COMP/M.2054 — Secil/ Holderbank/Cimpor),

* Procestaal: Portugees.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (voltallige zitting),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, C. Gulmann, J.-P. Puissochet en J. N. Cunha Rodrigues, kamerpresidenten, A. La Pergola, R. Schintgen, N. Colneric en S. von Bahr (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: A. Tizzano,
griffier: M. Múgica Arzamendi, hoofdadministrateur,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 9 september 2003,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 22 januari 2004,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 1 februari 2001, heeft de Portugese Republiek krachtens artikel 230, eerste alinea, EG beroep ingesteld tot nietigverklaring van beschikking C(2000) 3543 def. van de Commissie van

22 november 2000 inzake een procedure op grond van artikel 21 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (zaak nr. COMP/M.2054 — Secil/Holderbank/Cimpor; hierna: „bestreden beschikking").

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

2 Artikel 4, lid 1, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1; hierna: „concentratieverordening"), bepaalt:

„Concentraties van communautaire dimensie in de zin van deze verordening moeten bij de Commissie worden aangemeld binnen een week na de sluiting van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming. De termijn vangt aan zodra een van deze handelingen heeft plaatsgevonden."

3 Krachtens artikel 6, lid 1, van de concentratieverordening onderzoekt de Commissie de aanmelding meteen na ontvangst.

4 Ingevolge artikel 10, lid 1, van de concentratieverordening beschikt de Commissie over een termijn van een maand om te besluiten al dan niet de formele onderzoeksprocedure naar de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt in te leiden. Overeenkomstig lid 3 van dit artikel moet een beschikking waarbij de aangemelde concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, uiterlijk binnen vier maanden na de dag waarop de formele procedure is ingeleid, worden gegeven.

5 Artikel 21 van de concentratieverordening bepaalt:

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

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

[...]

3. Onverminderd de leden 1 en 2 kunnen de lidstaten maatregelen nemen ter bescherming van andere gewettigde belangen dan die waarop deze verordening betrekking heeft, en die met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het gemeenschapsrecht verenigbaar zijn.

Als gewettigde belangen in de zin van de eerste alinea worden beschouwd de openbare veiligheid, de pluraliteit van de media en de toezichtsregels.

Alvorens bovengenoemde maatregelen kunnen worden genomen moet elk ander openbaar belang door de betrokken lidstaat aan de Commissie worden medegedeeld en door haar worden erkend nadat zij de verenigbaarheid ervan met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het gemeenschapsrecht heeft onderzocht. De Commissie stelt de betrokken lidstaat binnen een maand na deze mededeling van haar beschikking in kennis."

Bepalingen van nationaal recht

6 Het wettelijke stelsel van privatiseringen in de Portugese rechtsorde omvat ten behoeve van het onderhavige geding wet nr. 11/90 van 5 april 1990, kaderwet inzake privatiseringen (*Diário da República* I, serie A, nr. 80 van 5 april 1990, blz. 1664), en wetsbesluit nr. 380/93 van 15 november 1993 (*Diário da República* I, serie A, nr. 267 van 15 november 1993, blz. 6362), dat ter uitvoering van deze kaderwet is vastgesteld. Bij wetsbesluit nr. 380/93 wordt een bijzondere procedure ingesteld en geregeld waardoor de staat toezicht kan uitoefenen op de ontwikkeling van de aandeelhouderschapsstructuur van ondernemingen die worden geprivatiseerd. Krachtens artikel 1 van dit wetsbesluit is voor de verwerving van stemgerechtigde aandelen die meer dan 10 % van het vennootschappelijk kapitaal van nog niet volledig geprivatiseerde ondernemingen vertegenwoordigen, een vergunning van de minister van Financiën vereist.

De feiten van het geding

7 Op 15 juni 2000 heeft Secilpar SL, een vennootschap naar Spaans recht (hierna: „Secilpar"), die voor 100 % wordt gecontroleerd door Secil-Companhia Geral de Cal e Cimento SA, een vennootschap naar Portugees recht (hierna: „Secil"), de voorafgaande aankondiging gepubliceerd waarin zij een openbaar aanbod uitbrengt op Cimpor-Cimentos de Portugal SGPS SA, een vennootschap naar Portugees recht (hierna: „Cimpor"). Cimpor is een voormalige overheidsonderneming, die begin 1994 is geprivatiseerd, waarin de Portugese staat na de geleidelijke verkoop van zijn

aandelen op het ogenblik van de voorafgaande openbaarmaking 12,7 % van de aandelen, waaronder 10 % bijzondere aandelen, bezat. Blijkens de voorafgaande openbaarmaking handelde Holderbank Financière Glaris SA, een vennootschap naar Zwitsers recht (hierna: „Holderbank"), in overleg met Secilpar en Secil.

8 Volgens de voorafgaande openbaarmaking golden voor het openbaar aanbod met name de volgende voorwaarden:

— aanvaarding van het bod door aandeelhouders die ten minste 67 % van alle aandelen in Cimpor bezaten,

— overdracht van de bijzondere rechten die de Portugese staat als aandeelhouder van Cimpor genoot,

— opheffing van de beperkingen van de uitoefening van het stemrecht waarin de statuten van Cimpor voorzagen.

9 Op 16 juni 2000 hebben Secilpar en Holderbank overeenkomstig wetsbesluit nr. 380/93 de Portugese minister van Financiën verzocht om een vergunning teneinde bij openbaar aanbod een deelneming tot 100 % van het stemgerechtigde vennootschappelijk kapitaal van Cimpor te verwerven onder de met name in de voorafgaande openbaarmaking gepreciseerde voorwaarden.

10 Volgens het verzoek had het openbaar aanbod betrekking, in een eerste fase, op de verwerving tot 100 % van de aandelen van Cimpor door bemiddeling van de daartoe speciaal opgerichte vennootschap Secilpar. In een tweede fase zouden Secil en Holderbank de activa van Cimpor onder elkaar verdelen, met als eindresultaat dat Secil de activiteiten van Cimpor in Spanje en Egypte en een deel van haar activiteiten in Brazilië zou verkrijgen terwijl Holderbank de activiteiten van Cimpor in Portugal, Marokko, Tunesië en Mozambique alsmede het andere deel van haar activiteiten in Brazilië zou verkrijgen.

11 Op 4 juli 2000 heeft de Commissie overeenkomstig artikel 4 van de concentratieverordening de aanmelding ontvangen van het concentratieproject waarmee Holderbank en Secil door het op 15 juni 2000 aangekondigde openbaar aanbod [zie bericht van voorafgaande openbaarmaking van een concentratie (PB C 198, blz. 5; hierna: „aanmelding van 4 juli 2000")] in de zin van artikel 3, lid 1, punt b, van deze verordening gezamenlijk zeggenschap over Cimpor zouden verkrijgen.

12 Bij besluit van 5 juli 2000 heeft de minister van Financiën het verzoek van 16 juni 2000 afgewezen en meegedeeld dat de Portugese staat niet voornemens was afstand te doen van de bijzondere rechten die hij als aandeelhouder van Cimpor bezat, en dat hij zich verzette tegen de opheffing van de in de statuten van Cimpor voorziene beperkingen van de uitoefening van de stemrechten.

13 Bij brief van 7 juli 2000, in antwoord op een brief van de dag voordien, heeft Secil de Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (Commissie voor de effectenmarkt; hierna: „CMVM") ingelicht over haar voornemens met betrekking tot het openbaar aanbod. Op dezelfde dag hebben Secilpar en Holderbank bij de minister van Financiën een nieuw verzoek ingediend om overeenkomstig wetsbesluit nr. 380/93 met name op de markt meer dan 10 % van de aandelen van Cimpor te verwerven. In dit verzoek zagen zij er met name van af, aan hun openbaar aanbod de voorwaarde te verbinden dat de bijzondere rechten van de Portugese staat als aandeelhouder van Cimpor zouden worden overgedragen.

14 Van oordeel dat de aanmelding van 4 juli 2000 onvolledig was, heeft de Commissie de partijen op 20 juli 2000 een termijn tot 28 augustus 2000 verleend om de aanmelding aan te vullen. Deze termijn is op verzoek van de partijen verlengd tot 15 september 2000. Toen de partijen de Commissie de gevraagde inlichtingen niet verstrekten, heeft deze het onderzoek van de concentratie geschorst.

15 Bij besluit van 11 augustus 2000 heeft de minister van Financiën te kennen gegeven dat de algemene vergadering van Cimpor het voorstel tot opheffing van de beperkingen van de uitoefening van het stemrecht had verworpen, zodat het openbaar aanbod leek te zijn vervallen. Voorts heeft hij opnieuw het verzoek van Secilpar en Holderbank afgewezen, met de opmerking dat de bedoelingen van de partijen in het algemeen in strijd waren met de doelstellingen van de herprivatisering. Blijkens het besluit van 11 augustus 2000 berustte de afwijzing op de volgende motieven:

i) de verwerving zou leiden tot de terugtrekking van Cimpor uit de Portugese kapitaalmarkt;

ii) het industrieel project van de aanvragers was onverenigbaar met de strategieën van de Portugese regering met betrekking tot de herstructurering van de sector;

iii) de verwerving stond in de weg aan de overdracht van de participatie van de Portugese staat in Cimpor in goede financieel-economische omstandigheden, alsmede

iv) door de verwerving werd het beginsel van gelijke behandeling in de laatste fase van het privatiseringsproces van Cimpor geschonden.

16 Eveneens op 11 augustus 2000 heeft Secilpar de CMVM een aantal wijzigingen meegedeeld in de aankondiging van het openbaar aanbod op aandelen van Cimpor, om tegemoet te komen aan de wensen van de Portugese autoriteiten.

17 Rekening houdend met het besluit van 11 augustus 2000 en van mening dat de wijzigingen in de aankondiging niet meer relevant waren, heeft de CMVM Secilpar bij brief van dezelfde dag gelast het door deze vennootschap aangekondigde openbaar aanbod in te trekken.

18 Bij schrijven van 16 augustus 2000 heeft de kabinetschef van de minister van Financiën de kabinetschef van de commissaris belast met mededingingsbeleid onofficieel een afschrift van het besluit van 11 augustus 2000 bezorgd.

19 Bij brief van 21 september 2000 heeft laatstgenoemde de minister van Financiën in kennis gesteld van de aanmelding van 4 juli 2000 en hem meegedeeld dat de Commissie in eerste instantie van mening was dat de Portugese Republiek niet had voldaan aan de krachtens de gemeenschapsregeling inzake controle op concentraties op haar rustende verplichting, de Commissie vooraf in te lichten over haar voornemen om een concentratie te weigeren en over de belangen die zij met deze maatregel beoogt te beschermen.

20 Volgens deze brief was de Portugese Republiek kennelijk de krachtens artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening op haar rustende verplichtingen niet

nagekomen, door haar besluit om zich tegen het voorstel van verwerving van Cimpor door Secil en Holderbank te verzetten zonder haar motieven aan de Commissie te hebben meegedeeld en zonder haar in staat te hebben gesteld de verenigbaarheid van de motieven van openbaar belang met de gemeenschapswetgeving te onderzoeken alvorens de betrokken maatregelen te nemen. Indien de Commissie tot de conclusie zou komen dat de door de Portugese Republiek aangehaalde motieven met geen van de drie voorwaarden van artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening overeenstemden, kon zij de maatregelen treffen die krachtens deze bepaling noodzakelijk waren. De Portugese Republiek werd verzocht uiterlijk op 5 november 2000 haar opmerkingen dienaangaande in te dienen.

21 Ten slotte vermeldde deze brief van 21 september 2000 dat de Commissie de passende maatregelen zou nemen indien zij tot de conclusie kwam dat de besluiten van de minister van Financiën niet werden gerechtvaardigd door de bescherming van andere gewettigde belangen in de zin van artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening. De Portugese Republiek werd verzocht ook over dit punt uiterlijk op 5 oktober 2000 haar opmerkingen kenbaar te maken.

22 Bij brief van 3 oktober 2000 heeft de minister van Financiën geantwoord dat hij op het openbaar aanbod van Secilpar en Holderbank niet de Portugese mededingingswetgeving, maar wetsbesluit nr. 380/93 had toegepast. Voorts zou de laatste fase in de herprivatisering kort nadien plaatsvinden, waardoor de bijzondere rechten die de Portugese staat als aandeelhouder van Cimpor genoot, zouden verdwijnen en de verwerving van deelnemingen in Cimpor niet meer onder wetsbesluit nr. 380/93 zou vallen.

23 Op 22 november 2000 heeft de Commissie de bestreden beschikking vastgesteld.

24 Op 11 januari 2001 is de aanmelding van 4 juli 2000 ingetrokken.

25 Bij arrest van 4 juni 2002, Commissie/Portugal (C-367/98, Jurispr. blz. I-4731), heeft het Hof een op 14 oktober 1998 door de Commissie ingesteld beroep wegens niet-nakoming toegewezen, voorzover dit betrekking had op schending van artikel 73 B EG-Verdrag (thans artikel 56 EG). Het Hof heeft vastgesteld dat de Portugese Republiek de krachtens dit artikel op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen door met name wet nr. 11/90 en wetsbesluit nr. 380/93 goed te keuren en te handhaven.

De bestreden beschikking

26 Blijkens de punten 1 en 2 van de motivering van de bestreden beschikking heeft deze betrekking op de verenigbaarheid van de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 met artikel 21 van de concentratieverordening.

27 In punt 11 van de motivering van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast dat de aangemelde concentratie bestaat in de verwerving van Cimpor door Secil en Holderbank met de bedoeling de verworven activa onmiddellijk te verdelen. Deze verwerving betrof dus twee concentraties, waardoor elke onderneming een deel van Cimpor zou verkrijgen.

28 Onder de titel „Verenigbaarheid van de door de Portugese autoriteiten getroffen maatregelen met artikel 21 van de [concentratie]verordening" stelt de Commissie in punt 49 van de motivering van de bestreden beschikking vast dat de Portugese autoriteiten haar geen enkel openbaar belang hebben meegedeeld dat volgens hen met de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 moest worden beschermd.

29 In punt 50 van de motivering van de bestreden beschikking merkt de Commissie op dat „de ontwikkeling van de structuren van het aandeelhouderschap in de vennootschappen die worden geprivatiseerd, met het oog op de versterking van de ondernemingszin en de efficiëntie van het nationale productieapparaat op een wijze die verenigbaar is met de streefdoelen van de Portugese economische politiek, in de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 is aangehaald als kennelijke doelstelling van wetsbesluit nr. 380/93".

30 De Commissie stelt in punt 55 van de motivering van de bestreden beschikking vast dat deze doelstelling niet behoort tot de belangen (openbare veiligheid, pluraliteit van de media en toezichtsregels) die op zich gewettigd worden geacht in de zin van artikel 21, lid 3, tweede alinea, van de concentratieverordening.

31 In de punten 56 en 57 van de motivering van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast dat de Portugese Republiek, door haar niet het betrokken belang mee te delen, de krachtens artikel 21 van de concentratieverordening op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen. Zij constateert evenwel dat de redenen die aan de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 ten grondslag liggen, duidelijk blijken uit de tekst daarvan.

32 Dienaangaande merkt de Commissie in punt 58 van de motivering van de bestreden beschikking op dat „de argumenten waarop de twee besluiten tot verzet tegen de concentratie zijn gebaseerd, zijn vermeld in de tekst van het tweede besluit, volgens welke de ontwikkeling van de structuren van het aandeelhouderschap in de vennootschappen die worden geprivatiseerd, moet worden beschermd met het oog op de versterking van de ondernemingszin en de efficiëntie van het nationale productieapparaat op een wijze die verenigbaar is met de beleidslijnen van de Portugese economische politiek. De twee besluiten vormen belemmeringen van de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer en kunnen niet worden geacht gerechtvaardigd te zijn door enige in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkende dwingende reden van openbaar belang; de Portugese regering heeft hoe dan ook geen enkele reden van dien aard aangevoerd. Bovendien voegt het algemene gelijkheidsbeginsel, waarop de Portugese regering haar eerste besluit heeft gebaseerd, niets relevants toe aan bovengenoemde argumentering."

33 De Commissie concludeert daaruit, in punt 59 van de motivering van de bestreden beschikking, dat „afgezien van het feit dat de Portugese regering de motieven van haar besluiten niet tijdig aan de Commissie heeft meegedeeld overeenkomstig artikel 21, lid 3, van de [concentratie]verordening, de Commissie zal moeten weigeren de wettigheid daarvan te erkennen".

34 In punt 60 van de motivering van de bestreden beschikking, in het gedeelte dat de titel „Conclusie" draagt, vermeldt de Commissie dat de Portugese Republiek, door het vaststellen van de besluiten waarbij zij de verwerving van meer dan 10 % van de aandelen van Cimpor weigert toe te staan, de aanmeldende vennootschappen in feite verbiedt de zeggenschap over Cimpor te verkrijgen.

35 In punt 61 van de motivering van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast dat, aangezien het besluit van 5 juli 2000, zoals geherformuleerd op 11 augustus 2000, waarbij wordt geweigerd de verwerving van meer dan 10 % van de aandelen van Cimpor toe te staan, niet lijkt te zijn gebaseerd op overwegingen verband houdend met de openbare veiligheid, de pluraliteit van de media en de toezichtsregels, „de Portugese autoriteiten niet mochten optreden en een concentratie van communautaire dimensie verbieden zonder de Commissie overeenkomstig artikel 21, lid 3, van de [concentratie]verordening elk ander openbaar belang mee te delen dat zij wensten te beschermen, alvorens de maatregelen te treffen die in deze beschikking aan de orde zijn."

36 In punt 62 van de motivering van de bestreden beschikking merkt de Commissie op dat „artikel 21, lid 3, [van de concentratie]verordening elk nuttig effect zou verliezen indien de Commissie zich wegens het uitblijven van een mededeling niet zou kunnen buigen over de vraag of een maatregel van een lidstaat wordt gerechtvaardigd door een van de belangen die in artikel 21, lid 3, uitdrukkelijk als gewettigd worden aangemerkt. De lidstaten zouden zich gemakkelijk aan de beoordeling door de Commissie kunnen onttrekken door deze maatregelen niet mee te delen. De structuur van artikel 21 berust op het evenwicht tussen enerzijds de op de lidstaten rustende verplichting om de Commissie vooraf het belang mee te delen dat zij

gewettigd achten, en anderzijds de verplichting van de Commissie om binnen een termijn van een maand een beschikking te geven over de verenigbaarheid van het aangevoerde belang met het gemeenschapsrecht."

37 In punt 63 van de motivering van de bestreden beschikking is de Commissie van mening dat „artikel 21 bijgevolg in die zin moet worden uitgelegd dat, los van de vraag of een maatregel al dan niet is meegedeeld, de Commissie het recht heeft om een beschikking vast te stellen waarin zij beoordeelt of deze maatregel in strijd is met het in de [concentratie]verordening neergelegde beginsel van uitsluitende bevoegdheid".

38 De Commissie concludeert in punt 64 van de motivering van de bestreden beschikking dat „de maatregelen van de Portugese autoriteiten met betrekking tot de aangemelde concentratie en met name [de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000], niet kunnen worden beschouwd als maatregelen ter bescherming van gewettigde belangen die verenigbaar zijn met de algemene beginselen en de overige bepalingen van gemeenschapsrecht. Deze maatregelen zijn bijgevolg in strijd met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met artikel 21 van de [concentratie]verordening."

39 In punt 65 van de motivering van de bestreden beschikking heet het dat „de Portugese Republiek derhalve de nodige maatregelen moet treffen om te voldoen aan het gemeenschapsrecht, door de betrokken besluiten in te trekken".

40 Artikel 1 van de bestreden beschikking bepaalt:

„De belangen die ten grondslag liggen aan het besluit van de Portugese minister van Financiën van [5] juli 2000, zoals geherformuleerd op 11 augustus 2000, welke in

strijd met het bepaalde in artikel 21, lid 3, van de [concentratie]verordening niet aan de Commissie zijn meegedeeld, zijn niet verenigbaar met het gemeenschapsrecht."

Het beroep

41 De Portugese Republiek werpt om te beginnen een vraag op met betrekking tot het verval van de bestreden beschikking. Vervolgens voert zij zes middelen aan tot staving van haar beroep:

— schending van artikel 253 EG wegens gebrek aan een duidelijke en toereikende rechtsgrondslag van de bestreden beschikking;

— schending van artikel 253 EG wegens gebrek aan motivering van de beweerde onverenigbaarheid van de nationale maatregelen met het gemeenschapsrecht;

— schending van de artikelen 7, lid 1, EG en 21, leden 1 en 3, derde alinea, van de concentratieverordening, voorzover de Commissie niet bevoegd was om de bestreden beschikking vast te stellen omdat de Portugese Republiek de door de nationale maatregelen beschermde belangen niet had meegedeeld;

— schending van artikel 220 EG en artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening, voorzover de Commissie het voorbehoud van rechterlijk toezicht heeft geschonden door de bestreden beschikking vast te stellen zonder dat de Portugese Republiek de bedoelde mededeling heeft gedaan;

— schending van artikel 5, derde alinea, EG en van het evenredigheidsbeginsel omdat de Commissie haar beoordeling niet heeft beperkt tot de concentratie van communautaire dimensie, namelijk Holderbank/Cimpor, alsmede omdat zij ondanks het stilzitten van de aanmeldende vennootschappen een definitieve en onomkeerbare maatregel heeft getroffen;

— misbruik van procedure voorzover de Commissie, ondanks het feit dat de Portugese Republiek bovengenoemde mededeling niet heeft gedaan, de bestreden beschikking heeft vastgesteld in plaats van een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG in te stellen.

De voorafgaande vraag, met betrekking tot het verval van de bestreden beschikking

42 De Portugese Republiek betoogt dat de bestreden beschikking is vastgesteld naar aanleiding van en in kader van de procedure die haar aanvang heeft genomen met de aanmelding van 4 juli 2000. De intrekking daarvan op 11 januari 2001, na de vaststelling van de bestreden beschikking, heeft echter een einde gemaakt aan de procedure, waardoor de rechtsgrondslag is verdwenen waarop de Commissie volgens haar de bevoegdheid tot optreden krachtens artikel 21 van de concentratieverordening kon baseren. De bestreden beschikking is dan ook vervallen.

43 Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling dat, om de door de advocaat-generaal in de punten 32 en 33 van zijn conclusie vermelde redenen, de intrekking van de aanmelding na de vaststelling van de bestreden beschikking hoe dan ook niet tot verval van deze beschikking kan leiden. De bestreden beschikking bestaat derhalve nog en vormt nog steeds het voorwerp van het door de Portugese Republiek ingestelde beroep.

Het derde, het vierde en het zesde middel

44 Met het derde, het vierde en het zesde middel, die samen en eerst moeten worden onderzocht, betoogt de Portugese regering in wezen dat, aangezien zij de door de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 beschermde belangen niet heeft meegedeeld, de Commissie niet bevoegd was om de bestreden beschikking vast te stellen.

45 Hoewel zij erkent dat de aan de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 ten grondslag liggende belangen niet overeenstemmen met een van de in artikel 21, lid 3, tweede alinea, van de concentratieverordening uitdrukkelijk voorziene categorieën van gewettigde belangen, merkt de Portugese regering om te beginnen op dat de nationale bescherming van andere openbare belangen ingevolge lid 3, derde alinea, van dit artikel is toegestaan, maar dat de lidstaat verplicht is deze mee te delen aan de Commissie.

46 Enkel ingeval een lidstaat de Commissie meedeelt dat zij voornemens is dergelijke andere openbare belangen te beschermen, kan de Commissie de betrokken lidstaat van haar beschikking in kennis stellen. Zolang de lidstaat deze mededeling niet heeft

gedaan, is de Commissie ook niet bevoegd om zich over de in artikel 21, lid 3, tweede alinea, van de concentratieverordening bedoelde belangen uit te spreken.

47 Voorts bestaat volgens de Portugese regering bij gebreke van een mededeling het gevaar, dat de Commissie zich uitspreekt over een openbaar belang dat niet overeenstemt met het belang dat de nationale wetgever daadwerkelijk op het oog had.

48 Vervolgens stelt de Portugese regering dat, aangezien de Commissie bij gebreke van een mededeling door de betrokken lidstaat geen beschikking krachtens artikel 21, lid 3, derde alinea, van de concentratieverordening kan vaststellen, het aan het Hof of aan de nationale rechterlijke instanties in het kader van de nationale rechtsgang staat om de wettigheid te toetsen en te waarborgen. Door de bestreden beschikking vast te stellen heeft de Commissie dus in strijd met artikel 21, lid 1, van deze verordening en artikel 220 EG inbreuk gemaakt op de bevoegdheid die deze nationale instanties toekomt.

49 Ten slotte betoogt de Portugese regering dat, behoudens de bevoegdheid van de Commissie om een beschikking te geven onder de voorwaarden van artikel 21, lid 3, derde alinea, van de concentratieverordening, zoals door deze regering uitgelegd, voor elke potentiële miskenning door de lidstaten van de mededelingsverplichting of de materiële grenzen voor de verenigbaarheid van de openbare belangen, in voorkomend geval een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG moet worden ingesteld. Door de bestreden beschikking vast te stellen heeft de Commissie dit artikel bijgevolg rechtstreeks geschonden en de procedure misbruikt.

50 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de concentratieverordening berust op het beginsel van een nauwkeurige verdeling van bevoegdheden tussen de nationale en de

communautaire toezichthoudende autoriteiten. In de negenentwintigste overweging van de considerans van deze verordening is bepaald dat „concentraties waarop deze verordening niet van toepassing is, in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren". Omgekeerd is de Commissie als enige bevoegd om beschikkingen te geven betreffende concentraties met een communautaire dimensie (arrest van 25 september 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie, C-170/02 P, Jurispr. blz. I-9889, punt 32).

51 Voorts bevat de concentratieverordening tevens bepalingen die tot doel hebben, ter wille van de rechtszekerheid en in het belang van de betrokken ondernemingen de duur te beperken van de verificatieprocedures waaraan de Commissie concentraties dient te onderwerpen. Daarom moeten concentraties met een communautaire dimensie volgens artikel 4 van deze verordening binnen een week worden aangemeld. De artikelen 6 en 10, lid 1, van deze verordening bepalen dat de Commissie de aanmelding meteen onderzoekt en over een termijn van in de regel één maand beschikt om te beslissen of zij al dan niet de formele procedure inleidt om te onderzoeken of de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Volgens artikel 10, lid 3, van de verordening moet de Commissie binnen een termijn van in beginsel vier maanden na de beschikking tot inleiding van de procedure een beslissing nemen over het dossier. Artikel 10, lid 6, bepaalt dat „indien de Commissie [niet] binnen de [...] termijnen een beschikking heeft gegeven, [...] de concentratie [wordt] geacht verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te zijn verklaard" (arrest Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 33).

52 Eveneens moet krachtens artikel 21, lid 3, derde alinea, van de concentratieverordening elk ander openbaar belang dan de drie in lid 3, tweede alinea, opgesomde belangen door de betrokken lidstaat aan de Commissie worden meegedeeld en moet deze binnen een maand na deze mededeling kennis geven van haar beschikking.

53 Hieruit moet worden geconcludeerd dat de gemeenschapswetgever het optreden van de nationale en dat van de communautaire autoriteiten duidelijk heeft willen afbakenen en dat hij een controle van concentraties heeft willen verzekeren binnen termijnen die zowel verenigbaar zijn met de vereisten van behoorlijk bestuur als met die van het zakenleven (zie in die zin arrest Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./ Commissie, reeds aangehaald, punt 34).

54 Bijgevolg kan de door de Portugese regering voorgestane uitlegging van artikel 21, lid 3, derde alinea, van de concentratieverordening, namelijk dat de Commissie zich bij gebreke van aanmelding van de door de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 beschermde belangen niet bij beschikking kon uitspreken over de verenigbaarheid van deze belangen met het gemeenschapsrecht, niet worden aanvaard.

55 Indien de Commissie bij gebreke van mededeling door de betrokken lidstaat enkel een beroep wegens niet-nakoming in de zin van artikel 226 EG kon instellen, zou het immers, zoals de advocaat-generaal in punt 51 van zijn conclusie terecht heeft opgemerkt, onmogelijk zijn om binnen de door de concentratieverordening voorgeschreven korte termijnen een communautaire beschikking te verkrijgen, waardoor de kans toeneemt dat een dergelijke beschikking pas wordt gegeven nadat de nationale maatregelen de concentratie van communautaire dimensie reeds definitief hebben verstoord.

56 Bovendien zou de uitlegging van de Portugese regering artikel 21, lid 3, derde alinea, van de concentratieverordening van zijn nuttig effect beroven doordat de lidstaten zich gemakkelijk aan de door deze bepaling ingestelde controles zouden kunnen onttrekken.

57 Hieruit volgt dat de in artikel 21, lid 3, derde alinea, van de concentratieverordening aan de Commissie opgedragen toetsing van de andere openbare belangen dan die bedoeld in artikel 21, lid 3, tweede alinea, enkel efficiënt kan zijn indien deze

instelling de bevoegdheid bezit om zich bij beschikking uit te spreken over de verenigbaarheid van deze belangen met de algemene beginselen en de overige bepalingen van gemeenschapsrecht, ongeacht of deze belangen haar zijn meegedeeld of niet.

58 Het niet meedelen van deze belangen door de betrokken lidstaat kan de taak van de Commissie weliswaar onzekerder en ingewikkelder maken, omdat zij moeilijkheden zou kunnen ondervinden om na te gaan welke belangen door de nationale maatregelen worden beschermd, maar dit neemt niet weg dat, zoals de advocaat-generaal in punt 55 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de Commissie altijd inlichtingen kan vragen aan de betrokken lidstaat. Indien deze niettegenstaande het verzoek van de Commissie de gevraagde inlichtingen niet verstrekt, kan de Commissie een beschikking geven op basis van de gegevens waarover zij beschikt (zie naar analogie, wat staatssteun betreft, arrest van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, „Boussac Saint Frères", C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punt 22).

59 Voor het overige is het in een situatie als de onderhavige, waarin de lidstaat niet heeft meegedeeld welke belangen door de betrokken nationale maatregelen worden beschermd, onvermijdelijk dat de Commissie eerst onderzoekt of deze maatregelen worden gerechtvaardigd door een van de in artikel 21, lid 3, tweede alinea, van de concentratieverordening bedoelde belangen. Indien zij aldus vaststelt dat de lidstaat de betrokken maatregelen heeft getroffen ter bescherming van een van de in deze alinea opgesomde gewettigde belangen, hoeft zij haar onderzoek immers niet voort te zetten en hoeft zij niet na te gaan of deze maatregelen worden gerechtvaardigd op basis van enig ander openbaar belang bedoeld in de derde alinea.

60 Aangezien de Commissie, zoals blijkt uit punt 57 van het onderhavige arrest, krachtens artikel 21, lid 3, derde alinea, van de concentratieverordening bevoegd is om een beschikking te geven met betrekking tot de vraag of de door een lidstaat beschermde andere openbare belangen dan die opgesomd in lid 3, tweede alinea, verenigbaar zijn met de algemene beginselen en de overige bepalingen van gemeenschapsrecht, zelfs indien de betrokken lidstaat deze belangen niet heeft meegedeeld, moet derhalve worden geconcludeerd dat zij door de vaststelling van de

bestreden beschikking geen inbreuk heeft gemaakt op de bevoegdheden van het Hof of van de nationale rechterlijke instanties en dus artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening noch artikel 220 EG heeft geschonden. Zij heeft evenmin artikel 226 EG geschonden of de procedure misbruikt.

61 Bijgevolg moeten het derde, het vierde en het zesde middel ongegrond worden verklaard.

Het eerste middel

62 Met het eerste middel betoogt de Portugese regering dat de Commissie de in artikel 253 EG neergelegde motiveringsverplichting heeft geschonden door de rechtsgrondslag van de bestreden beschikking niet voldoende nauwkeurig aan te duiden.

63 Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling, dat uit de tekst van de bestreden beschikking, met name de punten 60 tot en met 64 van de motivering daarvan, duidelijk blijkt dat zij gebaseerd is op artikel 21, lid 3, derde alinea, van de concentratieverordening.

64 Het eerste middel van de Portugese regering moet dus eveneens ongegrond worden verklaard.

Het tweede middel

65 Met het tweede middel verwijt de Portugese regering de Commissie dat deze de beweerde onverenigbaarheid van de nationale maatregelen met het gemeenschapsrecht onvoldoende heeft gemotiveerd. In de bestreden beschikking ontbreekt met name een specifieke materiële beoordeling van de aan de maatregelen van de Portugese autoriteiten ten grondslag liggende belangen, op basis van een duidelijke toelichting van de feitelijke en juridische gronden aan de hand van de relevante bepalingen van gemeenschapsrecht.

66 Herinnerd zij aan de vaste rechtspraak volgens welke de door artikel 253 EG vereiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk, dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie met name arresten van 13 maart 1985, Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commissie, 296/82 en 318/82, Jurispr. blz. 809, punt 19; 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63, en 30 september 2003, Duitsland/Commissie, C-301/96, Jurispr. blz. I-9919, punt 87).

67 Het is juist dat de bestreden beschikking een bondige uiteenzetting bevat van de gronden waarop de Commissie de aan de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 ten grondslag liggende belangen onverenigbaar heeft geacht met de algemene beginselen en de overige bepalingen van gemeenschapsrecht.

68 Zoals de advocaat-generaal evenwel in de punten 66 en 67 van zijn conclusie heeft opgemerkt, heeft de Commissie, na de door de nationale maatregelen beschermde belangen te hebben onderkend en te hebben vastgesteld dat deze niet behoorden tot de belangen die op zich gewettigd worden geacht in de zin van artikel 21, lid 3, tweede alinea, van de concentratieverordening, in punt 58 van de motivering van de bestreden beschikking redenen aangevoerd die, hoewel uiterst summier, toch aangeven op welke constateringen zij haar redenering baseert.

69 Daar komt bij dat, zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de bestreden beschikking is vastgesteld in een voor de Portugese regering welbekende context, namelijk in het kader van de niet-nakomingsprocedure die tot het reeds aangehaalde arrest Commissie/Portugal heeft geleid. Voorts heeft de Portugese regering de Commissie niet de minste aanwijzing verstrekt over de verenigbaarheid van de door de betrokken maatregelen beschermde openbare belangen met het gemeenschapsrecht, zelfs niet in antwoord op de brief van de Commissie van 21 september 2000.

70 Gelet op deze context zij vastgesteld dat de bestreden beschikking summier mocht worden gemotiveerd (zie dienaangaande arresten van 26 november 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commissie, 73/74, Jurispr. blz. 1491, punt 31, en 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punt 105) en zij dus voldoende was gemotiveerd (zie arrest van 30 september 2003, Duitsland/Commissie, reeds aangehaald, punten 92 en 93).

71 Bijgevolg is het derde middel van de Portugese regering ongegrond.

Het vijfde middel

72 Met het vijfde middel, dat betrekking heeft op schending van het evenredigheidsbeginsel, betoogt de Portugese regering in een eerste onderdeel, dat de Commissie verder is gegaan dan noodzakelijk is om de naleving van het gemeenschapsrecht te waarborgen, door in de bestreden beschikking te verklaren dat de Portugese Republiek de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 in hun geheel moet intrekken en door in het dictum van deze beschikking algemeen te oordelen dat de aan deze besluiten ten grondslag liggende belangen niet verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht ondanks het feit dat de aangemelde operatie blijkens de bestreden beschikking tot twee concentraties had geleid, namelijk Secil/Cimpor en Holderbank/Cimpor, en dat enkel de tweede een communautaire dimensie had gehad.

73 In een tweede onderdeel van dit middel stelt de Portugese regering dat, aangezien de procedure voor de beoordeling van de aangemelde concentratie bij gebreke van de aan de aanmeldende ondernemingen gevraagde informatie geschorst was toen de bestreden beschikking werd gegeven en deze dus is vastgesteld in een periode waarin het onzeker was of de procedure al dan niet zou worden voortgezet, de Commissie voorzichtig had moeten optreden door maatregelen te gelasten die niet definitief waren. De verplichting om de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 in te trekken is niet geschikt ter bereiking van de betrokken doelstellingen en evenmin verenigbaar daarmee, en schendt derhalve het evenredigheidsbeginsel.

74 Wat het eerste onderdeel van dit middel betreft, zij vastgesteld dat, zoals de Commissie heeft opgemerkt, de twee concentraties onlosmakelijk met elkaar waren verbonden aangezien het openbaar aanbod op het vennootschappelijk kapitaal van Cimpor, door bemiddeling van Secilpar, was gedaan met de bedoeling de activa van Cimpor te verdelen tussen Secil en Holderbank. Het was dus niet mogelijk de gevolgen van de bestreden beschikking te beperken tot de concentratie Holderbank/Cimpor. In de bestreden beschikking is door de Commissie bijgevolg terecht

vastgesteld dat de Portugese Republiek de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 in hun geheel moest intrekken en algemeen verklaard dat de aan deze besluiten ten grondslag liggende belangen onverenigbaar waren met het gemeenschapsrecht.

75 Wat het tweede onderdeel van dit middel betreft, kan worden volstaan met de opmerking, zoals de advocaat-generaal in punt 74 van zijn conclusie heeft vastgesteld, dat de Commissie heeft kunnen oordelen dat het stilzitten van de aanmeldende ondernemingen, althans gedeeltelijk, te wijten was aan de vaststelling van de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 en dat zij dus zeer dringend een definitieve beschikking moest geven.

76 Uit het voorgaande volgt dat het vijfde middel van het beroep evenmin gegrond is.

77 Aangezien geen enkel middel gegrond is, moet het beroep worden verworpen.

Kosten

78 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien de Portugese Republiek in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (voltallige zitting),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verwijst de Portugese Republiek in de kosten.

Skouris	Jann	Timmermans
Rosas	Gulmann	Puissochet
Cunha Rodrigues	La Pergola	Schintgen
Colneric		von Bahr

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 juni 2004.

De griffier

R. Grass

De president

V. Skouris