

RETTENS DOM (Fjerde Udvidede Afdeling)

23. februar 2006^{*}

I sag T-282/02,

Cementbouw Handel & Industrie BV, Le Cruquius (Nederlandene), ved advokats
W. Knibbeler, O. Brouwer og P. Kreijger,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved A. Nijenhuis, K.
Wiedner og W. Mölls, derefter ved A. Nijenhuis, É. Gippini Fournier og A. Whelan,
som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

^{*} Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2003/756/EF af 26. juni 2002 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV [CVK]) (EUT 2003 L 282, s. 1, berigtigelse i EUT 2003 L 285, s. 52),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne P. Lindh, P. Mengozzi, I. Wiszniewska-Białecka og V. Vadapalas,

justitssekretær: ekspeditionssekretær K. Andová,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. juli 2005,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

- ¹ Den 24. januar 2002 anmeldte virksomheden Franz Haniel & Cie GmbH (herefter »Haniel«) og sagsøgeren i overensstemmelse med artikel 4 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virk-

somhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, offentliggjort på ny, efter rettelser, i EFT 1990 L 257, s. 13), som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1), en fusion. Efter denne anmeldelse erhvervede Haniel og sagsøgeren sig i 1999 i fællesskab kontrol, i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89, over den nederlandske virksomhed Coöperatieve Verkoop- en Produktievereniging van Kalkzandsteenproducenten (herefter »CVK«) og dennes 11 medlemsvirksomheder gennem aftale samt køb af andele af den tyske virksomhed RAG AG (herefter »RAG«).

- 2 Haniel er et diversificeret tysk holdingselskab, der i sektoren for byggematerialer er aktivt inden for fremstilling og salg af byggematerialer til vægkonstruktion som f.eks. kalksandsten, porebeton og færdigblandet beton. Haniels aktiviteter er i det væsentlige koncentreret i Tyskland. For så vidt angår Nederlandene besad Haniel inden den foreliggende fusion kapitalandele i en række kalksandstensfabrikker, som er medlem af CVK.

- 3 Sagsøgeren, som på daværende tidspunkt stadig tilhørte den nederlandske koncern NBM Amstelland BV, driver i Nederlandene virksomhed på markedet for byggematerialer og mere generelt inden for byggemarkeder, logistik og råvarehandel. På tidspunktet for vedtagelsen af beslutning 2003/756/EF om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV [CVK]) (herefter »den anfægtede beslutning«), blev sagsøgeren kontrolleret af CVC Capital Partners Group Ltd, der er et investeringsselskab.

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

- 5 Før fusionen blev gennemført, var fem af CVK's elleve medlemsvirksomheder — Kalkzandsteenfabriek De Hazelaar BV (herefter »De Hazelaar«), Kalkzandsteenindustrie Loevestein BV (herefter »Loevestein«), Steenfabriek Boudewijn BV (herefter »Boudewijn«), Kalkzandsteenfabriek Hoogdonk BV (herefter »Hoogdonk«) og Kalkzandsteenfabriek Rijsbergen BV (herefter »Rijsbergen«) — datterselskaber af Haniel. Tre kalksandstensfabrikker — Kalkzandsteenfabriek Harderwijk BV (herefter »Harderwijk«), Kalkzandsteenfabriek Roelfsema BV (herefter »Roelfsema«) og Kalkzandsteenfabriek Bergumermeer BV (herefter »Bergumermeer«) — var datterselskaber af sagsøgeren, ligesom to producenter — Anker Kalkzandsteenfabriek BV (herefter »Anker«) og Vogelenzang Fabriek van Bouwmaterialen BV (herefter »Vogelenzang«) — var datterselskaber af RAG. Endelig blev en producent, virksomheden Van Herwaarden Hillegom BV (herefter »Van Herwaarden«), kontrolleret i fællesskab af Haniel ([fortroligt]%)¹, sagsøgeren ([fortroligt]%) og RAG ([fortroligt]%).
- 6 I 1998 modtog Nederlandse Mededingsautoriteit (den nederlandske konkurrencemyndighed, herefter »NMa«) anmeldelse af en fusion, hvorefter CVK skulle overtage kontrollen med sine medlemsvirksomheder. Overdragelsen af kontrollen skulle finde sted gennem indgåelse af en pooling-aftale samt en ændring af CVK's vedtægter. Den 23. april 1998 besluttede NMa at indlede den procedure, der benævnes »anden fase«. Ved beslutning af 20. oktober 1998 afsluttede Nma den anden fase og gav tilladelse til det omhandlede projekt.
- 7 Inden denne transaktion blev gennemført, havde RAG besluttet at sælge sine andele i CVK-medlemsvirksomhederne til Haniel og sagsøgeren. I marts 1999 informerede parterne NMa om deres hensigter. Denne meddelte ved skrivelse af 26. marts 1999 parterne, at den påtænkte afhændelse ikke ville udgøre en fusion i henhold til artikel 27 i wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) (lov af 22.5.1997 om nye bestemmelser vedrørende den økonomiske konkurrence) (Stb. 1997, nr. 242), hvis den ved beslutningen af 20. oktober 1998 godkendte transaktion var blevet gennemført senest på tidspunktet for den nævnte afståelse.

1 — Fortrolige oplysninger udeladt.

- 8 Den 9. august 1999 indgik CVK og dennes medlemsvirksomheder den i præmis 6 nævnte pooling-aftale. CVK's vedtægter blev ligeledes ændret denne dag for at tage bestemmelserne i pooling-aftalen i betragtning (disse to transaktioner betegnes herefter som »den første gruppe transaktioner«). Samme dag solgte RAG sine andele i tre af CVK's medlemsvirksomheder (Anker, Vogelenzang og Van Herwaarden) til Haniel og til sagsøgeren (herefter »RAG-transaktionen«), der i øvrigt også indgik en samarbejdsaftale for så vidt angik deres samarbejde inden for CVK (disse to transaktioner betegnes herefter samlet som »den anden gruppe transaktioner«).
- 9 Efter at have fået kendskab til transaktionen af 9. august 1999 i forbindelse med undersøgelsen af to andre fusioner, anmeldt af Haniel (sag COMP/M.2495 — Haniel/Fels og sag COMP/M.2568 — Haniel/Ytong), tilkendegav Kommissionen ved skrivelse af 22. oktober 2001 over for sagsøgeren samt de øvrige deltagende virksomheder, at transaktionen burde anmeldes til Kommissionen i medfør af artikel 4 i forordning nr. 4064/89.
- 10 Som nævnt i præmis 1 ovenfor, anmeldte Haniel og sagsøgeren den 24. januar 2002 transaktionen i medfør af artikel 4 i forordning nr. 4064/89.
- 11 Den 25. februar 2002 vedtog Kommissionen en beslutning i medfør af artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89, idet den anmeldte fusion ifølge Kommissionen gav anledning til alvorlig tvivl med hensyn til, om den var forenelig med fællesmarkedet og med aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«).
- 12 Den 25. april 2002 rettede Kommissionen en meddelelse om klagepunkter til parterne. Sagsøgeren besvarede denne ved skrivelse af 13. maj 2002.

- 13 Den 16. maj 2002 gennemførte Kommissionen høringen af de berørte parter.
- 14 Efter et første udkast til tilsagn, som blev fremlagt den 28. maj 2002 og efter Kommissionens opfattelse ikke var tilstrækkeligt til at løse de af Kommissionen påviste konkurrenceproblemer, afgav Haniel og Cementbouw de endelige tilsagn den 5. juni 2002.
- 15 Den 26. juni 2002 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvorved den anmeldte fusion erklæredes forenelig med fællesmarkedet og anvendelsen af EØS-aftalen (den anfægtede beslutnings artikel 1), betinget af, at de af Haniel og sagsøgeren afgivne tilsagn som angivet i punkt 27, 28, 32-35 og 40 i bilaget til nævnte beslutning opfyldes fuldt ud (den anfægtede beslutnings artikel 2) og af, at de opfylder de øvrige afgivne tilsagn, jf. bilaget, fuldt ud (den anfægtede beslutnings artikel 3). Blandt de af den anfægtede beslutnings artikel 2 omhandlede tilsagn er navnlig opløsningen af CVK inden for en frist på [fortroligt] regnet fra den anfægtede beslutnings vedtagelse. Den anfægtede beslutning er med udeladelse af fortrolige oplysninger offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* af 30. oktober 2003 (EUT L 282, s. 1, berigtiget i EUT L 285, s. 52).

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 16 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 11. september 2002 har sagsøgeren anlagt nærværende sag i henhold til artikel 230 EF.

17 I henhold til artikel 14 i Rettens procesreglement og efter forslag fra Fjerde Afdeling har Retten efter at have hørt parterne i overensstemmelse med procesreglementets artikel 51 besluttet at henvise sagen til en udvidet afdeling.

18 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Udvidede Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse anmodet parterne om at besvare en række spørgsmål og fremlægge visse dokumenter. Parterne har efterkommet disse anmodninger inden for den fastsatte frist.

19 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 6. juli 2005.

20 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande

- Den anfægtede beslutning annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

- 22 Sagsøgeren påberåber sig i realiteten tre anbringender til støtte for sin sag. Det første vedrører Kommissionens manglende kompetence til at undersøge de omhandlede transaktioner i henhold til artikel 3 i forordning nr. 4064/89. Det andet anbringende vedrører et af Kommissionen foretaget urigtigt skøn for så vidt angår skabelsen ved fusionen af en dominerende stilling i strid med artikel 2 i forordning nr. 4064/89. Endelig vedrører det tredje anbringende en tilsidesættelse af artikel 3 og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 samt proportionalitetsprincippet.

1. Det første anbringende om Kommissionens manglende kompetence til at undersøge de omhandlede transaktioner i henhold til artikel 3 i forordning nr. 4064/89

- 23 Dette anbringende kan opdeles i tre led. Det første led vedrører Kommissionens manglende kompetence til at undersøge RAG-transaktionen på grund af manglende ændring af kontrollen med CVK. Det andet led vedrører Kommissionens manglende kompetence til at kvalificere fusionen som to adskilte transaktioner samt fraværet af en fusion i nærværende sag i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 4064/89. Det tredje led vedrører Kommissionens manglende kompetence til at undersøge CVK's overtagelse af kontrollen med sine medlemsvirksomheder, som følge af NMa's godkendelse heraf.

Det første anbringendes første led vedrørende Kommissionens manglende kompetence til at undersøge RAG-transaktionen på grund af manglende ændring af kontrollen med CVK

Parternes argumenter

- 24 Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen ikke i medfør af forordning nr. 4064/89 har kompetence til at undersøge RAG-transaktionen, for så vidt som denne transaktion ikke indebar skabelsen af en fælles kontrol mellem sagsøgeren og Haniel over CVK.
- 25 Sagsøgeren bestrider for det første den i den anfægtede beslutning indeholdte udtalelse, hvorefter der forud for RAG-transaktionen var mulighed for skiftende flertal på CVK's generalforsamling.
- 26 Indledningsvis er det sagsøgerens opfattelse, at denne udtalelse er overraskende, eftersom NMa's beslutninger af 23. april og 20. oktober 1998 overhovedet ikke nævner denne mulighed.
- 27 Derefter undrer sagsøgeren sig over, at den anfægtede beslutning ikke indeholder nogen analyse angående, hvorvidt der faktisk var mulighed for skiftende flertal på CVK's generalforsamling forud for RAG-transaktionen. Ifølge sagsøgeren burde Kommissionen ikke, som gjort i den anfægtede beslutning, have begrænset sig til at erklære, at der forelå en mulighed for skiftende flertal forud for denne transaktion uden at fremlægge det mindste bevis for, at der ikke forelå stærke fælles interesser blandt aktionærerne, eller at der ikke forelå et stabilt flertal i overensstemmelse med punkt 35 i Kommissionens meddelelse om fusionsbegrebet efter forordning nr. 4064/89 (EFT 1998 C 66, s. 5). Ifølge sagsøgeren har Kommissionen ikke

formålet at godtgøre, at der forud for RAG-transaktionen forelå en situation med »manglende kontrol« med CVK. Sagsøgeren bemærker, at det påhviler Kommissionen at bevise mangelen på kontrol forud for RAG-transaktionen, når henses til det stærke interessefællesskab, der var mellem CVK's »aktionærer« før denne transaktion, navnlig på grundlag af pooling-aftalen.

- 28 For det andet er det sagsøgerens opfattelse, at den påståede ret til at nedlægge veto, som denne ifølge den anfægtede beslutning havde sammen med Haniel, ikke medfører fælles kontrol med CVK, der er en selvstændig økonomisk enhed.
- 29 For det første stillede Kommissionen sig tilfreds med at lægge til grund, at sagsøgeren og Haniel var i besiddelse af ret til at nedlægge veto i CVK's besluttende organer.
- 30 Således bemærker sagsøgeren indledningsvis, at Kommissionen ikke har taget hensyn til de garantier, som sagsøgeren og Haniel havde givet NMa i forbindelse med anmeldelsen af pooling-aftalen, som blev godkendt ved beslutningen af 20. oktober 1998. Disse garantier indebar for det første, at CVK's styrelsesråd udelukkende måtte bestå af repræsentanter for medlemmer af CVK eller af uafhængige personer og ikke måtte omfatte nogen repræsentant for selskaber, som indgik i en koncern, hvor moderselskabet til et eller flere af CVK's medlemmer indgik. For det andet for så vidt angår CVK's tilsynsråd skulle dette bestå af et flertal af uafhængige medlemmer. Ifølge sagsøgeren sikrede disse regler, at hverken sagsøgeren eller Haniel er i stand til at påvirke CVK's strategiske, kommercielle beslutninger.
- 31 Endvidere gør sagsøgeren gældende, at det følger af den nederlandske borgerlige lovbog, at de besluttende organer i et andelsselskab som CVK udelukkende skal

træffe beslutninger i virksomhedens interesse og ikke i aktionærernes interesse. Således, fremføres det af sagsøgeren, var hverken denne eller Haniel i stand til retligt eller faktisk at påvirke CVK's styrende organers strategiske, kommercielle beslutninger. Ifølge sagsøgeren følger det heraf, at beslutningen af 20. oktober 1998, der accepterede de garantier, som sagsøgeren og Haniel havde givet, gav anledning til en berettiget forventning hos dennes ledelse, således at det herefter tilkom Kommissionen præcist at påvise Haniels og sagsøgerens mulighed for at udøve en afgørende indflydelse på CVK's beslutninger.

- 32 Sagsøgeren bestrider for det andet den konklusion, som Kommissionen er nået til i betragtning 19 til den anfægtede beslutning, hvorefter samarbejdsaftalen mellem sagsøgeren og Haniel, lukningen af tre virksomheder, der producerede kalksandsten, som var medlemmer af CVK, og visse dokumenter bestemt for intern brug hos Haniel udgør omstændigheder, der påviser den fælles kontrol, som sagsøgeren og Haniel udøvede over CVK. For så vidt angår den mellem sagsøgeren og Haniel indgåede samarbejdsaftale viser denne, at de klausuler, der er citeret i den anfægtede beslutning, kun vedrører udnyttelsen af [fortroligt], hvilket ikke automatisk kan henregnes til at omfatte CVK's strategiske beslutninger. For så vidt angår lukningen af tre af CVK's medlemsvirksomheder bemærker sagsøgeren, at der ikke er blevet indgået nogen aftale mellem denne og Haniel om dette spørgsmål, og at det var CVK, der, efter pooling-aftalen var blevet underskrevet, med støtte i sine egne kommercielle analyser besluttede at foretage denne lukning. Vedrørende de dokumenter, der var bestemt til intern brug hos Haniel, gør sagsøgeren gældende, at efter at have fået tilladelse til at gøre sig bekendt med disse dokumenter, kan denne bekræfte, at de ikke påviser tilstedeværelsen eller fraværet af en fælles kontrol med henblik på anvendelsen af forordning nr. 4064/89, men indeholder subjektive og uvæsentlige interesser vedrørende Haniels sag.

- 33 Endelig er det for det tredje sagsøgerens opfattelse, at Kommissionen har tilsidesat sin forpligtelse til at give tilstrækkelig begrundelse for den anfægtede beslutning for så vidt angår tre forhold: for det første den påståede tilstedeværelse af skiftende koalitioner inden for CVK før RAG-transaktionen, navnlig idet det ikke begrundes, hvorfor Kommissionen har indtaget et standpunkt, der er forskelligt fra NMa's. Dernæst vedrørende grundene til, at Kommissionen fandt, at de af Haniel og

sagsøgeren over for NMa stillede garantier ikke er tilstrækkelige til at udelukke muligheden for en fælles kontrol. Endelig, vedrørende konstateringen, hvorefter pooling-aftalen mellem Haniel og sagsøgeren, lukningen af visse virksomheder, der producerede kalksandsten, og de dokumenter, der var bestemt for intern brug hos Haniel, påviser en fælles kontrol med CVK.

- 34 Kommissionen bemærker indledningsvis, at den i den anfægtede beslutning ikke har opfattet RAG-transaktionen som en selvstændig transaktion. Pooling-aftalen, dvs. CVK's overtagelse af kontrollen med sine medlemsvirksomheder, og RAG-transaktionen, dvs. Haniels og sagsøgerens overtagelse af kontrollen med CVK gennem køb af de kapitalandele i medlemsvirksomheder i CVK, der tidligere var kontrolleret af RAG, udgør en og samme fusion.
- 35 Kommissionen svarer indledningsvis, at det generelt er således, at når to aktionærer deler stemmerettighederne i en virksomhed ligeligt indbyrdes, giver denne situation, som beskrevet i punkt 20 i Kommissionens ovenfor i præmis 27 citerede meddelelse om fusionsbegrebet, dem en ret til at nedlægge veto og dermed fælles kontrol med virksomheden. I denne sag havde hverken sagsøgeren, Haniel eller RAG ret til at nedlægge veto før fusionen. Endvidere fremhæver Kommissionen, at selv om det ikke er udelukket, at minoritetsaktionærer, der ikke er i besiddelse af retten til at nedlægge veto, under helt særlige omstændigheder, kan udøve faktisk fælles kontrol over en virksomhed, gjorde sagsøgeren ikke i sin stævning gældende, at der forelå stærke fælles interesser mellem de tre førnævnte aktionærer forud for fusionens gennemførelse. I den forbindelse bemærker Kommissionen ligeledes, at den forsøgsvis argumentation i denne retning, som sagsøgeren skitserer i sin replik, hvorefter der forelå sådanne fælles interesser, når navnlig henses til pooling-aftalen, ikke tager hensyn til den omstændighed, at denne aftale er en integrerende del af fusionen og således ikke vedrører tiden før den 9. august 1999. Under disse omstændigheder bør det ifølge Kommissionen konstateres, at de tre aktionærer havde forskellige interesser, og lægges til grund, at skiftende flertal inden for CVK var mulige før fusionen.

36 Herefter fremhæver Kommissionen vedrørende argumentet om, at der ikke er taget hensyn til NMa's beslutning af 20. oktober 1998 og de garantier, som sagsøgeren og Haniel stillede over for denne, at NMa undersøgte en anden fusion i henhold til andre retsregler. For det første blev den til NMa anmeldte fusion ikke gennemført, idet en anden fusion — der omfattede den første og anden gruppe transaktioner — der var underlagt anmeldelsespligten i henhold til forordning nr. 4064/89, blev vedtaget den 9. august 1999. For det andet vurderede NMa fusionsbegrebet i henhold til nederlandsk konkurrenceret, mens Kommissionen har foretaget sin vurdering i henhold til bestemmelserne i forordning nr. 4064/89. Ifølge Kommissionens bemærkninger er det således, at selv om spørgsmålet om skiftende flertal ikke var relevant for NMa, tillagde Kommissionen disse skiftende flertal betydning ved anvendelsen af forordning nr. 4064/89 på en anden fusion, idet den fandt, at den omstændighed, at disse var blevet muliggjort af fusionen, udelukkede enhver tidligere kontrol med CVK. De af sagsøgeren påberåbte garantier rækker ikke ved denne konklusion, idet de alene har til formål at begrænse muligheden for, at de personer, der agerer for CVK's »endelige aktionærer«, sidder i denne virksomheds ledelsesorganer. Medlemmerne af virksomhedens organer udpeges dog af CVK's generalforsamling efter indstilling fra sidstnævntes direktører, der selv er blevet udnævnt af deres respektive aktionærer. Kommissionen gør således gældende, at det næppe er sandsynligt, at medlemmerne af CVK's ledelsesorganer handler uden at tage hensyn til interesserne hos dem, der i den sidste ende træffer bestemmelse om deres udnævnelse eller afskedigelse — dvs. sagsøgeren og Haniel i deres egenskab af »endelige aktionærer«.

37 Kommissionen fremhæver endvidere, at bestemmelserne i den nederlandske borgerlige lovbog ikke ændrer på den konklusion, hvorefter sagsøgeren og Haniel har fælles kontrol over CVK. Kommissionen gør for det første gældende, at hvis det efter nederlandsk ret er således, at en virksomheds ledelsesorganers beslutninger skal træffes under hensyn til denne virksomheds interesser, vil aktionærernes interesser dog være en omstændighed, der tages i betragtning ved fastlæggelsen af, hvad der er i virksomhedens interesse. For det andet tilkendegiver Kommissionen, at forholdene mellem CVK og sagsøgeren er sammenlignelige med de forhold, der hersker mellem et datterselskab og dets moderselskab, og i det omfang nederlandsk selskabsret forpligter datterselskaber til at følge instruktioner fra moderselskabet, vil

dette også gælde i det tilfælde, hvor to virksomheder — sagsøgeren og Haniel — kontrollerer en virksomhed i fællesskab.

- 38 Kommissionen bestrider ligeledes sagsøgerens kritik vedrørende betragtning 19 til den anfægtede beslutning, hvorefter pooling-aftalen, lukningen af tre af CVK's medlemsvirksomheder og Haniels interne dokumenter viser, at sagsøgeren og Haniel udøver fælles kontrol med CVK. Kommissionen bemærker i denne forbindelse, at disse omstændigheder alene tjener til at illustrere tilstedeværelsen af den fælles kontrol, som er påvist i betragtning 13-17 til den anfægtede beslutning, hvilket sagsøgeren i øvrigt har medgivet i sin replik. Således var de rettigheder til at nedlægge veto, som sagsøgeren og Haniel er i besiddelse af vedrørende udnævnelse af de CVK's administrative organer, i sig selv tilstrækkelige til at skabe deres fælles kontrol med CVK. Det er under alle omstændigheder Kommissionens opfattelse, at de to første omstændigheder faktisk påviser sagsøgerens og Haniels mulighed for at intervenere i CVK's aktiviteter og strategiske beslutninger. For så vidt angår Haniels interne dokumenter er det Kommissionens opfattelse, at de bekræfter dens tese, hvorefter Haniel og sagsøgeren havde til hensigt at skaffe sig fælles kontrol med CVK.

- 39 Endelig tilbageviser Kommissionen ligeledes sagsøgerens beskyldninger om utilstrækkelig begrundelse af den anfægtede beslutning.

Rettens bemærkninger

— Indledende bemærkninger

- 40 Det bemærkes indledningsvis, at det af artikel 3 i forordning nr. 4064/89 under overskriften »Definition af en sammenslutning« fremgår, at

»1. En sammenslutning opstår, når

a) to eller flere hidtil uafhængige virksomheder fusioneres

eller

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

eller

— en eller flere virksomheder

gennem erhvervelse af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis helt eller delvis opnår den direkte eller indirekte kontrol over en eller flere andre virksomheder.

2. [...]

Oprettelse af joint venture-selskaber, som på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, udgør en sammenslutning efter stk. 1, litra b).

3. Efter denne forordning opnås kontrol over en virksomhed gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen, under hensyn til alle faktiske og retlige forhold, giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift, særlig ved:

- a) ejendoms- eller brugsret til virksomhedens samlede formue eller dele deraf
- b) rettigheder eller aftaler, som sikrer afgørende indflydelse på sammensætningen af virksomhedens organer, deres rådslagninger og afstemninger eller beslutninger.

4. Kontrol over en virksomhed opnås af en person/personer eller en virksomhed/virksomheder, der

- a) er indehaver(e) af sådanne rettigheder eller begunstiget ifølge sådanne aftaler, eller som
- b) uden at være indehaver(e) af sådanne rettigheder eller begunstiget ifølge sådanne aftaler dog kan udøve de deraf flydende rettigheder.

[...]«

- 41 Det følger heraf, at en fusion bl.a. kan gennemføres gennem anskaffelse af kontrol over en eller flere virksomheder, af en virksomhed alene eller af to eller flere virksomheder, der handler i fællesskab, idet kontrollen, uanset metoden, hvorpå den etableres, og idet alle relevante faktiske og retlige forhold i hver enkelt tilfælde skal tages i betragtning, skal medføre, at muligheden for at udøve en bestemmende indflydelse på den erhvervede virksomheds aktiviteter følger af rettigheder, kontrakter eller et andet middel.
- 42 Som præciseret i punkt 19 i Kommissionens ovenfor i præmis 27 citerede meddelelse om fusionsbegrebet — gentaget, i realiteten, i betragtning 14 til den anfægtede beslutning og af sagsøgeren ubestridt — foreligger der en fælles kontrol, når to eller flere virksomheder eller personer har mulighed for at udøve afgørende indflydelse på en anden virksomhed, dvs. muligheden for at blokere for dispositioner, der er bestemmende for en virksomheds forretningspolitik. Således tillader fælles kontrol, at en foreslået strategisk beslutning kan blive blokeret som følge af den magt, som to eller flere moderselskaber har, til at forkaste den. Heraf følger, at disse aktionærer må nå til enighed om joint venture-selskabets forretningspolitik.
- 43 I denne sag har Kommissionen i betragtning 15-17 til den anfægtede beslutning fremsat følgende præciserende bemærkninger:

»(15) Gennem erhvervelsen af RAG's andele erhvervede Haniel og Cementbouw fælles kontrol med CVK. Deres respektive indirekte andele på 50% i CVK giver Haniel og Cementbouw mulighed for at udøve vetoret på CVK's generalforsamling (ledenvergadering). Denne vetoret er opstået som følge af RAG's udtræden, idet RAG's tilstedeværelse på generalforsamlingen havde givet mulighed for forskellige flertal og dermed udelukket, at ejerne kontrollerede generalforsamlingen.

(16) CVK's generalforsamling træffer beslutning om besættelsen af posterne i CVK's beslutningsorganer. Der er i den forbindelse tale om ledelsesorganet (Raad van Bestuur) og bestyrelsen (Raad van Commissarissen). I forbindelse med dette valg er den underlagt begrænsninger i henhold til vedtægterne og pooling-aftalen, idet intet medlem af ledelsesorganet og kun et mindretal af medlemmerne af bestyrelsen samtidig må udøve funktioner i de selskaber, som CVK-medlemmerne ejer.

(17) Beføjelsen til at afgøre besættelsen af posterne i en virksomheds beslutningsorganer er en væsentlig strategisk beslutning. En vetoet med hensyn til en sådan beslutning giver derfor i henhold til fusionsforordningen indehaveren heraf kontrol med virksomheden, i dette tilfælde CVK. Grunden hertil er, at medlemmerne af disse beslutningsorganer i forbindelse med deres egne beslutninger ikke vil undlade at tage hensyn til holdningen hos indehaverne af vetorettighederne.«

44 I betragtning 19 til den anfægtede beslutning har Kommissionen ligeledes anført følgende:

»(19) Haniels og Cementbouws erhvervelse af kontrollen med CVK fremgår også af den samarbejdskontrakt, som disse virksomheder indgik i forbindelse med pooling-aftalen. I denne kontrakt har Haniel og Cementbouw fastsat bestemmelser for en række aspekter af deres samarbejde i CVK (betragtning 11). En række strategiske beslutninger — navnlig lukningen af tre af de elleve kalksandstensfabrikker — som blev iværksat af CVK inden gennemførelsen af den omhandlede transaktion, blev også udførligt drøftet af Haniel og Cementbouw inden transaktionen og udgjorde således tilsyneladende for parterne det kommercielle grundlag for indgåelsen af pooling-aftalen. Helt generelt fremgår det af de dokumenter fra Haniel, der blev udarbejdet i forbindelse med koncernledelsens interne beslutning om den omhandlede transaktion, at parterne under alle omstændigheder efter Haniels opfattelse gennem indgåelsen af pooling-aftalen ville få mulighed for at erhverve fælles kontrol med CVK.«

45 Det følger af de ovenfor citerede afsnit fra den anfægtede beslutning, at Kommissionen uafhængigt af det spørgsmål, som er rejst ved dette anbringendes andet led, nemlig hvorvidt der i denne sag var tale om en eller flere fusioner, har fundet, at der forelå en overtagelse af kontrollen over CVK af Haniel og sagsøgeren. Selv om Kommissionen i sine skriftlige indlæg oplyser, at den i den anfægtede beslutning ikke udelukkende har forholdt sig til RAG-transaktionen, men til en fusion, der omfatter den første og anden gruppe transaktioner, som er nævnt ovenfor i præmis 8, skal det konstateres, at Kommissionen ved vurderingen af, at Haniel og sagsøgeren overtog fælles kontrol med CVK, alene støttede sig på den anden gruppe transaktioner.

46 Det skal præciseres, at sagsøgeren i realiteten først lader forstå, at der før gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner, og navnlig forud for RAG-transaktionen, forelå en fælles kontrol over CVK, som udøvedes af virksomhedens tre aktionærer, nemlig sagsøgeren, Haniel og RAG — som forudsat i sagsøgerens påstand om, at der var »stærke fælles interesser blandt aktionærerne« (jf. præmis 27 ovenfor) af den art, som er angivet i punkt 30-35 i Kommissionens ovenfor citerede meddelelse om fusionsbegrebet — og kritiserer Kommissionen for, at den ikke har godtgjort »fraværet af fælles interesser« blandt CVK's aktionærer før gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner, forud for, at det konstateredes, at Haniel og sagsøgeren havde »overtaget kontrollen« over CVK. Derefter gør sagsøgeren gældende, at de i forbindelse med anmeldelsen af planen for den første gruppe transaktioner, nævnt ovenfor i præmis 8, over for NMa stillede garantier for så vidt angår sammensætningen af CVK's styrelses- og tilsynsråd, udelukkede enhver fælles kontrol med denne virksomhed, nemlig at Haniel og sagsøgeren ikke havde ret til at nedlægge veto mod virksomhedens strategiske beslutninger.

47 Den følgende gennemgang vedrører således først sagsøgerens anbringende om, at virksomhedens tre aktionærer udøvede en fælles kontrol over CVK forud for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner. I tilfælde af et benægtende svar vil Retten dernæst vurdere, om, som anført i den anfægtede beslutning, den anden gruppe transaktioner, navnlig RAG-transaktionen, indebar, at Haniel og sagsøgeren i

fællesskab tog kontrol med CVK. Endelig gennemgår Retten for det tredje de af sagsøgeren påberåbte anbringender vedrørende utilstrækkelig begrundelse af den anfægtede beslutning for så vidt angår konstateringen af, at Haniel og sagsøgeren i fællesskab tog kontrol over CVK.

— Sagsøgerens anbringender vedrørende eksistensen af en fælles kontrol over CVK forud for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner

⁴⁸ Det bemærkes, at konstateringen i betragtning 15 til den anfægtede beslutning, hvorefter RAG's tilstedeværelse på CVK's generalforsamling havde givet mulighed for forskellige flertal og dermed udelukket, at ejerne kontrollerede generalforsamlingen, hviler på en fortolkning af oplysningerne om fordelingen af selskabskapitalen og stemmerettighederne, der fremgår af betragtning 5 til den anfægtede beslutning.

⁴⁹ Disse oplysninger, der er gengivet nedenfor, angiver i procentpoint hver af de 11 medlemmer af CVK's kapitalandel i denne virksomhed — samt deres stemme- og udbytterettigheder — i henhold til CVK's vedtægter.

— De Hazelaar [fortroligt]%

— Loevestein [fortroligt]%

— Boudewijn [fortroligt]%

— Hoogdonk [fortroligt]%

— Rijsbergen [fortroligt]%

- Harderwijk [fortroligt]%
- Roelfsema [fortroligt]%
- Bergumermeer [fortroligt]%
- Anker [fortroligt]%
- Vogelenzang [fortroligt]%
- Van Herwaarden [fortroligt]%

50 Det bemærkes, at før gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner var Haniel ejer af de første fem af de ovennævnte virksomheder, sagsøgeren var moderselskab til Harderwijk, Roelfsema og Bergumermeer, mens RAG ejede Anker og Vogelenzang. For så vidt angår virksomheden Van Herwaarden ejede Haniel [fortroligt]% af virksomhedens selskabskapital, sagsøgeren [fortroligt]% og RAG [fortroligt]%.

51 Det følger heraf, at før gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner ejede Haniel indirekte $[40-45]^2$ % af CVK's selskabskapital ([fortroligt]% svarende til de fem første virksomheders samlede andel + [fortroligt]% svarende til Haniels andel på [fortroligt]% i, mens sagsøgeren og RAG ejede henholdsvis [40-45]% ([fortroligt]% svarende til den samlede andel i sagsøgerens tre datterselskaber + [fortroligt]% svarende til dennes andel på [fortroligt]% i Van Herwaarden) og [15-20]%

2 — Fortrolige oplysninger.

([fortroligt])% svarende til den samlede andel i RAG's to datterselskaber + [fortroligt])% svarende til dennes andel på [fortroligt])% i Van Herwaarden).

- 52 Når henses til fremgangsmåden ved afstemninger på CVK's generalforsamling, følger det principielt, at hvis RAG havde bevaret sine andele i CVK, ville ingen af de tre aktionærer i CVK have haft mulighed for at blokere vedtagelsen af beslutninger på denne forsamling, herunder navnlig vedtagelsen af CVK's strategiske beslutninger.
- 53 Denne konstatering svækkes ikke af sagsøgerens anbringende om, at der var stærke fælles interesser mellem aktionærerne, der er sammenlignelige med dem, der fremgår af Kommissionens ovenfor citerede meddelelse om fusionsbegrebet, således at de tre aktionærer faktisk havde fælles kontrol over CVK forud for denne transaktion.
- 54 Det skal fremhæves, at Kommissionen i punkt 30 i ovennævnte meddelelse har tilkendegivet, at selv i tilfælde, hvor der ikke findes nogen konkret vetoet, kan to eller flere virksomheders erhvervelse af minoritetsinteresser i en anden virksomhed give dem fælles kontrol med denne virksomhed. Det fremgår af denne meddelelse, at et sådant tilfælde forudsætter en samordning mellem aktionærerne, der kan følge af en retligt bindende aftale eller af de faktiske omstændigheder. Ifølge meddelelsen kan det retlige middel til sikring af den fælles udøvelse af stemmerettighederne antage forskellige former, såsom et holdingselskab eller en aftale, hvorved de forpligter sig til at optræde sammen (en såkaldt »pooling«-aftale). For så vidt angår faktiske omstændigheder, der påviser, at der foreligger en samordnet adfærd, angiver meddelelsen i punkt 32, at der i ganske særlige tilfælde også kan være tale om en sådan kollektiv optræden, når de pågældende mindretalsaktionærer har så stærke fælles interesser, at de ved udøvelsen af deres rettigheder i joint venture-selskabet ikke vil gå imod hinanden.

- 55 Meddelelsen præciserer først, at hvis der er tale om erhvervelse af minoritetsinteresser i en allerede eksisterende fælles virksomhed, vil tidligere forbindelser mellem mindretsaktionærerne eller samordnet overtagelse af disse interesser være faktorer, der er udtryk for en sådan fælles interesse. Når der i modsætning til erhvervelse af minoritetsinteresser i en allerede eksisterende virksomhed er tale om stiftelse af et nyt joint venture-selskab, er der større sandsynlighed for, at moderselskaberne handler ud fra en velovervejet fælles politik, navnlig når hvert enkelt moderselskab tilfører noget til joint venture-selskabet, som har vital betydning for dettes drift (særlig teknologi, knowhow, leveringsaftaler mv.). Endelig fremgår det af meddelelsens punkt 35, at når der ikke foreligger så stærke fælles interesser som de ovenfor omhandlede, vil muligheden for en ændring af koalitionerne mellem mindretsaktionærer normalt udelukke, at der kan være tale om fælles kontrol. Når der ikke kan antages at bestå et fast flertal i beslutningsprocessen, og når flertallet ved hver enkelt lejlighed kan være sammensat af forskellige kombinationer mellem mindretsaktionærerne, kan disse ikke antages at udøve fælles kontrol med virksomheden.
- 56 Sagsøgeren bestrider ikke de generelle betragtninger om tilstedeværelsen af fælles interesser, som Kommissionen har fremsat i sin ovenfor citerede meddelelse om fusionsbegrebet, men gør gældende, at de tre aktionærer i det foreliggende tilfælde allerede før gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner havde sådanne interesser i meddelelsens forstand.
- 57 Det bemærkes, at sagsøgeren i sine processkrifter ikke har fremlagt noget bevis, der konkret kan underbygge denne udtalelse. Sagsøgeren har højst angivet, at disse fælles interesser støtter sig på pooling-aftalen, dvs. på en af de transaktioner, der udgør en del af den første gruppe transaktioner. Det bemærkes imidlertid i denne forbindelse, at det er ubestridt, at pooling-aftalen først blev indgået den 9. august 1999, dvs. den samme dag som den anden gruppe transaktioner. I modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, kan denne aftale således ikke danne grundlag for påvisningen af, at der forelå fælles interesser for de tre aktionærer forud for indgåelsen af den anden gruppe transaktioner og dermed gøre det muligt at vurdere, hvorvidt der på dette tidspunkt var mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse på virksomheden CVK's strategiske beslutninger. Den omstændighed, at

pooling-aftalen blev anmeldt til NMa, kan ikke ændre på denne udtalelse, eftersom den mulighed, der følger af denne kontrakt, for sagsøgeren og Haniel for at udøve en bestemmende indflydelse på CVK's strategiske beslutninger, ikke var praktisk anvendelig før indgåelsen af den anden gruppe transaktioner.

- 58 Det bemærkes, at en dominerende indflydelse i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, ikke nødvendigvis skal udøves for at være til stede, men derimod forudsætter kontrol i den forstand, hvori dette er udtryk er anvendt i forordningens artikel 3, hvorved der er mulighed for at udøve denne indflydelse i praksis. Den blotte omstændighed, at pooling-aftalen var blevet anmeldt til NMa, godtgør ikke, at de tre aktionærer ved denne anmeldelse havde opnået mulighed for at udøve bestemmende indflydelse over CVK forud for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner.
- 59 I modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, følger det heraf, at Kommissionen i denne sag ikke kan kritiseres for ikke at have påvist den manglende tilstedeværelse af betydelige fælles interesser mellem mindretalsaktionærerne i den fælles virksomhed CVK forud for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner, idet sagsøgeren selv under sagen for Retten har været ude af stand til at fremlægge beviser for, hvori de hævdede fælles interesser bestod.
- 60 I øvrigt er sagsøgerens anbringende om, at NMa's beslutninger af 23. april 1998 og 20. oktober 1998 ikke nævner, at koalitionerne mellem aktionærerne kan ændre sig, og de betragter CVK som en selvstændig økonomisk enhed, ikke relevant.
- 61 Selv hvis man lægger til grund, at NMa's beslutninger kan gøres gældende i forhold til Kommissionen, bemærkes det, at NMa i sine beslutninger har udtalt sig om spørgsmålet, hvorvidt den i forbindelse med pooling-aftalen foreslåede transaktion

udgjorde en fusion i henhold til den nederlandske lov. NMa var således ikke blevet anmodet om at udtale sig om den anden gruppe transaktioner, som den ikke havde kendskab til på tidspunktet for vedtagelsen af de ovennævnte beslutninger. Under alle omstændigheder har NMa i sin endelige beslutning af 20. oktober 1998, lige så lidt som denne myndighed har nævnt koalitionsændringer, angivet, at de tre aktionærer forud for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner havde fælles kontrol med CVK, således som sagsøgeren gør gældende inden for rammerne af dette led.

62 Sagsøgeren tager også fejl for så vidt angår begrebet selvstændig økonomisk enhed. Den omstændighed, at en fælles virksomhed kan være en selvstændigt fungerende virksomhed og således funktionsmæssigt er økonomisk uafhængig, betyder ikke, at den er uafhængig for så vidt angår vedtagelse af strategiske beslutninger. Den modsatte konklusion ville betyde, at der aldrig ville kunne forekomme situationer, hvor der er fælles kontrol over en »fælles virksomhed«, fordi denne er økonomisk selvstændig. At dette ikke er tilfældet, viser den i artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 opstillede betingelse om oprettelse af joint venture-selskaber, dvs. at en virksomhed, der kontrolleres af to eller flere virksomheder, skal anses for at udgøre en fusion, når dette joint venture-selskab »på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner«.

63 Med støtte i de oplysninger, der fremgår af den anfægtede beslutning og de forhold, der fremgik af sagsakterne på tidspunktet for dens vedtagelse, har sagsøgeren således ikke godtgjort, at CVK var underlagt fælles kontrol fra sine tre aktionærers side forud for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner, hvilket forhold det med urette hævdes, at Kommissionen har undladt at tage i betragtning.

64 Det skal herefter undersøges, om gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner indebar, at Haniel og sagsøgeren tog kontrol med CVK, idet de opnåede en veto i forhold til sidstnævntes strategiske beslutninger.

— Fælles kontrol over CVK, etableret af Haniel og sagsøgeren ved den anden gruppe transaktioner

65 Det er indledningsvis ubestridt, at Haniel og sagsøgeren ved RAG-transaktionen etablerede fælles kontrol over de tre virksomheder Anker, Vogelenzang og Van Herwaarden, der alle var medlemmer af CVK. Denne transaktion, der bestod i tilbagekøb af RAG's henholdsvis eksklusiv- og minoritetsandele i disse virksomheder, udgør som sådan en fusion. Afståelsesaftalen indeholder i øvrigt indskrænkende bestemmelser, der typisk er forbundne med fusioner, såsom en konkurrenceklausul, som RAG accepterer på alle virksomhederne i koncernens vegne for så vidt angår det nederlandske marked for fremstilling af materialer til brug for konstruktion af bærende vægge.

66 Idet henses til den i femte betragtning til den anfægtede beslutning anførte fordeling af CVK's selskabskapital mellem virksomhedens medlemmer, bemærkes, at Haniel og sagsøgeren indirekte anskaffede sig hver 50% af selskabskapitalen i CVK, idet de dels købte hver [fortroligt]% af selskabskapitalen i Anker og Vogelenzang, dels blev enige om sagsøgerens tilbagekøb af de [fortroligt]% af selskabskapitalen i Van Herwaarden, som RAG ejede.

67 Ihændehavelsen af ens kapitalandele og de dermed forbundne stemmerettigheder i CVK gør det principielt muligt for hver af aktionærerne at blokere den fælles virksomheds strategiske beslutninger, såsom dem, der vedrører udnævnelse af den fælles virksomheds besluttende organer, som udgøres af styrelsesrådet og tilsynsrådet. For at undgå, at en sådan situation med blokering opstår ved vedtagelsen af den fælles virksomheds strategiske beslutninger, må aktionærerne således samarbejde på permanent basis.

68 Sagsøgeren gør i denne forbindelse for det første gældende, at de over for NMa stillede garantier med hensyn til sammensætningen af CVK's styrende organer

udelukker varetoret mod virksomhedens beslutninger for enhver af aktionærerne. Sagsøgeren er for det andet af den opfattelse, at det efter den nederlandske borgerlige lovbog påhviler CVK's styrende organer at træffe beslutninger udelukkende i CVK's interesse og ikke i aktionærernes. For det tredje bestrider sagsøgeren Kommissionens vurdering, hvorefter den samarbejdsaftale, sagsøgeren har indgået med Haniel, og de øvrige i betragtning 19 til den anfægtede beslutning nævnte eksempler, er udtryk for at der foreligger en fælles kontrol over CVK.

69 Disse argumenter er uantagelige.

70 For så vidt angår det første anbringende skal det fremhæves, at hvert medlem af styrelsesrådet og tilsynsrådet i henhold til artikel 9 og 12 i CVK's vedtægter, som ændret den 9. august 1999, vælges på generalforsamlingen. Ifølge de over for NMA stillede garantier fastlægger disse vedtægter visse begrænsninger i den personkreds, der kan have sæde i de besluttende organer. Således er det i vedtægternes artikel 9, stk. 1, vedrørende styrelsesrådet bestemt, at dette organ kun kan bestå af repræsentanter for CVK's medlemmer eller af uafhængige personer og ikke kan omfatte repræsentanter for de koncerner, hvori moderselskabet til et eller flere medlemmer af CVK indgår. For så vidt angår tilsynsrådet er det i vedtægternes artikel 12, stk. 2, bestemt, at flertallet af dette organs medlemmer, herunder dets formand, skal udgøres af repræsentanter for medlemmer eller uafhængige personer, idet et mindretal kan omfatte repræsentanter for de koncerner, hvori moderselskabet til et eller flere medlemmer af CVK indgår.

71 Denne type begrænsninger vedrører kun valget af de personer, der har sæde i CVK's besluttende organer og kan ikke helt udelukke muligheden for, at aktionærerne i CVK's medlemmer kan udøve en bestemmende indflydelse på denne virksomhed.

- 72 Det skal ganske vidst medgives, at aktionærerne i CVK's medlemmer ikke direkte har stemmeret på CVK's generalforsamling, idet stemmerettighederne udøves af medlemmerne selv. Det bemærkes imidlertid, at det fremgår af artikel 3, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89, at kontrollen kan erhverves »direkte eller indirekte« af en eller flere personer, ligesom det fremgår af samme forordnings artikel 3, stk. 4, litra b), at indehaverne af kontrollen ligeledes kan være personer, der uden at være indehavere af rettigheder eller berettiget ifølge aftaler dog kan udøve de deraf flydende rettigheder. Dels fordi handelsselskaber imidlertid må antages at rette sig efter beslutninger truffet af deres eneaktionærer, flertalsaktionærer eller aktionærer, der har fælles kontrol over selskabet, dels fordi medlemsvirksomhederne i CVK i denne sag alle er datterselskaber, der er enten helejede eller ejet i fællesskab af sagsøgeren og Haniel, følger det nødvendigvis, at udnævnelsen til CVK's besluttende organer forudsætter de to aktionærers samtykke. Ellers kunne medlemmerne ikke foretage udnævnelse af CVK's besluttende organer, og den fælles virksomhed ville ikke være i stand til at fungere.
- 73 Den omstændighed, at moderselskabernes repræsentanter ikke må have sæde i CVK's styrelsesråd og alene må udgøre en minoritet i denne virksomheds tilsynsråd, har ikke betydning for det forhold, at det er medlemmerne af CVK, der bestemmer sammensætningen af de besluttende organer og, ved medlemmernes mellemkomst, de to aktionærer.
- 74 Det bemærkes i øvrigt for så vidt angår sammensætningen af CVK's to besluttende organer, at det ikke er udelukket, at de personer, der har sæde i disse organer, også fungerer som medlemmer af besluttende organer i CVK's medlemsvirksomheder, således som den alternative formulering af artikel 9 og 12 i CVK's vedtægter tillader, hvorefter CVK's besluttende organer »udelukkende sammensættes af CVK's medlemmer eller af uafhængige personer«. Hvis dette er tilfældet, må disse repræsentanter for så vidt angår deres funktioner i CVK's medlemsvirksomheder nødvendigvis være udnævnt af aktionærerne i CVK's medlemmer og må nødvendigvis tage disse aktionærers synspunkter i betragtning i deres virke i CVK's besluttende organer.

- 75 Når henses hertil, har sagsøgeren ikke angivet noget forhold, der kan rejse tvivl om Kommissionens konklusion, hvorefter enhver mulighed for Haniel og sagsøgeren for at udøve en bestemmende indflydelse på CVK efter gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner ikke er udelukket.
- 76 Sagsøgeren kan i øvrigt ikke i forhold til Kommissionen påberåbe sig en berettiget forventning, der støtter sig på det kontrolbegreb, som NMa har lagt til grund ved anvendelsen af nederlandsk konkurrenceret.
- 77 Det bemærkes i denne forbindelse, at retten til at påberåbe sig beskyttelsen af en berettiget forventning er betinget af, at tre betingelser er opfyldt. For det første, at præcise, ubetingede og samstemmende forsikringer, der hidrører fra en pålidelig kilde med den nødvendige bemyndigelse, er fremsat af en fællesskabsmyndighed over for parten. For det andet, at disse forsikringer er af en sådan art, at de er egnede til at skabe en berettiget forventning hos den, til hvem de er rettet. For det tredje skal forsikringerne være i overensstemmelse med gældende regler (Rettens dom af 30.6.2005, sag T-347/03, Branco mod Kommissionen, Sml. II, s. 2555, præmis 102 og den deri nævnte retspraksis).
- 78 Det er i det foreliggende tilfælde tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren ikke har modtaget en præcis forsikring fra nogen fællesskabsmyndighed, hvorefter Kommissionen, hvis det forudsættes, at den retligt ville kunne lade sig binde således, ville udlægge kontrolbegrebet i henhold til forordning nr. 4064/89 på en måde, der er identisk med den måde, som NMa lagde til grund for sin beslutning af 20. oktober 1998 under anvendelse af nederlandsk konkurrenceret. Sagsøgeren modtog i øvrigt heller ikke nogen udtrykkelig bekræftelse fra NMa, navnlig ikke i den ovenfor i præmis 7 nævnte skrivelse af 26. marts 1999, som Kommissionen burde tilslutte sig, og hvorefter Kommissionen ville anvende samme fremgangsmåde som den i skrивelsen indeholdte, efter gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner. Selv hvis sagsøgeren havde modtaget en sådan bekræftelse, ville der i kraft heraf ikke kunne gives næring til håb, idet en sådan bekræftelse, ifølge den ovenfor gengivne argumentation, ikke ville hvile på en vurdering i henhold til artikel 3 i forordning nr. 4064/89.

- 79 Det andet argument vedrørende anvendelse af den nederlandske borgerlige lovbog er ikke overbevisende. Selv om den nederlandske borgerlige lovbog bestemmer, at et andelsselskabs beslutninger skal vedtages i dette selskabs interesse, sådan som sagsøgeren gør gældende, forholder det sig imidlertid stadig således, at det er de personer, der direkte eller indirekte har stemmeretten i dette selskab, der har magten til at vedtage disse beslutninger. Således sås der ved sagsøgerens argumenter vedrørende den nederlandske borgerlige lovbog ikke tvivl om den bestemmende indflydelse, Haniel og sagsøgeren havde over CVK efter gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner.
- 80 Endelig for så vidt angår det tredje anbringende samt den af sagsøgeren i dennes replik foretagne indrømmelse af, at samarbejdsaftalen mellem sagsøgeren og Haniel, lukningen af tre virksomheder, som var medlemmer af CVK, og visse dokumenter bestemt til intern brug hos Haniel, som omhandlet i betragtning 19 til den anfægtede beslutning, ikke faktisk udgør den retlige begrundelse for den anfægtede beslutning i forhold til den fælles kontrol over CVK — der er centreret omkring vetorettigheder, der tilkommer Haniel og sagsøgeren — men tjener til at anskueliggøre denne. Selv hvis det derfor lægges til grund, sådan som sagsøgeren gør gældende, at disse eksempler ikke påviser udøvelsen af en bestemmende indflydelse over CVK — hvilken mulighed følger af vetorettighederne, hvis eksistens tidligere er konstateret i betragtning 13-17 til den anfægtede beslutning og gennemgået ovenfor — og at den anfægtede beslutning dermed er behæftet med fejlskøn vedrørende disse som eksempler angivne faktorer, indebærer dette ikke, at beslutningen måtte annulleres, idet den principielle mulighed for en bestemmende indflydelse over CVK fortsat ville være til stede.
- 81 Derudover bemærker Retten, at lukningen af tre af CVK's medlemsvirksomheder (Boudewijn, Bergumermeer og Vogelenzang), hvilken beslutnings strategiske karakter sagsøgeren ikke for alvor bestrider, på tilstrækkelig måde anskueliggør den af sagsøgeren og Haniel gennemførte overtagelse af kontrollen med CVK.
- 82 Hvad navnlig angår virksomheden Vogelenzang — der før RAG-transaktionen var et datterselskab af RAG — kunne hverken Haniel eller sagsøgeren fra gennemførelsen

af den anden gruppe transaktioner alene træffe bestemmelse om denne virksomheds lukning, idet selskabskapitalen var ligeligt fordelt mellem dens to aktionærer. I øvrigt har sagsøgeren ikke på noget tidspunkt under sagens behandling for Retten kunnet underbygge anbringendet om, at det var CVK, der på grundlag af sin egen forretningspolitik traf beslutning om denne virksomheds lukning. Det følger heraf, at kun Haniel og sagsøgeren kunne træffe beslutning om lukning af virksomheden Vogelenzang.

- 83 Det skal af alle disse grunde konstateres, at Kommissionen med rette har vurderet, at Haniel og sagsøgeren ved gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner i fællesskab overtog kontrollen med CVK i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 4064/89.

— Begrundelsens påståede utilstrækkelighed

- 84 Sagsøgeren gør tre anbringender gældende om utilstrækkelig begrundelse af den anfægtede beslutning for så vidt angår konstateringen af Haniels og sagsøgerens overtagelse af kontrollen over CVK.
- 85 Det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at omfanget af begrundelsespligten afhænger af arten af den pågældende retsakt og den sammenhæng, hvori den er vedtaget. Begrundelsen skal klart og utvetydigt angive institutionens argumentation, dels for at give de interesserede tilstrækkelig oplysning til at bedømme, om retsakten er velbegrundet, eller om den eventuelt er behæftet med en mangel, der kan danne grundlag for at gøre indsigelse mod dens gyldighed, dels for at gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanser at efterprøve beslutningens lovlighed (jf. Rettens dom af 20.11.2002, sag T-251/00, Lagardère og Canal+ mod Kommissionen, Sml. II, s. 4825, præmis 155 og den deri nævnte retspraksis).

- 86 Uanset at den anfægtede beslutning i denne sag alene indeholdt en stiltiende begrundelse angående de tre aktionærers fælles kontrol over CVK forud for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner, og navnlig RAG-transaktionen, kunne den anfægtede beslutning forstås i den kontekst, hvori den var blevet vedtaget, navnlig på grundlag af de i betragtning 5 til den anfægtede beslutning angivne oplysninger, CVK's vedtægter og de den 9. august 1999 indgåede aftaler. Som den ovenstående gennemgang viser, forhindrer den anfægtede beslutnings begrundelse heller ikke den af Retten udøvede prøvelse.
- 87 Sagsøgeren kan ikke med rette kritisere Kommissionen for på utilstrækkelig måde at have forklaret grundene til, at den fandt, at de over for NMa stillede garantier ikke var tilstrækkelige. Det fremgår af betragtning 25 og 27 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen har angivet grundene til, at den ikke kunne benytte den af NMa på grundlag af nederlandsk konkurrenceret navnlig i beslutningen af 20. oktober 1998 anvendte fortolkning af kontrolbegrebet til fortolkning af artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, hvilket henhører under Kommissionens — og ikke de nationale retters — kompetenceområde, dog underlagt den kontrol, der udøves af Fællesskabets retsinstanser. Disse forklaringer var som sådan tilstrækkelige. Endvidere er legalitetskontrollen heller ikke vedrørende dette spørgsmål blevet forhindret, således som den ovenstående gennemgang viser.
- 88 Det samme må konkluderes for så vidt angår de i betragtning 19 til den anfægtede beslutning nævnte eksempler, der viser, at der foreligger fælles kontrol. Selv om den anfægtede beslutnings begrundelse på dette punkt er kortfattet, har sagsøgeren i det hele kunnet forstå grundene til, at Kommissionen mente, at disse faktorer var udtryk for, at sagsøgeren og Haniel havde fælles kontrol over CVK, uden at den retslige prøvelse i øvrigt er blevet forhindret.
- 89 På den baggrund bør anbringenderne vedrørende mangelfuld begrundelse af den anfægtede beslutning forkastes.

90 Således bør første anbringendes første led ligeledes forkastes.

Det første anbringendes andet led om Kommissionens manglende kompetence til at kvalificere de to transaktioner som en fusion og den i denne sag manglende tilstedeværelse af en fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 4064/89

Parternes argumenter

91 For det første kritiserer sagsøgeren Kommissionen for i den anfægtede beslutning at have fundet, at overtagelsen af kontrollen gennem CVK med dennes medlems-virksomheder, ved hjælp af dels indgåelsen af pooling-aftalen, dels RAG-transaktionen, udgør en og samme fusion, fordi de tidsmæssigt og økonomisk hænger sammen. Ifølge sagsøgerens processkrifter giver forordning nr. 4064/89 ikke Kommissionen nogen generel kompetence til at bestemme, at to selvstændige transaktioner kan anses for at udgøre en enkelt fusion.

92 Sagsøgeren bemærker i denne forbindelse, at artikel 5, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89 — der giver Kommissionen mulighed for under visse betingelser at betragte to eller flere transaktioner, som en enkelt fusion med henblik på beregningen af omsætningen for de berørte virksomheder, som parterne erhverver i en eller flere virksomheder — henviser til en sådan situation. Imidlertid fremhæver sagsøgeren, at denne bestemmelse ikke er relevant i denne sag. For det første søger artikel 5, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89 at forhindre, at virksomheder søger at undgå anvendelsen af førnævnte forordning ved at foretage en kunstig opdeling af en fusion i flere transaktioner, således at denne fusion falder under de i forordningen fastsatte omsætningsgrænser. I denne sag indeholder den

anfægtede beslutning intet bevis for, at sagsøgeren eller Haniel havde til hensigt at omgå forordning nr. 4064/89. For det andet bemærker sagsøgeren, at Kommissionen i betragtning 23 til den anfægtede beslutning har konkluderet, at artikel 5, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89 ikke er direkte anvendelig i denne sag. Under alle omstændigheder gør sagsøgeren gældende, at de daværende grænser for anvendelsesområdet for forordning nr. 4064/89 blev anerkendt af Kommissionen selv i grønbog om revision af forordning nr. 4064/89 (KOM(2001) 745 endelig) og i forslag til Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelse (EFT 2003 C 20, s. 4), som Kommissionen fremsatte, og som havde til formål at ændre nævnte forordning.

93 Sagsøgeren fremhæver for det andet, at selv hvis det lægges til grund, at forordning nr. 4064/89 giver Kommissionen kompetence til at kvalificere flere transaktioner som en enkelt fusion, har Kommissionen i denne sag ikke tilstrækkeligt underbygget sin vurdering, hvorefter der i denne sag var en sådan indbyrdes sammenhæng mellem de to omhandlede grupper transaktioner, at det var nødvendigt at betragte dem som en enkelt fusion.

94 Ifølge sagsøgeren har den omstændighed, at den første og anden gruppe transaktioner blev indgået den samme dag — den 9. august 1999 — for den samme notar, ikke nogen særlig betydning i forhold til spørgsmålet om deres indbyrdes sammenhæng. Sagsøgeren fremhæver i denne forbindelse, at selskabet allerede havde orienteret Kommissionen om, at sammenlægningen af fortjeneste og tab i CVK indbefattede såvel flere omfattende tekniske og forretningsmæssige transaktioner som forskellige miljømæssige studier, der havde forsinket indgåelsen af pooling-aftalen til den 9. august 1999.

95 Sagsøgeren bestrider endvidere Kommissionens vurdering, hvorefter indgåelsen af pooling-aftalen var betinget af gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner, navnlig RAG-transaktionen. I den forbindelse bemærker sagsøgeren først, at

pooling-aftalen blev anmeldt til NMa den 26. februar 1998, hvilket indebærer, at der var en tilstrækkelig klar hensigt til at indgå denne aftale, uden at sagsøgeren på det tidspunkt var bekendt med salget af RAG's kapitalandele i CVK's medlemsvirksomheder, der således ikke har betydning for spørgsmålet om de to transaktioners indbyrdes afhængighed. Sagsøgeren fremhæver herefter, at der ikke findes nogen bindende aftale eller noget andet arrangement, der forbinder de to transaktioner. Endelig gør sagsøgeren gældende, at Haniels opfattelse, hvorefter der er en indbyrdes sammenhæng mellem transaktionerne, ligeledes bør anses for irrelevant, idet Kommissionen med henblik på at vurdere en sådan sammenhæng skal støtte sig på faktiske omstændigheder og ikke på en af parternes subjektive opfattelse og, når henses til denne sags kontekst, hvor Haniel kunne have en interesse i opløsningen af CVK, sådan som det hævdes i den anfægtede beslutning. Efter sagsøgerens mening foreligger der således to enkeltstående fusioner.

⁹⁶ Hvad for det første angår argumentet om Kommissionens generelle kompetence til at behandle flere transaktioner som en enkelt fusion svarer Kommissionen, at artikel 3 i forordning nr. 4064/89, der vedrører fusionsbegrebet, ikke udelukker, at en fusion kan udgøres af mere end en transaktion. En fusion kan i forhold til de økonomiske realiteter udgøres af en eller flere transaktioner. Ifølge Kommissionen viser dens egen beslutningspraksis flere eksempler, der går i denne retning.

⁹⁷ Ifølge Kommissionen er sagsøgerens henvisning til artikel 5, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89 endvidere ikke relevant. Denne bestemmelse vedrører alene beregningen af omsætningen med henblik på at tage stilling til, hvorvidt en fusion har fællesskabsdimension eller ej, og søger at forhindre virksomhederne i at undgå anvendelsen af forordning nr. 4064/89 ved at opdele deres transaktioner i flere enkeltstående fusioner, der foretages over en periode på to år, og som hver især ikke når omsætningsgrænserne. Fusionsbegrebet som sådan er en del af artikel 3 i forordning nr. 4064/89.

- 98 Kommissionen bestrider ligeledes sagsøgerens henvisning til den ovennævnte grønbog og Kommissionens forslag til ændring af forordning nr. 4064/89. Selv om grønbogen, ifølge Kommissionen, indeholdt forslag om en udvidelse af Kommissionens kompetence til at omfatte visse bestemte transaktionstyper, bekræftede den fusionsbegrebets generelle og brede definition, ligesom Kommissionens forslag alene havde til formål at præcisere den eksisterende beslutningspraksis.
- 99 For det andet kan Kommissionen ikke tiltræde sagsøgerens kritik, hvorefter Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang har påvist den indbyrdes sammenhæng mellem de to omhandlede transaktioner.
- 100 Ifølge Kommissionen kan man på grundlag af tre faktorer, der er blevet undergivet en samlet vurdering, konkludere, at der foreligger en sådan sammenhæng, således som det er godtgjort i betragtning 20-22 til den anfægtede beslutning.

Rettens bemærkninger

- 101 Sagsøgeren bestrider inden for rammerne af dette led, selv om selskabet har nuanceret sit standpunkt under retsmødet, for det første Kommissionens generelle kompetence til i medfør af artikel 3 i forordning nr. 4064/89 at kvalificere flere transaktioner som en enkelt fusion. Sagsøgeren er for det andet af den opfattelse, at Kommissionens vurdering, hvorefter de den 9. august 1999 foretagne transaktioner var sammenhængende og under en økonomisk synsvinkel udgør et hele, er urigtig.

— Kommissionens mulighed for i medfør af artikel 3 i forordning nr. 4064/89 at kvalificere flere transaktioner som en enkelt fusion

102 I henhold til artikel 3, stk. 1 i forordning nr. 4064/89 opstår en fusion, når to eller flere hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til en virksomhed [artikel 3, stk. 1, litra a), i forordning nr. 4064/89], eller når en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, eller en eller flere virksomheder ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder [artikel 3, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89].

103 Mens artikel 3, stk. 1, litra a), i forordning nr. 4064/89 kvalificerer et relativt enkelt og identificerbart fænomen som en fusion — nemlig som en sammenlægning af to eller flere tidligere uafhængige virksomheder — omfatter denne bestemmelses litra b) alle andre situationer, hvor en eller flere virksomheder opnår kontrol over hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.

104 Denne generelle og formålsorienterede definition på en fusion — der resulterer i kontrol over en eller flere virksomheder — indebærer, at det er uden betydning, om erhvervelsen af denne direkte eller indirekte kontrol sker i et, to eller flere led ved hjælp af en, to eller flere transaktioner, så længe resultatet er en enkelt fusion.

105 Det er ligeledes uden betydning, om parterne, når de giver meddelelse om en fusion til Kommissionen, planlægger at foretage to eller flere transaktioner, eller om de allerede har foretaget dem før anmeldelsen. Det tilkommer i alle tilfælde

Kommissionen at vurdere, hvorvidt disse transaktioner har en sådan enhedskarakter, at de udgør en enkelt fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 4064/89.

¹⁰⁶ Denne fremgangsmåde har til formål på baggrund af de relevante faktiske og retlige omstændigheder i hver enkelt sag og ved omhyggeligt at søge at finde frem til den økonomiske virkelighed, der ligger bag ved transaktionerne, at identificere det økonomiske mål, der forfølges af parterne ved, når der er tale om flere i retlig forstand enkeltstående transaktioner, at undersøge, hvorvidt de berørte virksomheder ville være villige til at foretage hver enkelt transaktion for sig, eller om hver transaktion derimod ikke blot udgør en enkelt del af en mere kompliceret operation, uden hvilken den ikke ville blive foretaget af parterne.

¹⁰⁷ Med henblik på at bedømme de omhandlede transaktioners enhedsmæssige karakter drejer sig med andre ord om i hvert enkelt tilfælde at vurdere, hvorvidt transaktionerne har en sådan indbyrdes sammenhæng, at den ene ikke ville være blevet foretaget uden den anden.

¹⁰⁸ Denne fremgangsmåde betyder dels, at de virksomheder, der anmelder en fusion, er sikret, at de har krav på retssikkerhed for så vidt angår alle de transaktioner, der udgør denne fusion, dels at Kommissionen har mulighed for at udøve en effektiv kontrol med fusioner, der på væsentlig måde kan hindre en effektiv konkurrence på fællesmarkedet eller på en væsentlig del heraf. Disse to mål udgør i øvrigt de væsentligste formål med forordning nr. 4064/89 (Rettens dom af 27.11.1997, sag T-290/94, Kaysersberg mod Kommissionen, Sml. II, s. 2137, præmis 109, Rettens præsidents kendelse af 2.12.1994, sag T-322/94 R, Union Carbide mod Kommissionen, Sml. II, s. 1159, præmis 36, jf. ligeledes i denne retning Rettens dom af 24.3.1994, sag T-3/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 121, præmis 48).

- 109 Det følger heraf, at en fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 4064/89, også kan forekomme som en flerhed af retlige transaktioner, der formelt er enkeltstående, når disse transaktioner er indbyrdes afhængige på en sådan måde, at de ikke ville blive foretaget enkeltvis, og når resultatet består i at give en eller flere virksomheder direkte eller indirekte økonomisk kontrol over en eller flere andre virksomheders aktivitet.
- 110 Denne vurdering svækkes ikke af de forskellige argumenter, sagsøgeren har gjort gældende.
- 111 For det første bør anbringendet vedrørende artikel 5, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89, der, idet den er den eneste bestemmelse, der udtrykkeligt omhandler en flerhed af transaktioner, og idet Kommissionen ikke fandt denne bestemmelse direkte anvendelig i denne sag, fratager Kommissionen kompetencen til at betragte to eller flere transaktioner som en enkelt fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 4064/89, forkastes som ubegrundet.
- 112 Det bemærkes, at artikel 5 i forordning nr. 4064/89, der har overskriften »Beregning af omsætning«, bestemmer følgende:

»1. Den i artikel 1, stk. 2, omhandlede samlede omsætning omfatter de deltagende virksomheders provenu fra salg af varer og præsteking af tjenesteydelser i sidste regnskabsår i forbindelse med deres ordinære drift, med fradrag af prisnedslag herpå samt af merværdiafgift og anden skat, der er direkte forbundet med salget. Den

samlede omsætning i en af de deltagende virksomheder omfatter ikke transaktioner mellem de virksomheder, der er nævnt i stk. 4 i nærværende artikel.

[...]

2. Uanset stk. 1 gælder, at hvis sammenslutningen opstår gennem erhvervelse af dele af en eller flere virksomheder, tages der, uanset om der er tale om retlige enheder, for sælgerens eller sælgernes vedkommende kun hensyn til den del af omsætningen, der vedrører de overtagne aktiver.

Dog betragtes to eller flere transaktioner som omhandlet i første afsnit, der finder sted mellem samme personer eller virksomheder inden for to år, som en enkelt fusion, der finder sted på tidspunktet for den seneste transaktion.

[...]«

¹¹³ Det følger af selve denne bestemmelses ordlyd, at den regulerer et andet forhold end det, der er omhandlet i artikel 3 i forordning nr. 4064/89.

¹¹⁴ Mens artikel 3 i forordning nr. 4064/89 fastlægger betingelserne for, hvornår der foreligger en »fusion«, og begrænser sig til på generel og objektiv måde at definere det, som skal forstås ved en »fusion«, regulerer denne bestemmelse ikke spørgsmålet om Kommissionens kompetence vedrørende fusioner (jf. i denne retning Rettens dom af 15.12.1999, sag T-22/97, Kesko mod Kommissionen, Sml. II, s. 3775, præmis

138). Blandt de fusioner, der svarer til definitionen i artikel 3 i forordning nr. 4064/89, er det kun dem, der betegnes som værende af »fællesskabsdimension« som defineret i denne forordnings artikel 1, der medfører Kommissionens eksklusive kompetence, medmindre andet er bestemt i nævnte forordning. Derfor er det ikke blot fordi en fusion svarer til definitionen i artikel 3 i forordning nr. 4064/89, at den nødvendigvis falder inden for Kommissionens eksklusive kompetenceområde; fusionen skal også være af »fællesskabsdimension«.

115 Det følger af artikel 1 i forordning nr. 4064/89, at fællesskabslovgiver inden for rammen af den opgave, som er den pålagt på området for fusioner, har haft til hensigt, at Kommissionen kun skal gribe ind, hvis den planlagte — eller allerede gennemførte — fusion har en vis økonomisk størrelse og geografisk udstrækning, dvs. »fællesskabsdimension«. Det følger i øvrigt af den generelle opbygning af artikel 5 i forordning nr. 4064/89, at fællesskabslovgiver har haft til hensigt at præcisere forordningens anvendelsesområde ved at fastsætte navnlig den omsætning hos de i en fusion deltagende virksomheder, der skal tages i betragtning med henblik på at fastlægge dens »fællesskabsdimension« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1 i forordning nr. 4064/89.

116 Det følger således af artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, at det ved erhvervelse af dele af en virksomhed kun er den omsætning, som vedrører de dele af virksomheden, som faktisk erhverves, der skal tages i betragtning ved bedømmelsen af den omhandlede fusion (dommen i sagen Air France mod Kommissionen, præmis 103).

117 Denne bedømmelse omfatter ligeledes fortolkningen af artikel 5, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89, således at omsætningen fra de dele af virksomheder, som erhverves, skal betragtes samlet i tilfælde af, at dele af en eller flere virksomheder erhverves gennem flere transaktioner mellem samme personer eller virksomheder i løbet af en periode på to år.

- 118 Årsagen til, at andet afsnit er blevet indsat i artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 — der i denne sag i øvrigt opfattes på samme måde af parterne — er at undgå, at samme virksomhed eller samme personer foretager en kunstig opdeling af en transaktion i flere delvise køb af aktiver, der foretages gennem en periode, med henblik på at undgå de grænser, der er fastsat i forordning nr. 4064/89, som er bestemmende for Kommissionens kompetence ved anvendelse af denne forordning.
- 119 Således betyder den omstændighed, at artikel 5, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89 gør det muligt for Kommissionen at betragte to eller flere transaktioner som en enkelt fusion ved beregningen af de omhandlede virksomheders omsætning med henblik på at undgå omgåelse af den kompetence, som Kommissionen ifølge denne forordning har, i modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, ikke, at denne bestemmelse fratager Kommissionen retten til i medfør af nævnte forordnings artikel 3 nøje at undersøge, om flere anmeldte transaktioner udgør en enkelt fusion, eller om de derimod skal betragtes som flere forskellige fusioner.
- 120 Hvis det følger af Kommissionens undersøgelse, at de to anmeldte transaktioner ikke er indbyrdes afhængige, skal de bedømmes hver for sig. Hvis den ene og/eller den anden ikke har fællesskabsdimension, skal Kommissionen afstå fra at undersøge dem. Hvis det fremgår af denne undersøgelse, at transaktionerne har en enhedsmæssig karakter, der i medfør af artikel 3 i forordning nr. 4064/89 gør det muligt at betragte dem som en enkelt fusion, skal Kommissionen herefter kontrollere, hvorvidt denne fusion har fællesskabsdimension, med henblik på at afgøre, om Kommissionen har kompetence, og for at vurdere fusionens indvirkning på konkurrencen.
- 121 Den omstændighed, at artikel 3 i forordning nr. 4064/89 finder anvendelse i en konkret sag, har hverken til formål eller følge at tage stilling til, hvorvidt Kommissionen har kompetence til at undersøge de omhandlede fusioner, men

derimod at kontrollere, hvorvidt de anmeldte transaktioner udgør en eller flere fusioner.

122 Under disse omstændigheder er det af sagsøgeren fremførte på artikel 5, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89 støttede argument uden betydning for fortolkningen af artikel 3 i forordning nr. 4064/89, hvorefter Kommissionen skal undersøge, hvorvidt de omhandlede transaktioner er omfattede af anvendelsesområdet for denne bestemmelse på grund af deres enhedsmæssige karakter.

123 For det andet for så vidt angår sagsøgerens anbringende om, at Kommissionen i forbindelse med ændringen af forordning nr. 4064/89 har anerkendt ikke at have kompetence til at kvalificere to eller flere transaktioner som en fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 4064/89, er det tilstrækkeligt at bemærke, at selv om dette måtte være tilfældet, har et sådant standpunkt, indtaget af Kommissionen, ikke bindende virkning for den ovenfor af Retten foretagne fortolkning af artikel 3 i forordning nr. 4064/89.

124 Det følger heraf, at sagsøgerens anbringende vedrørende Kommissionens manglende kompetence til i henhold til artikel 3 i forordning nr. 4064/89 at kvalificere flere transaktioner som en enkelt fusion bør forkastes.

— De den 9. august 1999 foretagne transaktioners karakter som indbyrdes afhængige

125 Sagsøgeren hævder, at Kommissionen har anlagt et urigtigt skøn ved i denne sag at finde, at den første og anden gruppe transaktioner — nævnt i denne doms præmis 8 — der blev foretaget den 9. august 1999, var indbyrdes afhængige i en sådan forstand, at de fra en økonomisk betragtning udgør et hele.

126 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har foretaget følgende præciseringer:

»(20) [...] Disse transaktioner blev gennemført i en snæver tidsmæssig og økonomisk sammenhæng. Både den retshandel, hvorved Haniel og Cementbouw erhvervede kontrollen med CVK, og den retshandel, hvorved CVK erhvervede kontrollen med de 11 kalksandstensfabrikker, blev indgået én og samme dag, den 9. august 1999, og er af notaren blevet protokolleret i et fælles dokument. Parterne ønskede ligeledes at knytte begge kontrollerhvervelser sammen, således at den ene ikke fandt sted uden den anden. Indgåelsen af de aftaler, der blev forelagt den nederlandske kontrolmyndighed, blev i denne henseende udsat til afslutningen af forhandlingerne om overdragelsen af RAG's andele. Dette skete for at tage højde for det ønske om udtræden, som RAG i mellemtiden havde givet udtryk for, da RAG ikke længere ønskede at deltage i CVK's planlagte nye virksomhedsstruktur. Begge kontrollerhvervelser skal dermed også i økonomisk henseende betragtes som en enhed. Selv hvis man opfatter disse begivenheder som to transaktioner, der tidsmæssigt er adskilt af et »retligt øjeblik«, er disse afhængige af hinanden på en sådan måde, at de må betragtes som en enkelt fusion.

(21) Denne opfattelse gav Haniel også udtryk for i sit svar på klagepunktsmeddelelsen og under høringen. Cementbouw har derimod anført, at såfremt det er opfattelsen, at Haniel og Cementbouw har erhvervet fælles kontrol med CVK med RAG's udtræden — hvilket Cementbouw bestrider — kan Kommissionens kompetence under alle omstændigheder kun omfatte denne erhvervelse af kontrol. CVK's erhvervelse af kontrol med medlemsvirksomhederne er derimod en fusion, der er adskilt herfra i retlig henseende. På baggrund af, at pooling-aftalen og overdragelsen af RAG's andele til Haniel og Cementbouw blev aftalt den samme dag, kan det ikke sluttes, at der er tale om én retlig eller økonomisk disposition; derimod havde ikke nærmere beskrevne praktiske vanskeligheder medført, at pooling-aftalen ikke var blevet indgået umiddelbart efter NMa's beslutning om godkendelse af 20. oktober 1998. CVK's erhvervelse af kontrollen med medlemsfabrikkerne var imidlertid blevet legaliseret med NMa's endelige beslutning af 20. oktober 1998, hvorfor Kommissionens undersøgelse i den foreliggende sag under ingen omstændigheder kunne omfatte denne disposition.

(22) Kommissionen er ikke i stand til at følge Cementbouws opfattelse. Alle aftaler, der blev indgået den 9. august 1999, udgør én disposition i økonomisk henseende, som resulterede i, at en fælles salgsorganisation bestående af 11 hidtil retligt selvstændige kalksandstensfabrikker, som indgik i alt tre forskellige moderselskabers koncerner, blev omdannet til en selvstændigt fungerende virksomhed, der kontrolleres af Haniel og Cementbouw i fællesskab. Haniel har flere gange bekræftet, at for de parter, Haniel, Cementbouw og RAG, der deltog i transaktionen af 9. august 1999, var alle disse aftaler indbyrdes afhængige og udgjorde et i økonomisk henseende samlet hele. Heller ikke på Kommissionens spørgsmål herom har Cementbouw entydigt forklaret, hvorfor gennemførelsen af den transaktion, som NMA havde godkendt, blev udsat i mere end ni måneder og først blev gennemført sammen med RAG's udtræden. Kommissionen antager derfor, at RAG ikke havde været rede til at deltage i pooling-aftalens gennemførelse som indirekte ejer af CVK.

(23) RAG var ganske vist formelt set med til at indgå pooling-aftalen, inden selskabet solgte sine andele til Haniel og Cementbouw. Af den notarialbekræftelse af pooling-aftalen og vedtægtsændringen, som umiddelbart inden bekræftelsen af salget af RAG's andele på samme møde blev foretaget af den samme notar, som udarbejdede en fælles protokol herom, fremgår det imidlertid, at der højst ud fra en overfladisk formalistisk betragtning kan være tale om, at CVK's nye struktur, der var godkendt af NMA, blev gennemført med RAG's deltagelse. En sådan ren formel betragtning kan ikke være afgørende for det spørgsmål, der skal vurderes i henhold til fusionsforordningen, om en eller flere økonomiske transaktioner udgør en fusion, der skal kontrolleres. Bestemmelsen i fusionsforordningens artikel 5, stk. 2, andet afsnit, der ikke umiddelbart er relevant i denne forbindelse, viser ligeledes, at en økonomisk betragtning er påkrævet. Det antages derfor, at de aftaler, der blev indgået den 9. august 1999, udgør en enkelt fusion, hvorved CVK erhvervede kontrol med medlemsvirksomhederne, og Haniel og Cementbouw samtidig erhvervede kontrol med CVK.«

127 Det følger af de ovenfor citerede betragtninger til den anfægtede beslutning, at Kommissionen konkluderede, at transaktionerne var indbyrdes afhængige på grundlag af følgende tre faktorer: den indbyrdes økonomiske afhængighed, den samtidige foretagelse af transaktionerne for den samme notar og Haniels bekræftelse af transaktionernes karakter som indbyrdes afhængige.

128 Det er ubestridt, at sagsøgeren ikke bestrider, at den anden gruppe transaktioner (RAG-transaktionen og samarbejdsaftalen mellem Haniel og sagsøgeren) var betinget af den første transaktions gennemførelse. Det bør således fastslås, at den anden gruppe transaktioner ikke ville være blevet foretaget, hvis den første ikke var fundet sted.

129 Derimod gør sagsøgeren gældende, at Kommissionen fejlagtigt har indtaget det standpunkt, at den første gruppe transaktioner var afhængig af den anden. Sagsøgeren bemærker, at på tidspunktet for anmeldelsen til NMa i februar 1998 af udkastet til pooling-aftalen om sammenlægning af CVK med denne virksomheds medlemsvirksomheder havde RAG andele i tre af medlemsvirksomhederne. Med støtte i dette forhold gør sagsøgeren gældende, at denne på dette tidspunkt var ubekendt med, at RAG agtede at skille sig af med sine andele i disse virksomheder, hvilket viser, at den første gruppe transaktioner, hvoriblandt er pooling-aftalen, er en selvstændig fusion. Sagsøgeren gør i øvrigt gældende, at på tidspunktet for foretagelsen af alle transaktionerne, den 9. august 1999, gjorde kontrakten, hvorved RAG-transaktionen blev gennemført, det klart, at parterne havde indgået denne efter indgåelsen af pooling-aftalen om sammenlægning af CVK med denne virksomheds medlemsvirksomheder med det formål for øje at handle — i hvert fald formelt — i overensstemmelse med den af NMa i sin skrivelse af 26. marts 1999 tilkendegivne opfattelse, hvorefter RAG-transaktionen i henhold til nederlandsk konkurrenceret ikke ville blive anset for at være en fusion, hvis pooling-aftalen om sammenlægning af CVK med denne virksomheds medlemsvirksomheder senest blev indgået på tidspunktet for RAG-transaktionen.

130 Disse argumenter kan ikke godtages.

- 131 Selv om det for det første skal medgives, at der i sagsakterne ikke foreligger nogen elementer, der kan svække sagsøgerens anbringende, hvorefter denne på tidspunktet for anmeldelsen af udkastet til den første gruppe transaktioner til NMa i februar måned 1998 ikke var bekendt med, at RAG agtede at afhænde sine andele i tre af CVK's medlemsvirksomheder, forholder det sig ikke desto mindre således, at denne transaktion først blev foretaget den 9. august 1999, dvs. den samme dag, som den anden gruppe transaktioner blev foretaget. På denne dato var det ikke bare klart, at RAG havde besluttet at afhænde sine andele i CVK's medlemsvirksomheder til Haniel og sagsøgeren, men den første gruppe transaktioner var ydermere undergået en mærkbar forandring på grund af gennemførelsen, den samme dag, af den anden gruppe transaktioner, herunder navnlig RAG-transaktionen, hvorved Haniel og sagsøgeren tog fælles kontrol med CVK.
- 132 Præsenteret for denne situation var det med rette, at Kommissionen overvejede grundene til, at den første gruppe transaktioner ikke blev foretaget før den 9. august 1999, således som den gjorde under den administrative procedure og, i mangel af tilfredsstillende svar fra parterne, i de ovenfor citerede betragtninger til den anfægtede beslutning.
- 133 Selv om det generelt ikke forholder sig således, at den samtidige foretagelse af flere transaktioner nødvendigvis er afgørende for, om de må karakteriseres som indbyrdes afhængige, er udskydelsen i denne sag af foretagelsen af den første gruppe transaktioner til tidspunktet for foretagelsen af den anden en væsentlig faktor, da den kan betyde, at RAG ikke ønskede at deltage i den første og at den, for at denne gruppe transaktioner alligevel kunne blive foretaget, blev gjort betinget af RAG's opgivelse af kapitalandelen i CVK, dvs. af den anden gruppe transaktioner.
- 134 Som forklaring på udskydelsen af foretagelsen af den første gruppe transaktioner til tidspunktet for foretagelsen af den anden angiver sagsøgeren i sine processkrifter tekniske og forretningsmæssige vanskeligheder forbundet med sammenlægningen af fortjeneste og tab i medlemsvirksomhederne. I sin replik nævner sagsøgeren

ligeledes, at forskellige miljømæssige studier skulle foretages, og at sommerferien i byggesektoren også havde forsinket gennemførelsen.

- 135 Disse grunde kan imidlertid ikke accepteres som forklaring på en forsinkelse på mere end ni måneder regnet fra NMa's godkendelse af en så væsentlig beslutning som denne, der havde gennemførelsen af en omorganisering af alle CVK's medlemsvirksomheders aktiviteter i en fælles struktur til formål.
- 136 For det første for så vidt angår de påståede miljømæssige studier og sommerferien, der forsinkede gennemførelsen af den første gruppe transaktioner, er disse grunde, som sagsøgeren i øvrigt først har gjort gældende i replikken, ikke underbyggede.
- 137 For det andet for så vidt angår anbringendet vedrørende de med sammenlægningen af fortjeneste og tab i CVK's medlemsvirksomheder forbundne tekniske og forretningsmæssige vanskeligheder skal det bemærkes, at bortset fra den omstændighed, at dette anbringende i øvrigt heller ikke er underbygget, forekommer det betydeligt svækket af oplysningerne i sagsakterne. Det skal bemærkes — uden at dette er blevet bestridt af sagsøgeren, der udtrykkeligt blev udspurgt af Retten om dette forhold under retsmødet — at selv på tidspunktet for gennemførelsen af alle transaktionerne, nemlig den 9. august 1999, fastslog samarbejdsaftalen mellem Haniel og sagsøgeren, at sammenlægningen af de konti og midler, der tilhørte CVK's medlemsvirksomheder, ikke var fuldstændigt reguleret, navnlig for de virksomheder, med hensyn til hvilke RAG var den tidligere ejer. Hvis dette spørgsmål imidlertid var så væsentligt, at det krævede udskydelse af gennemførelsen af den første gruppe transaktioner, havde det sikkert også kunnet retfærdiggøre en videre udskydelse af denne gruppe transaktioner ud over datoen den 9. august 1999. Dette er med sikkerhed ikke tilfældet, fordi en sådan udskydelse ud over datoen for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner også ville have udgjort et væsentligt indicium for den første gruppe transaktioners afhængighedsforhold til den anden.

- 138 Da sagsøgeren ikke har anført andre grunde, skal det konstateres, at den faktor, der var en betingelse for gennemførelsen af den første gruppe transaktioner, var den anden gruppe transaktioner, dvs. RAG's udtræden af CVK's ejerkreds.
- 139 For det andet kan den omstændighed, at kontrakten, hvorved RAG-transaktionen blev foretaget, nævner den tidligere indgåelse af pooling-aftalen, ikke medføre, at den første gruppe transaktioner må betragtes som uafhængige af den anden, og at det som følge heraf må konstateres, at Kommissionen har anlagt et urigtigt skøn.
- 140 Ganske vist skal det bemærkes, at notaren, for hvem kontrakterne blev indgået, modsat hvad Kommissionen har anført i betragtning 23 til den anfægtede beslutning, ikke udfærdigede en samlet protokol.
- 141 Imidlertid har denne fejl ikke en sådan karakter, at den bør føre til, at den anfægtede beslutning annulleres.
- 142 Denne fejl kan i denne sag ikke svække betydningen af den grundlæggende konstatering, hvorefter kontrakterne blev indgået den samme dag, fordi RAG ikke var klar til at give sit samtykke til gennemførelsen af den første gruppe transaktioner uafhængigt af gennemførelsen af den anden, der afsluttede dennes deltagelse i den første. Når henses til den økonomiske vurdering af transaktionernes indbyrdes afhængighed, er den omstændighed, at den første gruppe transaktioner lå nogle minutter eller timer forud for den anden, ikke relevant.

- ¹⁴³ I denne forbindelse kan sagsøgeren ikke i forhold til Kommissionen påberåbe sig en berettiget forventning med baggrund i NMa's skrivelse af 26. marts 1999, hvoraf fremgår, at denne fremgangsmåde for iværksættelse af de to grupper transaktioner blev foreslået af NMa, hvorved den anden gruppe transaktioner, herunder RAG-transaktionen, ikke ville udgøre en fusion i henhold til nederlandsk konkurrenceret.
- ¹⁴⁴ Uden at det er nødvendigt at tage NMa's argumentation i denne skrivelse i betragtning, kan det fastslås, at sagsøgeren aldrig har modtaget nogen præcise forsikringer, hvorefter operationen bestående af de to grupper transaktioner faldt uden for anvendelsesområdet for nr. 4064/89 og Kommissionens kompetence. Da Kommissionens kompetence ikke udelukkende er begrænset til fusioner, som forudgående er blevet anmeldt (Rettens dom af 28.9.2004, sag T-310/00, MCI mod Kommissionen, Sml. II, s. 3253, præmis 93), tilkom det parterne, hvis de ønskede at opnå den i forbindelse med Kommissionens godkendelsesbeslutninger forbundne retssikkerhed, at underrette Kommissionen om, at de havde til hensigt at gennemføre fusionen den 9. august 1999. Dette skete imidlertid ikke.
- ¹⁴⁵ For det tredje, selv om sagsøgeren gør gældende, at den første gruppe transaktioner er en selvstændig fusion, har sagsøgeren ikke forklaret, hvilket økonomisk mål og hvilken økonomisk logik, der forfulgtes af de tre aktionærer, da de blev enige om at samle CVK's medlemsvirksomheder i en økonomisk enhed under CVK's ledelse, uden at disse aktionærer kunne tage kontrol med denne virksomhed, mens den økonomiske begrundelse for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner udelukkende bestod i, at Haniel og sagsøgeren på grund af RAG's udtræden af CVK's ejerkreds tog fælles kontrol med CVK.
- ¹⁴⁶ For det fjerde bemærkes, at det fremgår af den mellem Haniel og sagsøgeren indgåede samarbejdsaftale, at begge disse virksomheder anså en retlig fusion af medlemsvirksomhederne og CVK i en enkelt virksomhed for ønskværdig, og at de nøje undersøgte muligheden for en sådan fusion, hvorved CVK blev ændret til en og

samme virksomhed ejet i fællesskab af Haniel og sagsøgeren. Dette forhold støtter Kommissionens tese, hvorefter den første gruppe transaktioner reelt, når alt kommer til alt, ikke var selvstændig, men blot udgjorde en del af en større operation.

- 147 Endelig for det femte bliver Kommissionens vurdering også styrket af den omstændighed, at Haniel under den administrative procedure medgav, at transaktionerne var indbyrdes afhængige, uden at sagsøgeren har bestridt indholdet af disse udtalelser, som er angivet i den anfægtede beslutning. Det skal ganske vidst, således som sagsøgeren gør gældende, medgives, at det standpunkt, som hver af de parter, der foretog anmeldelse, forsvarer, pr. definition er subjektivt og nødvendigvis er udtryk for deres egne interesser. Denne omstændighed betyder imidlertid ikke, at Kommissionen i forbindelse med dens forsøg på at afdække den økonomiske realitet bag en fusion er afskåret fra at benytte forklaringer fra parterne, der giver den mulighed for at finde frem til, hvad der faktisk på tidspunktet for de omhandlede transaktioners foretagelse var det økonomiske mål, som parterne forfulgte. Selv om ubestridte forklaringer fra en af de parter, der foretog anmeldelse, ikke i sig selv kan være afgørende, kan Kommissionen dog, som i denne sag, støtte sig til disse forklaringer, når de kan underbygge elementer, som ligger til grund for Kommissionens analyse.

- 148 Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har påvist, at Kommissionen anlagde et urigtigt skøn, da den i den anfægtede beslutning konkluderede, at de to i denne sag omhandlede grupper transaktioner var således indbyrdes afhængige, at de udgjorde en enkelt fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 4064/89.

- 149 Derfor bør det første anbringendes andet led forkastes.

Det første anbringendes tredje led om Kommissionens manglende kompetence til at undersøge CVK's overtagelse af kontrollen med denne virksomheds medlemsvirksomheder som følge af NMa's godkendelse heraf

Parternes argumenter

150 Det er vedrørende dette led sagsøgerens opfattelse, at selv hvis det på den ene side lægges til grund, at Kommissionen i medfør af artikel 3 i forordning nr. 4064/89 var kompetent til at undersøge RAG-transaktionen, kunne Kommissionen ikke undersøge CVK's overtagelse af kontrollen med denne virksomheds medlemsvirksomheder gennem pooling-aftalen, fordi denne operation allerede var godkendt af NMa.

151 Til støtte for sin tese anfører sagsøgeren for det første, at der, i modsætning til, hvad Kommissionen hævder i den anfægtede beslutning, ikke er nogen forskel mellem den fusion, som blev anmeldt og derefter godkendt af NMa den 20. oktober 1998, og den fusion, der endelig blev gennemført den 9. august 1999. Sagsøgeren anfører i øvrigt, at Kommissionen har anerkendt, at fusionen ikke havde fællesskabsdimension, og at den ikke formelt har bestridt NMa's beslutning, således som den burde have gjort i medfør af artikel 226 EF og artikel 228 EF, hvilket har medført, at der er opstået en berettiget forventning hos sagsøgeren. Derefter er det sagsøgerens opfattelse, at Kommissionens argument, hvorefter NMa's beslutning ikke var relevant, idet den er støttet på national ret, er lidet overbevisende. Det glemmes nemlig ifølge sagsøgeren herved, at bestemmelserne i den nederlandske lovgivning vedrørende konkurrenceret er afledt af fællesskabsretten og skal fortolkes i overensstemmelse hermed. Endelig anfægter sagsøgeren Kommissionens i betragtning 30 til den anfægtede beslutning indeholdte beskyldning, hvorefter de berørte parter ikke opfyldte de garantier, de stillede over for NMa, for at sidstnævnte skulle godkende den omhandlede fusion. Ifølge sagsøgeren er denne beskyldning ubegrundet.

- 152 Sagsøgeren gør for det andet gældende, at Kommissionen ikke har opfyldt sin forpligtelse til at angive begrundelsen for, hvorfor den fandt, at NMa's beslutning var fejlbehæftet.
- 153 Kommissionen afviser samtlige disse argumenter, idet den er af den opfattelse, at den hverken har tilsidesat artikel 3 i forordning nr. 4064/89 eller sin forpligtelse til at begrunde den anfægtede beslutning.

Rettens bemærkninger

- 154 For det første, således som det er blevet fastslået under den ovenfor foretagne gennemgang af dette anbringendes andet led, har sagsøgeren ikke påvist, at Kommissionen har anlagt et urigtigt skøn, idet den fandt, at den første og anden gruppe transaktioner, som nævnt ovenfor i præmis 8, udgjorde en og samme fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i forordning nr. 4064/89.
- 155 Derfor tillod den godkendelse, som NMa meddelte vedrørende gennemførelsen af den første gruppe transaktioner, helt sikkert ikke parterne at gennemføre den fusion, der blev foretaget den 9. august 1999. Da den ved alle de transaktioner, der blev gennemført den 9. august 1999, foretagne fusion havde fællesskabsdimension, hvilken vurdering fremgår af betragtning 33 til den anfægtede beslutning og ikke er blevet bestridt af sagsøgeren, var Kommissionen således den eneste kompetente myndighed, der kunne foretage undersøgelse af og — i påkommende tilfælde — give tilladelse til denne fusion.
- 156 For det andet kan sagsøgeren ikke påberåbe sig en berettiget forventning i forbindelse med, at Kommissionen ikke har bestridt den af NMa meddelte tilladelse til at gennemføre den første gruppe transaktioner.

- 157 Den af NMa på grundlag af fortolkning af bestemmelser i nederlandsk konkurrenceret meddelte tilladelse til at gennemføre den første gruppe transaktioner udgør på ingen måde en ret til at påberåbe sig en berettiget forventning over for Kommissionen, idet denne tilladelse ikke er meddelt af en fællesskabsmyndighed i henhold til de i denne sag relevante bestemmelser, det vil navnlig sige artikel 3 i forordning nr. 4064/89 (jf. i denne retning dommen i sagen Branco mod Kommissionen, præmis 102). Under alle omstændigheder blev den første gruppe transaktioner ikke gennemført på de betingelser, som forelå, da den blev anmeldt til NMa. Udskydelsen af dens gennemførsel til den dag, hvor den anden gruppe transaktioner blev gennemført, medførte en mærkbar ændring af de faktiske og retlige omstændigheder, som NMa støttede sig til ved meddelelsen af tilladelse til den første gruppe planlagte transaktioner. Som Kommissionen med rette har gjort gældende, foretog parterne med fusionen, der blev gennemført den 9. august 1999, ikke blot en fusion mellem CVK's medlemsvirksomheder og CVK, men etablerede en fælles selvstændigt fungerende virksomhed, kontrolleret af Haniel og sagsøgeren i fællesskab. Alt i alt meddelte NMa tilladelse til gennemførelsen af en gruppe transaktioner, som faktisk ikke blev gennemført i denne form.
- 158 For så vidt som de to grupper transaktioner ikke kan opdeles som følge af deres enhedsmæssige karakter, kunne Kommissionen alene forholde sig til den samlede fusion som følge af dennes fællesskabsdimension.
- 159 Det skal tilføjes, at en sådan fremgangsmåde ikke medfører en tilsidesættelse af den i forordning nr. 4064/89 fastsatte kompetencefordeling mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder.
- 160 Ganske vist kan det resultat, som Kommissionens fremgangsmåde medfører, i visse situationer have til følge, at en transaktion, selv om den ikke opfylder betingelserne for fællesskabsdimension i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i forordning

nr. 4064/89, alligevel falde under denne forordnings anvendelsesområde på grund af den indbyrdes afhængighed, den måtte have med en eller flere andre transaktioner.

161 Imidlertid vil det fra en økonomisk synsvinkel under sådanne omstændigheder være en kunstig betragtning at anse den første transaktion for at være selvstændig.

162 For det tredje er sagsøgerens argument, hvorefter Kommissionen burde have indledt en traktatbrudsprocedure i medfør af artikel 226 EF, ikke korrekt. For det første fremgår det intetsteds af sagsakterne, at Kommissionen har bestridt at NMa havde kompetence til i sin beslutning af 20. oktober 1998, der blev vedtaget i henhold til national ret, at udtale sig om den første gruppe transaktioner, således at denne beslutning eventuelt kunne udgøre en tilsidesættelse af fællesskabsretten fra Nederlandenes side. Derimod har Kommissionen medgivet, at der foreligger en sådan kompetence, og har gentagne gange fremhævet, at den anfægtede beslutning ikke vedrører den samme fusion på grund af udskydelsen af gennemførelsen af den første gruppe transaktioner til dagen for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner, nemlig den 9. august 1999. Når for det andet henses til den skønssamme, som Kommissionen har i forhold til ressourceanvendelse og sit virke, er der intet, der forpligter Kommissionen til at indlede en procedure mod en medlemsstat i henhold til artikel 226 EF, før den vedtager en beslutning vedrørende vurdering af en fusion, der har fællesskabsdimension.

163 Endelig for det fjerde vedrørende sagsøgerens øvrige bemærkninger, som anført ovenfor i præmis 151, om dels ligheden mellem de nederlandske konkurrenceretsbestemmelser og bestemmelserne i forordning nr. 4064/89, dels overholdelsen af de garantier, som blev stillet over for NMa af de parter, der foretog anmeldelse, og som blev forkastet i forbindelse med dette anbringendes første led (jf. præmis 70-78), kan disse under ingen omstændigheder føre til annullation af den anfægtede

beslutning. Ydermere bør sagsøgerens anbringende, hvorefter den anfægtede beslutning ikke er tilstrækkeligt begrundet, forkastes. Når henses til sagens omstændigheder, var Kommissionen ikke forpligtet til at begrunde, hvorfor den af NMa i henhold til nederlandsk ret vedtagne beslutning skulle være fejlbehæftet.

¹⁶⁴ Følgelig bør det første anbringendes tredje led i dets helhed forkastes.

2. Det andet anbringende om Kommissionens fejlskøn vedrørende skabelsen af en dominerende stilling ved fusionen i strid med artikel 2 i forordning nr. 4064/89

¹⁶⁵ Dette anbringende kan opdeles i to led. Det første led vedrører fejlskøn foretaget af Kommissionen vedrørende, hvorvidt CVK har en dominerende stilling. Det andet led vedrører den manglende godtgørelse af en årsagsforbindelse mellem fusionen og etableringen af den af Kommissionen påståede dominerende stilling.

Det andet anbringendes første led om fejlskøn foretaget af Kommissionen vedrørende, hvorvidt CVK har en dominerende stilling

Parternes argumenter

¹⁶⁶ Sagsøgeren bestrider den af Kommissionen foretagne vurdering af de fem faktorer, der medførte, at denne konstaterede, at CVK har en dominerende stilling på det nederlandske marked for byggematerialer til konstruktion af bærende vægge (herefter »det relevante marked«).

- 167 Sagsøgeren kritiserer for det første Kommissionen for at have foretaget en urigtig bedømmelse af den rolle, som spilles af de materialer, der konkurrerer med kalksandsten i forhold til konstruktion af bærende vægge.
- 168 Det er på den ene side sagsøgerens opfattelse, at den af Kommissionen foretagne konstatering, der er anført i betragtning 96 til den anfægtede beslutning, hvorefter CVK er den eneste producent og leverandør af kalksandsten i Nederlandene, ikke tager hensyn til den omstændighed, at kalksandstensprodukter importeres fra Tyskland, og at der ifølge den anfægtede beslutning ikke findes et marked for kalksandsten.
- 169 For det andet bestrider sagsøgeren den af Kommissionen i betragtning 97 til den anfægtede beslutning anførte konklusion, hvorefter betonsektoren ikke udøver et konkurrencemæssigt pres på CVK. Sagsøgeren gør gældende, at de af tredjemænd fremlagte oplysninger vedrørende stabiliteten af betonmarkedet på markedet for materialer til vægkonstruktion ikke i sig selv behøver at føre til en sådan konklusion. Ifølge sagsøgeren foretog Kommissionen ikke en undersøgelse af den progressive udvikling i markedsandelene med henblik på at vurdere det præcise konkurrencemæssige pres, som udøvedes på CVK, ligesom Kommissionen ikke tog størrelsen af betonsektoren og aktørerne i denne branches betydelige finansielle og økonomiske kapacitet i betragtning. Ifølge sagsøgerens opfattelse tvinger disse elementer CVK til at tage betonsektoren i betragtning, når virksomheden bestemmer sin adfærd på det relevante marked. Endelig gør sagsøgeren i sin replik gældende, at man for at vurdere det konkurrencemæssige pres, der udøves af sektoren for in-situ beton, må tage in-situ betons markedsandel på det relevante marked ([10-15]%) i betragtning og ikke blot den markedsandel, som indehaves af den vigtigste producent af in-situ beton ([2-5]%).
- 170 Sagsøgeren bestrider for det andet Kommissionens i betragtning 99-101 til den anfægtede beslutning indeholdte vurdering, hvorefter der er væsentlige hindringer for adgangen til det relevante marked. Ifølge sagsøgeren burde Kommissionen i sin analyse have foretaget en samlet undersøgelse af omkostninger og andre potentielle

hindringer for så vidt angår alle de produkter, der konkurrerer med kalksandsten. Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen i modsætning hertil grundlæggende har begrænset sin analyse til investeringsomkostningerne og det store tidsforbrug, der kræves til at bygge og gøre fabrikker til fremstilling af kalksandsten driftsklare. Sagsøgeren bestrider i øvrigt, at tidsforbrug og udstyrsmæssige behov kan udgøre egentlige hindringer for adgangen til markedet i henhold til forordning nr. 4064/89, navnlig hvis kapitalmarkederne fungerer effektivt. Endvidere kritiserer sagsøgeren Kommissionen for ikke at have foretaget en undersøgelse af de omkostninger, som andre byggematerialeproducenter må afholde, hvis de vil erstatte en del af deres produktion med materialer, der konkurrerer med kalksandsten, selv om sagsøgeren i sit svar på klagepunktsmeddelelsen har oplyst, at beton kan fremstilles til forskellige formål, herunder vægkonstruktion, hvilket også gælder for de andre materialer, nemlig teglsten, gips, og træ. Sagsøgeren bemærker endelig, at den blotte omstændighed, at der, som nævnt i betragtning 101 til den anfægtede beslutning, er overkapacitet på markedet for produktion af kalksandsten, som gør det lidet interessant at gå ind på markedet, ikke er tilstrækkeligt til at kvalificere denne overkapacitet som en hindring for adgangen til det relevante marked.

¹⁷¹ Sagsøgeren bestrider for det tredje flere af de faktorer, som Kommissionen har anført i denne anfægtede beslutning som led i sin vurdering, hvorefter hverken distributørerne af byggematerialer eller entreprenørerne er i besiddelse af en tilstrækkelig indkøbsstyrke til at kompensere for CVK's dominerende stilling på udbudssiden.

¹⁷² For så vidt angår distributørernes indkøbsstyrke bemærker sagsøgeren, at disse indgår i internationale koncerner eller er organiseret i indkøbsforeninger, hvilket giver dem en styrkeposition i forhold til CVK. Sagsøgeren tilføjer, at den i betragtning 102 til den anfægtede beslutning anførte omstændighed, hvorefter de fem største grossister inden for byggematerialer i Nederlandene tegner sig for tæt på [60-80]% af CVK's salg, heraf [20-30]% for den største af disse, godtgør, at grossisterne er i besiddelse af en væsentlig indkøbsstyrke og — med undtagelse af in-situ beton — kan skifte til produkter, der kan substituere kalksandsten. Ifølge sagsøgeren ville grossisternes manglende mulighed for at videresælge in-situ beton befordre disse til at opnå priser og betingelser fra CVK, som ville give dem mulighed for at konkurrere med betonproducenterne. Endelig fastholder sagsøgeren, at

grossisterne også har mulighed for at importere kalksandstensmaterialer fra Tyskland.

- 173 For så vidt angår forholdet mellem CVK, grossisterne og entreprenørerne bestrider sagsøgeren flere af de vurderinger, der er foretaget i betragtning 75 og 103 til den anfægtede beslutning. Sagsøgeren modsiger således Kommissionens udtalelse, hvorefter CVK generelt har stort kendskab til brugernes identitet og anvendelsen af sine produkter, navnlig gennem adgang til arkitektplaner ved leveringen af materialer, der udgør halvdelen af virksomhedens omsætning. Endvidere bestrider sagsøgeren — om end selskabet medgiver, at CVK leverer direkte til visse byggevirksomheder — at CVK skulle kunne vide, til hvilken anvendelse de leverede produkter er bestemt, herunder også, når CVK er bekendt med tykkelsen af de leverede kalksandstensprodukter. I øvrigt oplyser sagsøgeren, at de af CVK til grossister meddelte rabatter i forbindelse med salg til visse bestemte projekter eller til visse bestemte byggevirksomheder forekommer sjældent og er forbigående. Sagsøgeren tilføjer, at dette forhold under ingen omstændigheder ændrer ved den omstændighed, at der foreligger indkøbsstyrke for så vidt angår grossisterne.

- 174 Sagsøgeren fastholder for det fjerde, at den af Kommissionen foretagne analyse vedrørende manglende påvirkning fra det tilstødende marked for byggematerialer til ikke-bærende vægge, hvor CVK har en svagere markedsstilling, er urigtig. Sagsøgeren fremhæver for det første, at CVK ikke er i stand til at kende bestemmelsesstedet for sine produkter til konstruktion af bærende eller ikke-bærende vægge. Ifølge sagsøgeren ville CVK således være forpligtet til at tage sin konkurrencemæssige situation på markedet for ikke-bærende vægge i betragtning, uafhængigt af den omstændighed, at CVK afsætter [60-80]% af sine kalksandsten på sidstnævnte marked. Sagsøgeren gør for det andet gældende, at det fremgår af den økonomiske analyse, der er indeholdt i rapporten affattet af professorerne von Wieszäcker og Elberfeld, som er blevet sendt til Kommissionen, men til hvilken den anfægtede beslutning ikke henviser, at der udøves en »begrænsende virkning« på det relevante marked af markedet for materialer til konstruktion af ikke-bærende vægge.

175 Sagsøgeren bestrider for det femte Kommissionens vurdering, hvorefter CVK's dominerende stilling ville blive styrket af den strukturelle forbindelse mellem denne virksomhed og sagsøgeren. Sagsøgeren bemærker for det første, at denne ikke kontrollerer CVK, der udøver sin virksomhed helt uafhængigt. Sagsøgeren gør derefter gældende, at Kommissionen fejlagtigt har tillagt sagsøgeren en »stærk stilling« på det nederlandske marked for udbud af byggematerialer til vægkonstruktion, idet sagsøgerens markedsandel på [2-5]% er sammenlignelig med den, som flere andre aktører har, og ikke giver sagsøgeren en sådan stilling. Det samme gælder, for så vidt som Kommissionen, vedrørende sagsøgerens aktiviteter på markedet for engrosdistribution af byggematerialer, har stillet sig tilfreds med blotte beskyldninger og antagelser, navnlig henvisningen til NBM Amstells årsrapport, hvilken koncern tilhørte sagsøgeren, selv om denne koncerns markedsandel blot udgjorde [2-5]%. Endelig benægter sagsøgeren, i modsætning til de i den anfægtede beslutning refererede udtalelser fra tredjemænd, at CVK giver denne en privilegeret behandling på området for engrosdistribution af byggematerialer. Selv hvis en sådan privilegeret behandling lægges til grund, gør sagsøgeren gældende, at de beviser, der hidrører fra disse tredjemænd, under ingen omstændigheder er egnede til i sig selv at føre til en formodning for, at der foreligger en dominerende stilling i henhold til forordning nr. 4064/89.

176 Endelig for det sjette kritiserer sagsøgeren Kommissionen for ikke at have begrundet den anfægtede beslutning tilstrækkeligt med hensyn til årsagerne til, at den har fraveget konklusionen i NMa's beslutning af 20. oktober 1998 angående den omstændighed, at CVK ikke havde en dominerende stilling, selv om denne beslutning og NMa's markedsundersøgelser gik mindst tre år tilbage i forhold til beslutningens vedtagelse.

177 Kommissionen bemærker indledningsvis, at sagsøgeren ikke har bestridt elementet vedrørende strukturen på det i betragtning 90-95 til den anfægtede beslutning undersøgte marked. Ifølge Kommissionen ville allerede elementerne vedrørende CVK's, sagsøgerens og Haniels markedsandele i sig selv udgøre et klart indicium for, at der forelå en dominerende stilling.

178 Efter denne bemærkning bestrider Kommissionen samtlige de kritikpunkter, sagsøgeren har rejst, mod vurderingen af de øvrige faktorer, hvorpå den vurdering, hvorefter CVK har en dominerende stilling på det relevante marked, hviler.

179 For det første for så vidt angår de forskellige materialer til vægkonstruktions rolle bemærker Kommissionen, at sagsøgeren ikke bestrider, at det geografiske marked begrænser sig til Nederlandene, at importen af kalksandsten fra Tyskland kun er yderst begrænset, eller at CVK er den eneste producent af kalksandsten i Nederlandene, hvilket byggemateriale er det mest populære i denne stat, således som anført i betragtning 98 til den anfægtede beslutning. Ifølge Kommissionen bidrager denne situation til at styrke CVK's position på det relevante marked, idet in-situ beton, såfremt det lægges til grund, at dette er en del af samme marked, på grund af høje investeringsomkostninger kun konkurrerer med kalksandstensprodukter ved store byggeprojekter.

180 For det andet tilbageviser Kommissionen sagsøgerens anbringende, hvorefter den anfægtede beslutning ikke i tilstrækkeligt omfang har påvist, at betonsektoren ikke udøver noget konkurrencemæssigt pres på CVK. Kommissionen bemærker i denne forbindelse, at ordlyden af betragtning 97 til den anfægtede beslutning alene henviser til fraværet af betydeligt konkurrencemæssigt pres fra in-situ beton og ikke fra betonsektoren i almindelighed. Kommissionen præciserer endvidere, at denne konklusion ikke udelukkende hviler på et grundlag vedrørende in-situ beton. Angående undersøgelsen af de konkurrencemæssige pres, der udøves af producenterne af in-situ beton, gentager Kommissionen sin holdning som anført i den anfægtede beslutnings betragtninger, hvorefter man skal tage de markedsandele, der besiddes af producenterne af in-situ beton på det relevante marked, hvoraf ingen overstiger [2-5]%, i betragtning og ikke andelen af in-situ beton, der udgør ([10-15]%) af produktionen på dette marked. En sådan fremgangsmåde er ifølge Kommissionen navnlig berettiget på grund af den omstændighed, at det relevante marked er et differentieret produktmarked, og at »markedsandelen« på [10-15]% tenderer i retning af at overvurdere det konkurrencemæssige pres på CVK, idet den indbefatter sagsøgerens egen markedsandel inden for in-situ betonsektoren. Efter denne præcisering gør Kommissionen gældende, at ingen betonleverandør i

perioden på tre år forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning har kunnet opnå en markedsandel på mere end [2-5]%, mens CVK's markedsandel er forblevet på [50-60]% af det relevante marked. Kommissionen bestrider ligeledes sagsøgerens argument, hvorefter betonsektorens betydning og tyngden af de aktører, der opererer inden for denne sektor, kan påvirke CVK's aktivitet som producent af kalksandsten og denne virksomheds stilling på det relevante marked.

181 Kommissionen afviser for det andet sagsøgerens anbringender, hvorefter Kommissionen ikke har vurderet de i den anfægtede beslutning fastslåede hindringer for adgangen til markedet korrekt.

182 Kommissionen bemærker for det første, at i modsætning til, hvad sagsøgeren hævder, henviser den anfægtede beslutning til hindringer, der foreligger for fremstilling af alle materialer til konstruktion af bærende vægge og ikke kun for kalksandstensprodukter.

183 Herefter tilbageviser Kommissionen sagsøgerens udtalelse, hvorefter investeringsomkostningerne og det store tidsforbrug, der kræves til at komme ind på markedet, ikke udgør egentlige hindringer for adgangen til markedet i henhold til forordning nr. 4064/89. Ifølge Kommissionen er omkostningerne og tidsforbruget, sådan som det er præciseret i den anfægtede beslutning, af betydeligt omfang. Kommissionen bemærker i sin duplik, at indtræden på markedet var sjældent forekommende og begrænset til betonsektoren, hvilken konstatering ikke er blevet bestridt af sagsøgeren. Det er endvidere Kommissionens vurdering, at sagsøgerens kritikpunkt, hvorefter Kommissionen ikke har foretaget en analyse af de potentielle omkostninger, som andre virksomheder, der fremstiller byggematerialer, måtte afholde med henblik på at ændre en del af deres produktion (teglsten, gips, træ) til produkter, der konkurrerer med kalksandsten, såsom beton, er ubegrundet. Kommissionen gør gældende, at en sådan analyse ikke var relevant, fordi producenter af andre byggematerialer end beton, på grund af strukturen af og de egenskaber, der kendetegner byggesektoren i Nederlandene, ikke ville kunne blot ændre deres produktion, men ville måtte begynde fra grunden for at fremstille materialer, der konkurrerer med kalksandstenprodukter.

- 184 Det er endelig til forskel fra sagsøgeren Kommissionens opfattelse, at tilstedeværelsen af overkapacitet på et givent marked spiller en væsentlig rolle i forhold til at afgøre, hvorvidt adgang til dette marked er tænkelig, dvs. om den er tilstrækkelig rentabel. I denne sag er der ifølge Kommissionen betydelig overkapacitet, der gør det lidet attraktivt for nye aktører at gå ind på markedet.
- 185 Kommissionen fastholder for det tredje, at den i den anfægtede beslutning foretagne analyse, hvorefter CVK's dominerende stilling ikke opvejes af en indkøbsstyrke hos byggematerialegrossisterne, er korrekt.
- 186 Det er indledningsvis generelt Kommissionens opfattelse, at indkøbsstyrke i forhold til forordning nr. 4064/89 bør opfattes som evnen for store kunder — i dette tilfælde grossister inden for byggematerialer — til inden for en rimelig frist at kunne gøre brug af troværdige alternativer, hvis leverandøren beslutter at hæve priserne eller at forringe leveringsbetingelserne. Kommissionen fremhæver for så vidt angår denne sag, at selv hvis grossisterne inden for byggevarer kunne blive motiverede af, at CVK tilbyder konkurrencedygtige priser, sammenholdt med dem, der tilbydes af betonproducenterne, har disse grossister ikke noget alternativ, fordi de ikke forhandler in-situ beton, der udgør [10-15]% af det relevante marked, og således ikke har den nødvendige indkøbsstyrke i forhold til CVK.
- 187 Herefter bemærker Kommissionen for så vidt angår sagsøgerens argument, hvorefter grossisterne kunne importere kalksandstensprodukter fra Tyskland, at sagsøgeren ikke har bestridt, at sådanne indførsler er af beskedent omfang, og at en grossist under retsmødet oplyste, at disse indførsler blev vanskeliggjort af Haniel eller CVK.

188 Endelig gentager Kommissionen sin vurdering, hvorefter CVK generelt har et stort kendskab til brugernes identitet og anvendelsen af sine produkter, hvilket er det modsatte af, hvad sagsøgeren, ikke uden visse selvmodsigelser og uklarheder, gør gældende. Kommissionen fremhæver i denne kontekst, at de rabatter, CVK tildelte grossisterne ved forsyninger til byggeprojekter eller til bestemte byggevirksomheder, viser, at CVK er i stand til at øve indflydelse på grossisternes prispolitik i forhold til de virksomheder, der er kunder, og således på grossisternes avancer vedrørende vedtagne projekter, hvilket begrænser eller endog udelukker deres evne til at benytte størrelsen på deres indkøb til at udøve et samlet pres på CVK's prispolitik.

189 For det fjerde angående sagsøgerens kritikpunkter vedrørende påvirkning fra det tilstødende marked for byggematerialer til ikke-bærende vægge er det Kommissionens opfattelse, at den på tilstrækkelig måde har påvist, dels at CVK var i stand til at bestemme eller forudse, hvorvidt virksomhedens produkter blev anvendt til bærende eller ikke-bærende vægge, dels at CVK under alle omstændigheder hovedsageligt fastlagde sin prisstrategi under hensyn til det relevante marked. For så vidt angår rapporten forfattet af professorerne von Wieszäcker og Elberfeld, der, ifølge sagsøgeren, viser, at der udøves en »begrænsende virkning« på CVK's stilling på det relevante marked, fremsætter Kommissionen, idet den medgiver, at den ikke udtrykkeligt har gennemgået denne rapport i den anfægtede beslutning, tre bemærkninger. For det første fremhæver Kommissionen, at den i denne rapport præsenterede model for prisevaluering ikke udgør en passende beskrivelse af det relevante marked, navnlig idet den tager udgangspunkt i påstanden om, at CVK skulle anvende de samme priser på det relevante marked som på markedet for ikke-bærende vægge. For det andet tilkendegiver Kommissionen, at rapporten undersøger spørgsmålet, som Kommissionen finder irrelevant, om, under hvilke omstændigheder CVK ville fastsætte sine priser på et så højt niveau, at virksomheden ikke længere ville kunne foretage noget salg på markedet for materialer til konstruktion af ikke-bærende vægge. Kommissionen fremhæver for det tredje, at hvis det lægges til grund, at de samme priser anvendes på de to markeder, svarer rapportens konklusioner i det hele til den anfægtede beslutnings konklusioner, hvorefter CVK hovedsageligt fastlagde sine priser i forhold til sin stilling på det relevante marked. Det er ifølge Kommissionen derfor, at det ikke var nødvendigt at foretage en udtrykkelig gennemgang af denne rapport i den anfægtede beslutning.

- 190 For det femte fastholder Kommissionen sin i den anfægtede beslutning foretagne analyse, hvorefter CVK's dominerende stilling bliver styrket af den strukturelle forbindelse mellem denne virksomhed og sagsøgeren.
- 191 Kommissionen bestrider for det sjette sagsøgerens argument vedrørende utilstrækkelig begrundelse af den anfægtede beslutning.

Rettens bemærkninger

— Indledende bemærkninger

- 192 Før undersøgelsen af CVK's dominerende stilling skal det indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren ikke bestrider den i den anfægtede beslutning anførte afgrænsning af det relevante marked, dvs. byggematerialer til konstruktion af bærende vægge i Nederlandene, hvilken afgrænsning berettiges af bærende vægges funktion. Det skal præciseres, at den anfægtede beslutning lader det stå åbent, hvorvidt in-situ beton — navnlig på grund af de høje faste investeringsomkostninger, som benyttelsen heraf indebærer (jf. betragtning 77 til den anfægtede beslutning), hvilket betyder, at dette materiale kun konkurrerer med kalksandsten i forbindelse med visse projekter af større betydning — skal omfattes af definitionen af det omhandlede produktmarked, for så vidt som Kommissionen er af den opfattelse, at dette spørgsmål ikke indvirker på vurderingen af fusionen (jf. betragtning 81 til den anfægtede beslutning).
- 193 Det skal også anføres, at det følger af den anfægtede beslutning — uden af denne konstatering er blevet svækket af sagsøgeren — at de mest benyttede materialer på det relevante marked, opstillet i aftagende orden, er følgende: kalksandsten ([50-

60]% af samtlige bærende vægge er konstrueret med dette materiale), in-situ beton ([10-15]%), præfabrikerede vægelementer af beton ([5-10]%), teglsten ([2-5]%) og porebeton ([0-2]%).

194 Herefter skal det bemærkes, at artikel 2 i forordning nr. 4064/89 under overskriften »Vurdering af sammenslutninger« fastslår følgende:

»1. Sammenslutninger, der er omfattet af denne forordning, vurderes på grundlag af følgende bestemmelser med henblik på at fastslå, om de er forenelige med det fælles marked.

I denne vurdering tager Kommissionen hensyn til:

- a) nødvendigheden af at bevare og udvikle en faktisk konkurrence inden for fællesmarkedet navnlig på baggrund af alle de berørte markeders struktur samt den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder, der er beliggende i eller uden for Fællesskabet
- b) de deltagende virksomheders position på markedet, deres økonomiske og finansielle styrke, leverandørernes og brugernes valgmuligheder, deres adgang til forsyninger eller afsætningsmarkeder, retlige eller faktiske hindringer for adgang til markedet, udbuds- og efterspørgselsudviklingen for de enkelte varer og tjenesteydelser, de interesser, som forbrugerne i mellemlæddene og de endelige forbrugere har, samt udviklingen i det tekniske eller økonomiske fremskridt, for så vidt som dette er til fordel for forbrugerne, og det ikke udgør en hindring for den faktiske konkurrence.

2. Sammenslutninger, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet.

3. Sammenslutninger, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.«

¹⁹⁵ Den dominerende stilling, der er omfattet af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, er en økonomisk magtposition, der indehaves af en eller flere virksomheder, og som giver dem magt til at hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den giver dem mulighed for i vidt omfang at handle uafhængigt i forhold til deres konkurrenter, deres kunder og, i sidste instans, forbrugerne (Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 200, jf. ligeledes i denne retning Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 38).

¹⁹⁶ Det følger af fast retspraksis, at de materielle bestemmelser, der er opstillet ved forordning nr. 4064/89, navnlig i dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger. Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol af udøvelsen af dette skøn, som er et væsentligt led i anvendelsen af reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner (Domstolens dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen (Kali og Salz), Sml. I, s. 1375, præmis 223 og 224, og af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 38, Rettens dom i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 164 og 165, og dom af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 64).

197 Det følger heraf, at den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver med de komplicerede økonomiske vurderinger, Kommissionen foretager som led i sin skønsbeføjelse efter forordning nr. 4064/89, skal begrænse sig til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller er begået magtfordrejning. Navnlig tilkommer det ikke Retten at sætte sit skøn vedrørende økonomiske forhold i stedet for Kommissionens (Rettens dom af 3.4.2003, sag T-342/00, *Petrolessence* og *SG2R* mod Kommissionen, Sml. II, s. 1161, præmis 101).

198 Endelig bemærkes ligeledes, at Kommissionen i betragtning 90-108 til den anfægtede beslutning har støttet sig på seks faktorer ved vurderingen af CVK's dominerende stilling. Disse faktorer er: for det første strukturen af markedet, for det andet fraværet af et betydeligt konkurrencemæssigt pres på CVK fra producenterne af in-situ beton, selv om CVK i Nederlandene er den eneste producent og leverandør af kalksandsten, der traditionelt benyttes i Nederlandene til vægkonstruktion, for det tredje tilstedeværelsen af væsentlige hindringer for adgangen til markedet, for det fjerde manglende indkøbsstyrke blandt CVK's kunder, for det femte manglende begrænsning af CVK's handlefrihed på det relevante marked af konkurrencesituationen på det tilstødende marked for byggematerialer til ikke-bærende vægge og for det sjette tilstedeværelsen af en strukturel forbindelse mellem CVK og sagsøgeren, der giver dem en mærkbart større handlefrihed end den, der er deres konkurrenter til del, vedrørende både udbud og distribution af byggematerialer til konstruktion af bærende vægge.

199 Det er ubestridt, at sagsøgeren ikke bestrider nogen af de vurderinger, der fremgår af betragtning 90-95 til den anfægtede beslutning vedrørende den første faktor om strukturen af markedet, dvs. markedsandelene for CVK, de parter, der foretog anmeldelsen, samt deres konkurrenter.

200 Det skal præciseres, at det følger af ovennævnte betragtninger til den anfægtede beslutning, at CVK har en markedsandel på mere end [50-60]% af det relevante

marked, for så vidt dette marked indbefatter in-situ beton, mens, ved samme afgrænsning af markedet, den næststørste markedsaktør er sagsøgeren med en markedsandel på omkring [2-5]%, de anmeldende parter væsentligste konkurrent har blot en markedsandel på omkring [2-5]%, og de øvrige konkurrenter har blot markedsandele på mindre end [0-2]%. Det følger af de oplysninger, der fremgår af betragtning 91 til den anfægtede beslutning, at denne situation er den mest favorable for de parter, der foretog anmeldelse, idet, hvis det lægges til grund, at in-situ beton helt udelukkes fra det relevante marked, CVK's markedsandel ville andrage mere end [60-70]%, mens markedsandelene tilhørende alle denne virksomheds konkurrenter maksimalt ville nå op på [0-2]%. Det er ligeledes ubestridt, at markedsfordelingen ikke har undergået væsentlige ændringer i løbet af de seneste år.

201 Tilstedeværelsen af omfattende markedsandele har meget stor betydning, og forholdet mellem markedsandele for den eller de virksomheder, der deltager i fusionen, og konkurrenternes markedsandele, særlig de største konkurrenters, kan endvidere anvendes som brugbare indicier for, at der foreligger en dominerende stilling. Dette forhold kan anvendes som grundlag for en beregning af konkurrenternes og den pågældende virksomheds konkurrencekapacitet (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 39, 40 og 48, og dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 201 og 202). I øvrigt kan en særlig stor markedsandel i sig selv udgøre et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling, især når de andre selskaber på markedet kun har markedsandele, der er langt mindre (Rettens dom af 28.4.1999, sag T-221/95, Endemol mod Kommissionen, Sml. II, s. 1299, præmis 134).

202 Af alle disse grunde er den omstændighed, at CVK har en markedsandel, der er mindst 14 gange større end den, som virksomhedens vigtigste konkurrent har, hvilket sagsøgeren ikke bestrider, et stærkt indicium for, at CVK har en dominerende stilling på det relevante marked.

203 Det skal undersøges, hvorvidt sagsøgeren alligevel har formået at godtgøre, at Kommissionen, vedrørende de fem øvrige faktorer, der er genstand for analyse i den anfægtede beslutning, har anlagt et urigtigt skøn, som kan føre til beslutningens annullation.

— Elementet vedrørende fraværet af betydeligt konkurrencemæssigt pres mod CVK fra producenter af in-situ beton

204 Det bemærkes, at Kommissionen i betragtning 96-98 til den anfægtede beslutning har anført, at hverken in-situ beton eller dette materiales producenter kan udøve et betydeligt konkurrencemæssigt pres på CVK, der er den eneste virksomhed i Nederlandene, der fremstiller kalksandsten, som er det materiale, der traditionelt anvendes til konstruktion af bærende vægge. Denne vurdering støtter sig navnlig på de markedsandele, CVK's konkurrenter er i besiddelse af, og på den differentierede karakter, der kendetegner produkterne på det relevante marked, der gør det muligt for en virksomhed som CVK at styrke sin markedsstilling ud over den rene markedsandel, idet virksomheden er den eneste udbyder af et produkt, som er særligt populært blandt visse forbrugere eller til visse anvendelsesformål.

205 Uden at bestride relevansen af det element, Kommissionen har lagt til grund, gør sagsøgeren i realiteten for det første gældende, at den i betragtning 97 til den anfægtede beslutning anførte konstatering, hvorefter CVK er den eneste producent af kalksandsten, ikke tager hensyn til, at kalksandstensprodukter importeres fra Tyskland, og at der ikke er et marked for kalksandsten. Sagsøgeren tilbageviser for det andet den i betragtning 97 til den anfægtede beslutning anførte konstatering, hvorefter betonsektoren ikke udøver noget konkurrencemæssigt pres på CVK. Ifølge sagsøgeren burde Kommissionen have undersøgt udviklingen i markedsandele og navnlig have taget den finansielle og økonomiske kapacitet, som aktørerne inden for denne sektor har, i betragtning. Det er i øvrigt sagsøgerens opfattelse, at der ikke kun skal tages hensyn til markedsandelen ([2-5]%) tilhørende den væsentligste konkurrent, der fremstiller in-situ beton.

206 Disse anbringender bør forkastes.

207 For det første bemærkes angående påstanden om, at Kommissionen ikke har taget hensyn til den omstændighed, at kalksandstensprodukter bliver importeret fra Tyskland til Nederlandene, at Kommissionen i betragtning 84 til den anfægtede beslutning i forbindelse med afgrænsningen af det geografiske marked har anført følgende:

»I de nederlandske grænseområder foregår der ganske vist tilsyneladende import af byggematerialer til vægkonstruktion fra [...] Tyskland. Denne er imidlertid marginal og kan ikke begrunde, at dele af [...] Tyskland omfattes af det relevante geografiske marked. Markedsundersøgelsen har vist, at der findes hindringer for adgangen til markedet, navnlig som følge af forskellige byggenormer og arbejdsmiljøregler. F.eks. [...] medfører byggenormerne i f.eks. Tyskland, at de tilsvarende vægtykkelser er større, og at væggene dermed også er dyrere end i Nederlandene på grund af det heraf følgende større materialeforbrug [...]«

208 Det bemærkes, at sagsøgeren hverken bestrider definitionen af det relevante marked eller konstateringen, hvorefter CVK er den eneste producent af kalksandsten i Nederlandene. Sagsøgeren begrænser sig til at bemærke, at byggematerialegrossisterne sælger kalksandstensprodukter på det nederlandske marked uden at angive nærmere vedrørende størrelsen eller værdien af denne import, idet sagsøgeren i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, hvortil denne har henvist i sine processkrifter, har begrænset sig til at angive, at det udvalg af kalksandstensprodukter, som blev udbudt af disse grossister eller importører, og det, som blev udbudt af CVK, var meget ens.

209 For det andet foretager sagsøgeren en urigtig udlægning af den anfægtede beslutning, når sagsøgeren er af den opfattelse, at det fremgår af beslutningen, at der ikke er noget konkurrencemæssigt pres inden for betonsektoren. Det bemærkes, at betragtning 97 til den anfægtede beslutning mere præcist angiver, at der ikke er noget betydeligt konkurrencemæssigt pres inden for sektoren for in-situ beton og fra producenterne heraf og ikke inden for sektoren for beton. Derfor har Kommissionen

ikke i de relevante betragtninger til den anfægtede beslutning benægtet tilstedeværelsen af et konkurrencemæssigt pres fra in-situ beton, men har fundet dette utilstrækkeligt i forhold til CVK's stilling. Det bemærkes i denne forbindelse, at Kommissionens analyse, der drejer sig om in-situ beton, er berettiget af den omstændighed, at i hvert fald CVK's to nærmeste konkurrenter på det relevante marked kun fremstiller in-situ beton, hvilket gjorde det berettiget for Kommissionen at undersøge, om CVK's stilling, som den kommer til udtryk i form af virksomhedens markedsandel, kunne afbalanceres af konkurrenter, der udbød denne form for materiale på det relevante marked.

210 Det er ligeledes med rette, at Kommissionen ikke blot henholdt sig til den del, der repræsenterer sektoren for in-situ beton generelt ([10-15]%) vedrørende konstruktion af bærende vægge i Nederlandene, men ligeledes har taget markedsandelen for CVK's første konkurrent ([2-5]%) i betragtning. Den første oplysning ([10-15]%) omfatter ligeledes sagsøgerens markedsandel, der som følge af sin ovenfor fastslåede kontrol over CVK ikke bør betragtes som en virksomhed, der konkurrerer med CVK, hvorfor denne procentdel bør vægtes ved ligeledes at tage markedsandelen for CVK's nærmeste konkurrent i betragtning med henblik på ikke at overvurdere det eventuelle konkurrencemæssige pres, der udøves mod CVK.

211 I øvrigt for så vidt angår anbringendet om, at Kommissionen burde have taget hensyn til udviklingen i markedsandelene inden for sektoren for beton, i det omfang dette argument vedrører in-situ beton, er det tilstrækkeligt for Kommissionen, som den har anført i betragtning 97 til den anfægtede beslutning, at den præciserer, at markedsandelen for in-situ beton, ifølge oplysninger fremlagt af en nederlandsk erhvervsorganisation, tilsyneladende var stabil eller endog tilsyneladende, ifølge visse aktører, var undergået et mindre fald, uden at dette kunne føre til, at det kunne konkluderes, at det konkurrencemæssige pres på CVK inden for dette segment var betydeligt. Endvidere er det for så vidt angår virksomhedernes markedsandele ubestridt, at CVK's såvel som denne virksomheds konkurrenters stilling, som nævnt ovenfor, fra år 2000 til vedtagelsen af den anfægtede beslutning var forblevet nærmest uændret, således som det fremhæves i betragtning 95 til den anfægtede beslutning. Denne vurdering vedrører nødvendigvis segmentet for in-situ beton, inden for hvilket segment, som det fremgår af tabellen i betragtning 91 til den

anfægtede beslutning, CVK's to vigtigste konkurrenter var aktive, men hvor den ene havde en markedsandel på under [2-5]% og den anden en markedsandel på under [0-2] %.

- 212 Det skal i denne forbindelse fremhæves helt generelt, at tilstedeværelsen af konkurrenter kun, efter sagens omstændigheder, kan udgøre en faktor, der kan begrænse eller fjerne den omhandlede virksomheds dominerende stilling, når dennes konkurrenter har en stærk stilling, der giver dem mulighed for at udgøre en egentlig modvægt (jf. i denne retning Rettens dom af 3.4.2003, sag T-114/02, BaByliss mod Kommissionen, Sml. II, s. 1279, præmis 329). Sagsøgeren har ikke fremlagt beviser, der kan svække den vurdering, der fremgår af betragtning 97 til den anfægtede beslutning, hvorefter producenterne af in-situ beton — i øvrigt CVK's nærmeste konkurrenter på det relevante marked — ikke udgør en sådan modvægt.
- 213 Det bemærkes endelig, at fraværet af betydeligt konkurrencemæssigt pres fra sektoren for in-situ beton også, delvist, kan udledes af produkterne på det relevante markeds forskellige karakter, således som Kommissionen har fremført i betragtning 98 til den anfægtede beslutning. Produkternes differentierede karakter betyder, at intet produkt udgør et fuldstændigt substitut for noget andet produkt, og at en stigning i prisen på det ene produkt derfor ikke nødvendigvis har den virkning, at den virksomhed, der foretager en sådan prisforøgelse, mister markedsandele til de af dens konkurrenter, der fremstiller det andet produkt, således som det ville være tilfældet for helt substituerbare produkter. Den omstændighed, at in-situ beton ikke er fuldstændigt substituerbart med kalksandsten, navnlig på grund af de med brugen af det førstnævnte produkt forbundne store omkostninger, som det er bemærket i betragtning 58 og 77 til den anfægtede beslutning, og uden at dette er blevet bestridt af sagsøgeren, gør det muligt at sætte det konkurrencemæssige pres, som dette materiale og dets producenter udøver på CVK, i perspektiv.
- 214 Selv hvis det i øvrigt lægges til grund, at Kommissionens vurdering vedrører sektoren for beton generelt, har sagsøgeren alligevel ikke været i stand til ved hjælp

af præcise og samstemmende indicier at godtgøre, at producenterne på dette segment af det relevante marked var i stand til at udgøre en egentlig modvægt til CVK's stilling.

- 215 Det følger heraf, at Kommissionens vurdering af den anden faktor, der er lagt til grund for den anfægtede beslutning, ikke er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

— Om faktoren vedrørende tilstedeværelsen af betydelige hindringer for adgangen til markedet

- 216 Kommissionen har anført følgende i betragtning 99-101 til den anfægtede beslutning:

»(99) Kommissionen er også under hensyntagen til parternes og CVK's svar på klagepunktsmeddelelsen og drøftelsen under høringen af den opfattelse, at der er tale om betydelige hindringer for adgangen til markedet. CVK kontrollerer alle kalksandstensfabrikker i Nederlandene og dermed produktionen af langt det vigtigste af de byggematerialer, der skal omfattes af det relevante produktmarked. Kommissionens markedsundersøgelse har vist, at det for producenter af andre byggematerialer til vægkonstruktion vil være meget tidskrævende og forbundet med store investeringer at optage produktionen af produkter af kalksandsten. Noget tilsvarende gælder også for andre byggematerialer som f.eks. porebeton. Produktionsprocesserne og dermed også produktionsstederne er forskellige for hvert byggemateriale til vægkonstruktion.

(100) Haniel har ganske vist kun angivet investeringsomkostningerne til en kalksandsfabrik til ca. [fortroligt] EUR. Opførelsen af en ny fabrik for fremstilling

af færdigblandet beton koster ifølge Haniel [fortroligt] EUR; Cementbouw har imidlertid sat disse investeringsomkostninger væsentligt højere. Desuden har de konkurrenter, der er blevet adspurgt som led i markedsundersøgelsen, generelt anført, at de kun med store vanskeligheder kan udvide deres eksisterende produktionskapacitet eller for den sags skyld optage produktionen af et andet byggemateriale til vægkonstruktion. En adspurgt konkurrent har nærmere angivet, at opførelsen af en ny kalksandstensfabrik kræver en investering på [fortroligt] EUR og en myndighedsgodkendelse, som kun vanskeligt lader sig indhente, og at selve opførelsen af fabrikken vil strække sig over to år. I modsætning til den opfattelse, som parterne har givet udtryk for, dvs. at hindringerne for adgangen til markedet er minimale, antager Kommissionen under disse omstændigheder, at eventuelle nye aktører på markedet ikke øver et konkurrencemæssigt pres, som vil være tilstrækkeligt til at kontrollere CVK's handlefrihed på det relevante marked. I den seneste tid har der således også kun kunnet konstateres få nye aktører på markedet, som alle var begrænset til betonområdet.

(101) I forbindelse med kalksandsten er der desuden en betydelig overkapacitet, som gør det lidet attraktivt for nye aktører at gå ind på markedet — også efter CVK's lukning af tre af de oprindeligt 11 kalksandstensfabrikker. CVK's øvrige produktionssteder er desuden jævnt fordelt over hele Nederlandene, således at CVK kan forsyne enhver kunde fra en fabrik i nærheden. Kommissionens markedsundersøgelse har vist, at også denne faktor styrker CVK's stilling.«

- 217 Sagsøgeren kritiserer Kommissionen for grundlæggende at have begrænset den ovennævnte analyse til investeringsomkostninger og til det store tidsforbrug, der kræves til at bygge og gøre fabrikker til fremstilling af kalksandsten driftsklare, selv om den burde have undersøgt samtlige omkostninger og andre potentielle hindringer vedrørende samtlige produkter, der konkurrerer med kalksandsten. Sagsøgeren bestrider endvidere påstandene om, at tidsforbruget og omkostningerne, der er nævnt i den anfægtede beslutning, udgør egentlige hindringer for adgangen til markedet, navnlig hvis kapitalmarkederne fungerer effektivt. Sagsøgeren kritiserer ligeledes Kommissionen for ikke at have undersøgt de omkostninger, som andre producenter af byggematerialer måtte afholde, hvis de ændrede en del af deres produktion til materialer, som konkurrerer med kalksandsten, selv om sagsøgeren

som svar på klagepunktsmeddelelsen har oplyst, at beton kan fremstilles til forskellige formål, herunder vægkonstruktion. Endelig bestrider sagsøgeren, at den på segmentet for kalksandsten foreliggende overkapacitet udgør en egentlig hindring for adgangen til det relevante marked.

218 Først bør sagsøgerens anbringende, hvorefter Kommissionen udelukkende skulle have undersøgt tidsforbruget og omkostningerne forbundet med påbegyndelse af aktiviteter på segmentet for kalksandsten, afvises. Kommissionens ovennævnte analyse vedrører ligeledes de andre materialer til brug for vægkonstruktion, såsom in-situ beton, således som det navnlig følger af betragtning 100 til den anfægtede beslutning. Det fremgår også af betragtning 99 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen har bemærket, at det lange tidsforbrug og de store investeringsomkostninger ikke begrænser sig til adgangen til segmentet for fremstilling af kalksandsten, men ligeledes er relevant for adgangen til fremstilling af andre byggematerialer på det relevante marked, såsom porebeton. I modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, følger det heraf, at Kommissionen ikke har begrænset sin vurdering af hindringerne for adgangen til det relevante marked til segmentet for kalksandsten.

219 Herefter, for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt de investeringsomkostninger og det tidsforbrug, der er nævnt i den anfægtede beslutning, har karakter af »hindringer for adgangen til markedet«, er det for det første Rettens generelle opfattelse, at elementer af forskellig art, navnlig økonomisk, kommerciel eller finansiell, udgør sådanne hindringer, når de medfører, at potentielle konkurrenter til etablerede virksomheder må påtage sig risici og tilstrækkeligt høje omkostninger til at afholde dem fra at indtræde på dette marked inden for en rimelig frist eller gøre en sådan indtræden særlig vanskelig, hvilket fratager dem evnen til at udgøre en konkurrencemæssig begrænsning på de etablerede virksomheders adfærd.

220 For det andet, selv hvis det ikke principielt kan udelukkes, at de inden for stærkt kapitalintensive sektorer nødvendige finansielle ressourcer til investering kan skaffes

på kapitalmarkederne, må det alligevel konstateres, at sagsøgeren i denne sag ikke har formået at påvise, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, idet den konstaterede, at der forelå væsentlige hindringer for adgangen til det relevante marked, når henses til alle de til støtte for den anfægtede beslutning liggende faktorer.

221 For så vidt angår segmentet for kalksandsten bemærkes, at Kommissionen har støttet sig på en række faktorer af retlig og økonomisk karakter, nærmere bestemt kravet om at få en administrativ tilladelse, tidsforbruget på to år til at bygge et produktionsanlæg og størrelsen af investeringsomkostningerne, idet den samtidig tog hensyn til den omstændighed, at der selv efter lukningen af tre ud af elleve produktionsvirksomheder, der var medlemmer af CVK (Boudewijn, Bergumermeer og Vogelenzang), var en betydelig overkapacitet, der gjorde indtræden på markedet lidet attraktivt, idet CVK kunne forsyne alle kunder i Nederlandene fra de tilbageblevne otte virksomheder.

222 Disse faktorer sammenlagt med den af sagsøgeren ikke tilbageviste omstændighed, at virksomheder, der er aktive på andre markedssegmenter, kun med betydelige vanskeligheder vil kunne indlade sig på fremstilling af et andet materiale til vægkonstruktion, er tilstrækkeligt til helt at udelukke ethvert åbenbart urigtigt skøn fra Kommissionens side for så vidt angår sandsynligheden for, at en potentiel konkurrent til CVK skulle få adgang til dette segment. For så vidt i øvrigt angår de med bygning af en hel fabrik forbundne investeringsomkostninger har sagsøgeren, som svar på et af Retten stillet skriftligt spørgsmål, oplyst et beløb på [fortroligt] mio. EUR, hvilket overslag befinder sig meget præcist inden for den i betragtning 100 til den anfægtede beslutning angivne ramme, uden at sagsøgeren har forklaret, hvorfor investering af et mindre beløb, der ligeledes fremgår af dennes svar, skulle være tilstrækkeligt til at gøre det muligt at indtræde på det relevante marked.

223 Det bemærkes vedrørende det relevante markeds øvrige segmenter for det første, at sagsøgeren ikke har anfægtet den i betragtning 100 til den anfægtede beslutning anførte vurdering, hvorefter der kun har kunnet konstateres få ny aktører på

markedet, der i det hele var begrænset til betonområdet. Det fremgår i denne forbindelse af Kommissionens af sagsøgeren ubestridte svar på Rettens spørgsmål, at disse nye aktører, der er aktive inden for segmentet for in-situ beton, ikke kunne opnå mere end højst [0-2]% af markedet, selv om det på tidspunktet for beslutningens vedtagelse var mere end to år siden, fusionen blev gennemført. For det andet, og selv om det fremgår af sagsakterne, at sagsøgeren faktisk har forsvaret det standpunkt, hvorefter de med bygning af en ny fabrik til fremstilling af in-situ beton forbundne investeringsomkostninger, som udgør [fortroligt] mio. EUR, var mærkbart højere end det beløb, som blev oplyst af Haniel ([fortroligt] mio. EUR) og også fremgår af den anfægtede beslutning, har sagsøgeren ikke bestridt, at selv CVK's aktuelle konkurrenter står over for meget store vanskeligheder med hensyn til at forøge deres produktionskapacitet, navnlig på grund af den eksisterende overkapacitet, eller at indlede fremstilling af et andet materiale til vægkonstruktion, hvilke omstændigheder ydermere er anført af Kommissionen i dens svar på Rettens skriftlige spørgsmål. Alle disse faktorer medfører, at det kan konkluderes, at Kommissionen ikke har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, idet den fandt, at der ligeledes var væsentlige hindringer for adgangen til andre segmenter på det relevante marked, hvilket således forhindrer enhver effektiv konkurrence på dette marked i forhold til CVK.

224 Det bemærkes i øvrigt generelt, at selv om sagsøgeren har nægtet at kvalificere hindringerne for adgangen til markedet som overkapacitet på markedet, medgav selskabet alligevel under retsmødet, som svar på et spørgsmål fra Retten, at sådan overskudskapacitet havde »virkning som en forhindring for indtræden på markedet«.

225 For det tredje er sagsøgerens anbringende, hvorefter Kommissionen ikke har undersøgt muligheden for, at producenter af teglsten, gips og træ, til brug for andre formål end vægkonstruktion, indtræder på markedet for konstruktion af bærende vægge, uden relevans. Når henses til produktmarkedets struktur, er det ubestridt, at teglsten kun benyttes i helt underordnet omfang til konstruktion af bærende vægge (jf. betragtning 61 og 66 til den anfægtede beslutning), ligesom hverken gips eller træ er materialer, der benyttes til konstruktion af bærende vægge (jf. betragtning 53 og 60 til den anfægtede beslutning). Det følger heraf, at en undersøgelse af muligheden for, at producenter af teglsten, gips og træ, benytter disse materialer til

vægkonstruktion, åbenbart ikke ville have kunnet ændre den i den anfægtede beslutning foretagne vurdering, ved hvilken det blev konkluderet, at der forelå væsentlige hindringer for adgangen til det relevante marked.

- 226 Af alle disse grunde bør den kritik, som sagsøgeren har rejst af Kommissionens skøn vedrørende det tredje element angående tilstedeværelsen af betydelige hindringer for adgangen til markedet, forkastes.

— Om elementet vedrørende CVK's kunders manglende indkøbsstyrke

- 227 Det anføres i betragtning 102 og 103 til den anfægtede beslutning:

»(102) Kommissionen er også under hensyntagen til parternes og CVK's svar på klagepunktsmeddelelsen og drøftelsen under høringen af den opfattelse, at CVK's kunder ingen indkøbsstyrke har. Ingen enkelt kunde er aftager af en væsentlig del af CVK's omsætning. De fem største grossister inden for byggematerialer tegner sig ganske vist for ca. [60-80]% af CVK's salg, og den største af disse tegner sig alene for en andel på [20-30]%. En sådan andel af det samlede salg giver imidlertid ikke den største aftager indkøbsstyrke, da der er tilstrækkeligt mange andre grossister inden for byggematerialer som alternativ. Nogle af disse grossister er desuden indkøbsforeninger (nederlandsk: »inkoopcombinaties«). Det afgørende er, at grossisterne inden for byggematerialer er afhængige af at handle med CVK's produkter. Der er med hensyn til kalksandsten tale om det vigtigste byggemateriale til vægkonstruktion i Nederlandene. Det næstvigtigste byggemateriale til vægkonstruktion er beton. Dette udgør imidlertid intet alternativ for grossisterne inden for byggematerialer, da hverken in-situ beton eller i nævneværdigt omfang præfabrikerede betonelementer sælges via dem. Intet andet byggemateriale kan derfor erstatte grossisterens salg af kalksandsten. Dette bekræftede Raab Karcher også under høringen. Det er ganske

vist muligt — som Haniel har anført — at såfremt grossistens tilbud på kalksandsten ikke er prisbilligt, risikerer den pågældende at miste byggeprojektet til beton. Heraf fremgår imidlertid kun, at grossisten med sit tilbud på kalksandsten — og indirekte også CVK — konkurrerer med leverandører af beton, men ikke, at grossisten er i stand til selv at danne modvægt mod CVK's styrke.

(103) I øvrigt har CVK en betydelig indflydelse på prissætningen over for byggevirksomhederne. Grossisterne inden for byggematerialer bærer ganske vist den finansielle risiko i forbindelse med salget. Det er imidlertid ikke grossisterne, men byggeentreprenørerne, der beslutter, hvilke byggematerialer der vælges. Som der allerede er redegjort nærmere for, har CVK generelt et stort kendskab til brugernes identitet og anvendelsen af sine produkter. Leveringen sker således direkte fra den kalksandstensfabrik, der ligger tættest på det pågældende byggeprojekt. Ifølge CVK ydes der rabatter til grossister, idet disse kan være betinget af levering til bestemte byggeentreprenører eller bestemte byggeprojekter. Byggeentreprenørerne er imidlertid i øvrigt meget spredte og ikke i stand til selv at danne modvægt mod leverandørernes styrke. Den andel af efterspørgslen, som de store byggekoncerner som Bam Groep, Koninklijke Volker Wessels Stevin, Heijmans, Ballast Nedam og HBG hver især tegner sig for, er også for lille til, at disse kan danne modvægt og opveje CVK's overlegne stilling på udbudssiden.«

228 Sagsøgeren gør gældende, at de taloplysninger, Kommissionen har fremført, viser, at grossisterne har indkøbsstyrke i forholdet til CVK, hvilket navnlig er tilfældet, fordi de indgår i internationale koncerner eller er organiseret i indkøbsforeninger. Grossisterne kan derfor ifølge sagsøgeren vende sig mod produkter, der konkurrerer med kalksandsten, med undtagelse af in-situ beton. Den omstændighed, at grossisterne ikke distribuerer in-situ beton, ansporer dem så meget desto mere til at opnå fordelagtige priser og vilkår hos CVK for at konkurrere med betonproducenterne. Sagsøgeren gentager sine anbringender, hvorefter grossisterne

også forsyner sig med materialer i kalksandsten fra Tyskland. Endelig bestrider sagsøgeren Kommissionens vurdering, hvorefter CVK var velinformeret om brugerne og om bestemmelsesstedet for virksomhedens produkter, og afviser ligeledes betydningen og hyppigheden af de til grossisterne tildelte rabatter, hvilken omstændighed alligevel ikke ændrer på det forhold, at sidstnævnte har indkøbsstyrke i forholdet til CVK.

229 Disse påstande kan ikke godtages.

230 Det bemærkes for det første, således som Kommissionen gør gældende i sine processkrifter, og hvilket ikke er bestridt af sagsøgeren, at den indkøbsstyrke, som en leverandørs kunder har, kan kompensere for leverandørens magtposition på markedet, hvis dennes kunder har evnen til inden for en rimelig frist at kunne gøre brug af troværdige forsyningsalternativer, hvis leverandøren beslutter at hæve priserne eller at forringe leveringsbetingelserne.

231 Når Kommissionen i denne sag ser bort fra grossisterne inden for byggematerialers indkøbsstyrke som modvægt til CVK's magtposition, der hovedsageligt er et resultat af denne virksomheds markedsandel og den ovenfor gennemgåede udbudsstruktur, støtter Kommissionen sig dels på spredningen af disse markedsaktører, dvs. den lidet koncentrerede struktur af markedet for distribution af materialer til konstruktion af bærende vægge i Nederlandene, dels på fraværet af et troværdigt forsyningsalternativ for disse markedsaktører, hvilket i den sidste ende vil sige disse aktørers afhængighed af CVK.

232 Det bemærkes, at disse to betingelser er meget relevante, uden at de dog nødvendigvis er udtømmende, når det handler om at be- eller afkræfte tilstedeværelsen af en sådan indkøbsstyrke hos kunder, at den kan modvirke en leverandørs økonomiske styrke. På den ene side betyder kriteriet vedrørende graden

af koncentration på købermarkedet, at deres begrænsede antal kan give dem mulighed for at styrke deres forhandlingsstyrke i forhold til leverandøren. På den anden side giver kriteriet vedrørende et troværdigt forsyningsalternativ mulighed for at afgøre, hvorvidt der foreligger en stærk sandsynlighed for, at leverandøren er tvunget til at begrænse prisstigninger eller helt afholde sig fra at foretage sådanne.

233 Hvad i det foreliggende tilfælde angår spredningen af grossisterne, og selv om det er ubestridt, at de fem vigtigste grossister inden for byggematerialer i Nederlandene repræsenterer tæt ved [60-80]% af CVK's salg, heraf [20-30]% for de vigtigste blandt disse, er det Rettens opfattelse, at disse oplysninger, i modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, ikke i sig selv beviser, at grossisterne er i besiddelse af indkøbsstyrke i forhold til CVK. Dels er det også ubestridt, at ingen enkelt kunde repræsenterer en væsentlig del af CVK's omsætning. Dels bestrider sagsøgeren ikke, at der findes andre grossister, der er organiseret i indkøbsorganisationer, der af denne grund er i stand til at foretage indkøb i betydelige mængder, imod hvilke CVK, i det omfang det måtte være nødvendigt, kunne rette sin produktion, ligesom sagsøgeren ikke har afkræftet den omstændighed, at CVK leverer direkte til visse byggevirksomheder (slutbrugerne), hvilket naturligvis forøger antallet af virksomheder, som CVK's tilbud om kalksandsten kan rettes til.

234 Det bemærkes i øvrigt, at sagsøgeren ifølge de som bilag til duplikken vedlagte oplysninger fra CVK optræder blandt de fem vigtigste grossister, der er nævnt i den anfægtede beslutning. På grund af den kontrol, som sagsøgeren udøver over CVK, er det som minimum lidet sandsynligt, at sagsøgeren deltager i håndhævelsen af en eventuel indkøbsstyrke blandt CVK's kunder, som kan danne modvægt til CVK's økonomiske magtposition.

235 Vedrørende manglen på en troværdig alternativ forsyningsmulighed medgiver sagsøgeren, at grossisterne inden for byggematerialer ikke distribuerer in-situ beton i nævneværdigt omfang, og har ikke taget stilling til oplysningen om, at de ikke distribuerer præfabrikerede betonelementer. Under disse omstændigheder — for så

vidt angår in-situ beton — kan leverandørerne af dette materiale, selv om de er CVK's vigtigste konkurrenter på det relevante marked, ikke udgøre et troværdigt alternativ for grossisterne. Det samme gælder for forsyning fra producenterne af præfabrikerede betonelementer, hvilket materiale benyttes i størrelsesordenen [5-10]% af alle bærende vægge i Nederlandene.

236 Denne vurdering svækkes ikke af sagsøgerens argument, hvorefter grossisterne kunne lade sig forsyne med kalksandstensprodukter fra Tyskland. Det er tilstrækkeligt at konstatere, at det er ubestridt, at importen af kalksandstensmaterialer fra denne stat er af beskedent omfang, og at sagsøgeren ikke har fremlagt konkrete oplysninger, der kan underbygge dette anbringende.

237 Det bemærkes desuden, at en af de vigtigste grossister inden for materialer til konstruktion af bærende vægge i Nederlandene, Raab Karcher, under Kommissionens høring den 16. maj 2002 har bekræftet, at CVK ikke var udsat for nogen indkøbsstyrke, uden at denne udtalelse blev modsagt af sagsøgeren, idet Raab Karcher nærmere oplyste, at den eftersøgning af, selv begrænsede, alternativer, som denne havde kunnet foretage, mislykkedes, på grund af kalksandstens betydning på det relevante marked.

238 Endvidere for så vidt angår Kommissionens vurdering, hvorefter CVK generelt har stort kendskab til brugernes identitet og anvendelsen af sine produkter, hvilket giver virksomheden en betydelig indflydelse med hensyn til prisfastsættelsen over for entreprenørerne (slutbrugerne), har denne mulighed ingen indflydelse på den eventuelle indkøbsstyrke, som grossisterne måtte have i forhold til CVK. For så vidt som Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den konkluderede, at grossisterne ikke var i besiddelse af en sådan indkøbsstyrke, er det tilstrækkeligt at konstatere, at sagsøgerens argument er uden relevans, når det ikke er gjort gældende, at entreprenørerne selv havde en eventuel indkøbsstyrke i forhold til CVK.

239 Det følger heraf, at de anbringender, sagsøgeren har gjort gældende mod den fjerde faktor, som er lagt til grund for den anfægtede beslutning, hvorefter CVK's kunder ikke er i besiddelse af indkøbsstyrke, bør forkastes.

— Faktoren vedrørende manglende begrænsning af CVK's handlefrihed på markedet for materialer til konstruktion af bærende vægge på grund af konkurrencevilkårene på det tilstødende marked for materialer til bygning af ikke-bærende vægge

240 I betragtning 104 til den anfægtede beslutning har Kommissionen anført følgende:

»CVK's handlefrihed på markedet for byggematerialer til bærende vægge begrænses heller ikke af konkurrencesituationen på det tilstødende marked for byggematerialer til ikke-bærende vægge, hvor CVK har en svagere markedsstilling. Kommissionens konstatering i klagepunktsmeddelelsen med hensyn til, at CVK i forbindelse med sin prissætning kan tage hensyn til, om selskabets produkter anvendes i forbindelse med bærende eller ikke-bærende vægge, og først og fremmest afpasser sin prissætning efter konkurrencesituationen på det for CVK vigtigste marked for bærende vægge, er ikke blevet modbevist af parterne og CVK. I den henseende henvises til bemærkningerne i betragtning 75 og 76.«

241 Følgende anføres i ovennævnte betragtninger:

»(75) CVK er som den eneste producent af kalksandsten i Nederlandene i sin prissætning af produkter, som anvendes i forbindelse med bærende vægge, ikke begrænset af priser, som forlanges på markedet for produkter, som er bestemt til

ikke-bærende vægge. Det fremgår af Kommissionens markedsundersøgelse, at CVK har stort kendskab til den konkrete anvendelse af sine produkter. For det første kender CVK i mange tilfælde sine produkters bestemmelsessted, da selskabet selv ofte står for leveringen af sine produkter til en bestemt byggeplads. Derudover har CVK ved leveringen af elementer, som udgør halvdelen af selskabets omsætning, adgang til arkitektplanerne. Haniel har desuden anført, at det af tykkelsen af en væsentlig del af kalksandstensprodukterne kan udledes, om de skal anvendes i forbindelse med bærende eller ikke-bærende vægge. Disse oplysninger blev også bekræftet af Raab Karcher under høringen. Kommissionen er derfor også under hensyntagen til parternes og CVK's svar på klagepunktsmeddelelsen og drøftelsen af dette spørgsmål under høringen af den opfattelse, at CVK er i stand til at differentiere sine priser i overensstemmelse med den iagttagede konkurrencesituation. I denne forbindelse er der mulighed for en implicit prisdifferentiering mellem store og små byggeprojekter gennem mængderabatter og faste transportpriser. CVK har anført, at selskabet yder grossister inden for byggematerialer projekt- og byggeentreprenørspecifikke rabatter.

(76) Selv hvis det ikke skulle være muligt for CVK at foretage en prisdifferentiering mellem produkter af kalksandsten til henholdsvis bærende og ikke-bærende vægge, kan det antages, at CVK først og fremmest afpasser sin prisstrategi efter kravene på markedet for bærende vægge, da CVK sælger [60-80]% af sine produkter på markedet for bærende vægge.«

242 Sagsøgeren hævder for det første, at CVK ville være nødt til at tage sin konkurrencemæssige situation på markedet for materialer til konstruktion af ikke-bærende vægge i betragtning, uafhængigt af den omstændighed, at CVK afsætter [60-80]% af sine kalksandsten på det relevante marked. Sagsøgeren gør for det andet gældende, at der udøves en »begrænsende virkning« på det relevante marked af det tilstødende marked for byggematerialer til ikke-bærende vægge, således som det følger af professorerne von Wieszäcker og Elberfelds rapport, der er blevet sendt til Kommissionen, men som den anfægtede beslutning ikke henviser til.

243 Det bemærkes vedrørende det første argument, at uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt CVK havde kendskab til sine produkters bestemmelsessted eller ej, og selv hvis det, som sagsøgeren gør gældende, lægges til grund, at CVK ikke tager sine produkters bestemmelsessted i betragtning, betyder det ikke, at CVK ville være begrænset i sin prisfastsættelse på det relevante marked af sin konkurrencemæssige situation på det tilstødende marked for byggematerialer til ikke-bærende vægge, fordi det er ubestridt, at CVK afsætter [60-80]% af sin produktion af kalksandsten på det førstnævnte marked. Derfor er det ikke åbenbart urigtigt at konstatere, således som Kommissionen har gjort i betragtning 104 til den anfægtede beslutning med henvisning til betragtning 76 til nævnte beslutning, at CVK »først og fremmest afpasser sin prissætning efter konkurrencesituationen på det for CVK vigtigste marked for bærende vægge«.

244 Hvad angår sagsøgerens anbringende om, at der udøves en »begrænsende virkning« på det relevante marked af det tilstødende marked for byggematerialer til ikke-bærende vægge i Nederlandene, således som det følger professorerne von Wieszäcker og Elberfelds undersøgelse, bemærkes, at denne undersøgelse i realiteten ikke er blevet citeret i den anfægtede beslutning. Imidlertid har denne omstændighed ikke en sådan karakter, at den kan ændre den ovennævnte vurdering, der fremgår af betragtning 76 og 104 til den anfægtede beslutning. Det bemærkes, at de ved denne undersøgelse foretagne analyser svarer til den vurdering, der fremgår af den anfægtede beslutning, ifølge hvilken CVK først og fremmest afpasser sin prissætning efter det relevante marked. Det følger nærmere af denne undersøgelse, at hvis det forhold, at efterspørgselsvilkårene på det »marginale segment«, nemlig markedet for materialer til konstruktion af ikke-bærende vægge, tages i betragtning, fører til et priseniveau på »hovedsegmentet«, nemlig det relevante marked, der er lavere end den pris, der er resultatet, hvis man alene tager sidstnævnte segment i betragtning, forholder det sig ikke desto mindre således, at CVK selv under disse omstændigheder først og fremmest fastsætter sine priser i forhold til sin stilling på hovedsegmentet, nemlig det relevante marked.

245 Det skal tilføjes, at sagsøgeren i sin replik, idet selskabet har begrænset sig til de generelle betragtninger, som allerede var fremsat i stævningen, ikke for alvor har bestridt de begrundelser, som Kommissionen har fremsat i sine processkrifter, og som er citeret i præmis 189 ovenfor, hvorved Kommissionen har retfærdiggjort den manglende henvisning til professorerne von Wieszäcker og Elberfelds undersøgelse i begrundelsen for den anfægtede beslutning.

246 Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at analysen af den femte faktor vedrørende manglende begrænsning af CVK's handlefrihed på markedet for materialer til konstruktion af bærende vægge på grund af konkurrencevilkårene på det tilstødende marked for materialer til bygning af ikke-bærende vægge er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

— Faktoren vedrørende tilstedeværelsen af en strukturel forbindelse mellem CVK og sagsøgeren, der giver dem en mærkbart større handlefrihed end den, der er deres konkurrenter til del vedrørende både udbud og distribution af byggematerialer til konstruktion af bærende vægge

247 Det bemærkes, at Kommissionen i betragtning 105 til den anfægtede beslutning har skønnet, at CVK's dominerende stilling er kendetegnet ved virksomhedens strukturelle forbindelse med sagsøgeren, der er den virksomhed, der har grundlagt og kontrollerer CVK. For det første for så vidt angår det relevante marked, anfører den anfægtede beslutning i betragtning 106, at når henses til den omstændighed, at sagsøgeren udbyder in-situ beton og præfabrikerede betonelementer, kan denne sammen med CVK, i henhold til den foretagne markedsafgrænsning, tilbyde to eller tre af de vigtigste byggematerialer til bærende vægge. Kommissionen har vurderet, at denne situation gav disse virksomheder en handlefrihed, der var bredere end deres konkurrenters. For det andet for så vidt angår det tilgrænsende marked for handel med byggematerialer har Kommissionen i betragtning 107 til den anfægtede beslutning præciseret, at sagsøgeren var en af de største grossister i Nederlandene, og at sagsøgeren ifølge visse grossister af CVK blev bedre stillet end uafhængige grossister.

248 Det bemærkes ligeledes, at sagsøgeren bestrider at have kontrollen over CVK og gør gældende ikke at have en stærk stilling på det relevante marked, idet sagsøgerens markedsandel blot udgør [2-5]%. Sagsøgeren anfører endvidere, at for så vidt angår virksomhedens distributionsaktiviteter inden for byggematerialer, udgør dennes markedsandel ikke mere end [0-2]%, at sagsøgeren ikke er begunstiget af nogen

fortrinsbehandling fra CVK's side og at, selv om dette skulle være tilfældet, tredjemandserklæringerne ikke har en sådan karakter, at de kan føre til en formodning for tilstedeværelsen af en dominerende stilling i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i forordning nr. 4064/89.

249 Disse anbringender bør forkastes.

250 For det første bør sagsøgerens argument, hvorefter virksomheden ikke har kontrol med CVK, af de grunde, som er anført i forbindelse med gennemgangen af det første anbringendes første led, forkastes. Det skal tilføjes, at intet er til hinder for, at Kommissionen tager den strukturelle forbindelse mellem sagsøgeren og CVK i betragtning som et forhold, der viser, og i et vist omfang forstærker, CVK's økonomiske magtposition. For så vidt som sagsøgeren er til stede på den fælles virksomheds marked såvel som på det efterfølgende markedsled for engrosdistribution, kan den omstændighed, at sagsøgeren kontrollerer den fælles virksomhed, begunstige CVK med en yderligere økonomisk magtposition, der nødvendigvis følger af den samordning, der finder sted mellem disse to virksomheder på markedet. Det er ikke i strid med bestemmelserne i forordning nr. 4064/89 at undersøge de eventuelle vertikale samordningsaspekter mellem den fælles virksomhed og det ene eller det andet moderselskab, der er en følge af en fusion, uden at der dermed i øvrigt tages stilling til spørgsmålet om den fælles virksomheds uafhængighed.

251 Hvad dernæst angår sagsøgerens påståede stærke stilling på det relevante marked, som er fastslået i den anfægtede beslutning, foretager sagsøgeren en fejlfortolkning af betragtning 106 til den anfægtede beslutning. Den anfægtede beslutning begrænser sig til at konstatere, at sagsøgeren har en stærk stilling i segmentet for mindre elementer, som hovedsagelig anvendes inden for boligbyggeri, og ikke på det relevante marked i almindelighed. I alle tilfælde tillod den omstændighed, at sagsøgeren havde en markedsandel på [2-5]% på det relevante marked, takket være sagsøgerens udbud af præfabrikerede betonelementer og in-situ beton, mens CVK's nærmeste konkurrent blot havde en markedsandel på omkring [2-5]%, Kommissionen, uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn, at nå til den konklusion, at CVK

og sagsøgeren kunne tilbyde en række produkter — inden for den foretagne definition af det relevante marked — som ingen af deres konkurrenter var i stand til at tilbyde.

252 Endelig for så vidt angår sagsøgerens tilstedeværelse på markedet for engros-distribution af byggematerialer, som selskabet ikke bestrider, kan det, idet det modsatte ikke er påvist, udledes, at denne tilstedeværelse giver CVK mulighed for at drage fordel af moderselskabets distributionsnet, og dermed i øvrigt dette nets størrelse og stilling på markedet, navnlig hvis parternes konkurrenter ikke selv har fordel af at være vertikalt integreret. På Rettens spørgsmål vedrørende dette sidste spørgsmål svarede Kommissionen under retsmødet, uden at blive modsagt af sagsøgeren, at ifølge sagsakterne havde kun en producent af teglsten en sådan fordel. Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at denne omstændighed ikke har egentlig betydning set under en konkurrencemæssig synsvinkel, navnlig fordi, når henses til markedets struktur, teglsten, der blot repræsenterer omkring [2-5]% af alle de materialer, der benyttes til konstruktion af bærende vægge i Nederlandene, er et helt underordnet materiale på det relevante marked. Derfor er Kommissionens vurdering af sagsøgerens distributionsnets styrke og den forskelsbehandling, som den begunstiges af fra CVK's side, usvækket. Under alle omstændigheder, selv hvis det lægges til grund, at denne vurdering var fejlbehæftet, ville dette ikke kunne medføre, at beslutningen måtte annulleres, da en sådan vurdering alene har underordnet karakter.

253 Det bemærkes desuden angående de af sagsøgeren anførte kritikpunkter vedrørende den anfægtede beslutnings utilstrækkelige begrundelse, idet den fraveg NMa's konklusion (jf. præmis 176), for det første, at det følger af Rettens konklusion vedrørende første anbringende, at de den 9. august 1999 gennemførte transaktioner udgjorde en enkelt fusion, der henhører under Kommissionens eksklusive kompetence, og for det andet, at den ovenstående gennemgang af de faktorer, der er lagt til grund i den anfægtede beslutning, bekræfter, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den konstaterede, at CVK havde en dominerende stilling på det relevante marked. Det følger heraf, at Kommissionen, i modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, ikke var nødsaget til at anføre de

nærmere grunde til, at den i givet fald ikke delte NMa's vurdering, der hævdes at være anderledes.

254 På grundlag af alle disse betragtninger bør det konstateres, at Kommissionen med rette antog, at CVK havde en dominerende stilling på det relevante marked.

255 Det andet anbringendes første led bør derfor forkastes.

Det andet anbringendes andet led om manglende godtgørelse af årsagsforbindelse mellem fusionen og skabelsen af den dominerende stilling

Parternes argumenter

256 Sagsøgeren gør for det første gældende, at selv hvis det lægges til grund, således som det er Kommissionens opfattelse, at RAG-transaktionen udgør en fusion, er dette en særskilt fusion i forhold til pooling-aftalen, som anmeldtes til NMa, hvorved CVK overtog kontrollen med sine medlemsvirksomheder og åbenbart ikke medførte skabelsen af en dominerende stilling. Ifølge sagsøgeren indebærer RAG-transaktionen blot en strukturændring for så vidt angår kontrollen med CVK uden at have indvirkning på denne virksomheds stilling på markedet.

257 Sagsøgeren gør for det andet gældende, at Kommissionen i modsætning til, hvad den i medfør af artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 er forpligtet til, ikke har godtgjort, at der foreligger en årsagsforbindelse mellem den omhandlede fusion og

skabelsen eller styrkelsen af den dominerende stilling. Ifølge sagsøgeren udøvede CVK, selv før RAG-transaktionen, i sin egenskab af andelsvirksomhed i henhold til nederlandsk ret sine aktiviteter som en selvstændig økonomisk enhed og vedtog strategiske beslutninger, der havde betydning for dens medlemsvirksomheder, ikke blot for så vidt angår markedsføring af kalksandstensprodukter, men også fastsættelse af priser, salgsbetingelser, produktion og indkøb.

258 I modsætning til, hvad der anføres i den anfægtede beslutning, er det sagsøgerens opfattelse, at den omstændighed, at det er enklere at opløse de økonomiske forbindelser, der findes inden for en fælles distributionsstruktur, end dem, der findes inden for rammerne af en fælles virksomhed, der omfatter flere funktioner, ikke er en relevant omstændighed for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt fusionen medførte skabelsen af en dominerende stilling. Derimod skal Kommissionen ifølge sagsøgeren påvise en årsagsforbindelse mellem fusionen og skabelsen af den dominerende stilling. Sagsøgeren bemærker, at den anfægtede beslutning i denne sag ikke rummer nogen analyse af CVK's markedsandel, hverken forud for eller efter RAG-transaktionen. Ifølge sagsøgeren ville en sådan analyse, såfremt Kommissionen havde foretaget den, have vist, at denne fusion ikke ville have nogen indvirkning på CVK's markedsandel, således som sammenligningen af NMa's beslutning af 20. oktober 1998 og den anfægtede beslutning viser.

259 Endelig bemærker sagsøgeren, at de i den anfægtede beslutning anførte grunde til, at det var en følge af RAG-transaktionen, at sagsøgerens markedsandel på markedet for engrosdistribution af materialer til vægkonstruktion måtte henregnes til CVK, ikke er klare. Ifølge sagsøgerens opfattelse ville en lignende vurdering lige så vel kunne have være foretaget forud for overdragelsen af kapitalandelene. Det er under alle omstændigheder sagsøgerens opfattelse, at henregnelsen af sagsøgerens markedsandele på markedet for engrosdistribution af materialer til vægkonstruktion til CVK ikke kan medføre skabelsen af en dominerende stilling.

260 Sagsøgeren gør for det tredje gældende, at Kommissionen ikke har fremlagt yderligere beviser for, at RAG-transaktionen ville medføre skabelsen af en dominerende stilling.

261 For det første bestrider sagsøgeren, at de i betragtning 117 til den anfægtede beslutning beskrevne prisstigninger vedrørende kalksandsten kan være udtryk for skabelsen af en dominerende stilling. På linje med den holdning, som blev forsvaret af CVK under høringen den 16. maj 2002, gør sagsøgeren gældende, at disse prisstigninger skyldes stigningen i omkostninger og er en følge af almindelige prisudsving og ikke af ændringen af markedets struktur som følge af RAG-transaktionen. Sagsøgeren bemærker i øvrigt, at de tidsrum, der er taget i betragtning i den anfægtede beslutning, alle ligger efter RAG-transaktionen, uden at Kommissionen har forsøgt at sammenligne priser fra før og efter denne fusion med henblik på at afklare den egentlige virkning, som denne fusion kunne give anledning til, på de af CVK anvendte priser. Sagsøgeren tilføjer i sin replik, at de i den anfægtede beslutning medtagne erklæringer fra konkurrenter og købere, hvorefter priserne på CVK's produkter steg usædvanligt meget fra 1999, ikke er afgørende, eftersom Kommissionens sagsakter henviser til adskillige erklæringer fra aktører, der går i den modsatte retning.

262 Sagsøgeren fastholder herefter, at de i betragtning 119-121 til den anfægtede beslutning anførte erklæringer fra aktører og kunder vedrørende CVK's adfærd lige så lidt som RAG-transaktionen vidner om skabelsen af en dominerende stilling. Ligeledes er ifølge sagsøgeren erklæringerne fra aktørerne vedrørende Haniels adfærd, som er nævnt i betragtning 120 til den anfægtede beslutning, uden relevans, idet de, selv om de vedrører en aktionær i visse af CVK's medlemsvirksomheder, omhandler en tredjemand i forhold til den dominerende stilling. Eftersom RAG-transaktionen endvidere ikke indebar en forøgelse af CVK's markedsandel, bestrider sagsøgeren Kommissionens konklusion, hvorefter CVK havde en større frihed til at handle uafhængigt af sine konkurrenter og sine kunder efter denne fusion.

263 Det er endelig sagsøgerens opfattelse, at henvisningen til behandlingen af en kartelsag for NMa, der er anført i betragtning 125 til den anfægtede beslutning, ligeledes er et forhold, der ikke har relevans for at afgøre, hvorvidt RAG-transaktionen medførte skabelsen af en dominerende stilling. Sagsøgeren bemærker, at denne henvisning i øvrigt er vanskeligt forenelig med den generelle holdning, Kommissionen har indtaget, hvorefter det er dennes vurdering, at den ikke er bundet af beslutninger vedtaget af andre myndigheder i henhold til andre retsregler.

264 Efter at have gentaget indholdet af de relevante dele af den anfægtede beslutnings begrundelse, bestrider Kommissionen alle sagsøgerens argumenter.

265 Det er for det første Kommissionens opfattelse, at såfremt sagsøgerens udtalelse, hvorefter CVK allerede udøvede sine aktiviteter på det relevante marked som en særskilt økonomisk enhed forud for fusionen, var korrekt, ville dette ophæve den effektive virkning af den med den efterfølgende fusion opnåede kontrol. Dette ville ifølge Kommissionen betyde, at når uafhængige virksomheder, der udgør en del af en fælles distributionsstruktur, reorganiserer deres aktiviteter i en selvstændigt fungerende virksomhed, medfører dette ikke skabelsen af en dominerende stilling. Kommissionen gør gældende, at ændringen af en fælles distributionsstruktur til en fælles selvstændigt fungerende virksomhed udgør en strukturel ændring på markedet, der kan indebære skabelsen af en dominerende stilling og således principielt er underlagt fusionskontrollen.

266 I det foreliggende tilfælde bemærker Kommissionen, at efter fusionen bestemmer CVK retningen for 11 medlemsvirksomheder i forhold til hele den nederlandske kalksandstenssektor, hvilket gør det muligt for CVK på centraliseret vis at indrette alle konkurrenceparametre mod at maksimere den fælles virksomheds indtægter, idet den omfatter betydeligt flere funktioner end dem, den udøvede i forbindelse med afsætning af produkter forud for fusionen. Kommissionen bemærker også, at sagsøgerens anbringender, hvorefter CVK før fusionen navnlig omfattede produktions- og købefunktioner, er upræcise og ikke blev gjort gældende i forbindelse med den administrative procedure. I øvrigt noterer Kommissionen, at sagsøgeren ikke forklarer hvorfor, hvis — som sagsøgeren gør gældende — CVK allerede udgjorde en »særskilt økonomisk enhed« forud for fusionen, det var nødvendigt, at sagsøgeren indgik en samarbejdsaftale med Haniel, og at parterne indledte en anmeldelsesprocedure for NMa. Kommissionen bemærker, at forskellen for så vidt angår stabilitet mellem den fælles virksomhed og en distributionsstruktur er en relevant faktor, der viser, at markedet påvirkedes af en varig strukturel forandring.

267 For det andet, for så vidt angår årsagsforbindelsen, forkaster Kommissionen sagsøgerens argument, hvorefter den ikke skulle have analyseret markedsandelene før og efter RAG-transaktionen. Kommissionen bemærker, at denne transaktion ikke var adskilt fra fusionen, og at CVK ikke havde nogen markedsandel før fusionen. I denne forbindelse fremhæver Kommissionen, at den af NMa beregnede markedsandel i beslutningen af 20. oktober 1998, hvortil sagsøgeren henviser, udgjorde de samlede markedsandele tilhørende uafhængige virksomheder før nogen fusion. Endvidere kan henregningen af sagsøgerens markedsandele på markedet for engrosdistribution af byggematerialer til CVK ifølge Kommissionen forklares ved den omstændighed, at sagsøgeren, på grund af sin i fællesskab med Haniel udøvede kontrol over CVK, ikke kan betragtes som en aktør, der konkurrerer med CVK.

268 For det tredje vedrørende fremlæggelsen af »yderligere beviser« for at godtgøre tilstedeværelsen af en årsagsforbindelse mellem fusionen og skabelsen af en dominerende stilling bemærker Kommissionen helt generelt, at fusionen allerede var blevet gennemført på tidspunktet for den anfægtede beslutnings vedtagelse, hvilket forklarer, at Kommissionen i betragtning 117-121 til den anfægtede beslutning måtte foretage en ex post analyse, der bekræftede, at fusionen medførte skabelsen af en dominerende stilling. Derudover bestrider Kommissionen de øvrige argumenter, sagsøgeren har fremført.

Rettens bemærkninger

269 Det bemærkes indledningsvis, at det følger af artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, at såfremt en fusion ikke medfører, at der skabes eller styrkes en dominerende stilling, der påvirker konkurrencesituationen på det relevante marked væsentligt, skal den således erklæres forenelig med fællesmarkedet (Kali og Salzdommen, nævnt ovenfor i præmis 196, præmis 109 og 110).

270 Det skal således i denne sag undersøges, hvorvidt fusionen, der blev gennemført den 9. august 1999, er årsagen til den dominerende stilling, der undersøgtes i forbindelse med dette anbringendes første led. I modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, skal Rettens prøvelse ikke blot omfatte forbindelsen mellem CVK's dominerende stilling og RAG-transaktionen, fordi, som det er fastslået i forbindelse med gennemgangen af det første anbringendes andet led, den første og anden gruppe transaktioner, der er nævnt ovenfor i præmis 8, har enhedsmæssig karakter, idet de udgør en enkelt fusion. Det bemærkes endvidere, at i det omfang, gennemgangen af nærværende anbringendes første led har medført, at Retten har konstateret, at CVK har en dominerende stilling på det relevante marked, ville udelukkelsen af en årsagsforbindelse mellem etableringen af denne dominerende stilling og fusionen, således som sagsøgeren gør gældende, logisk set kun kunne være mulig, hvis en eventuel dominerende stilling allerede havde eksisteret ved gennemførelsen af fusionen den 9. august 1999.

271 Det bemærkes herefter, at Kommissionen i betragtning 110-115 til den anfægtede beslutning har udelukket, såvel at CVK individuelt havde en dominerende stilling, som at de tre koncerner, der producerer kalksten — dvs. de producenter, som sagsøgeren kontrollerede, dem, som Haniel kontrollerede helt, og dem, i hvilke RAG besad kapitalandele — kollektivt havde en dominerende stilling forud for fusionen af 9. august 1999, idet der henvises til de tre koncerners markedsandele på det relevante marked. Det skal i øvrigt fremhæves, at Kommissionen i betragtning 116-125 til den anfægtede beslutning har identificeret visse faktorer, der bekræfter årsagsforbindelsen mellem fusionen og CVK's dominerende stilling.

272 For det første for så vidt angår sagsøgerens anbringender vedrørende CVK's individuelle dominerende stilling forud for fusionen bør de anbringender, som sagsøgeren fremfører vedrørende dels den manglende undersøgelse af CVK's markedsandel forud for fusionen, dels den navnlig i betragtning 113 og 114 til den anfægtede beslutning anførte afvisning fra Kommissionens side af at betragte CVK som en selvstændig økonomisk enhed forud for fusionen, forkastes.

273 Vedrørende det første punkt er det tilstrækkeligt at bemærke, at den ovennævnte manglende undersøgelse skyldes den omstændighed, at spørgsmålet om opgørelsen af CVK's markedsandel er betinget af det ved det andet punkt rejste spørgsmål, nemlig om denne enhed forud for fusionen måtte anses for at være en fuldt ud aktiv fælles virksomhed i henhold til forordning nr. 4064/89 og ikke blot som et middel for virksomhedens medlemmer til samarbejde om salg af kalksandsten i Nederlandene, hvilket ville være en situation, hvor markedsandelene måtte opgøres for de koncerner, hvori CVK's medlemmer indgik.

274 Det bemærkes vedrørende det andet punkt, således som det fremgår af pooling-aftalen, indgået den 9. august 1999, at »parterne udgør en samlet økonomisk enhed under CVK's ledelse, der har til formål at fremstille og sælge kalksandstensprodukter og alt det, der i bred forstand kan bidrage hertil« (betragtning B til pooling-aftalen). Det følger af denne aftales artikel 1, at administrationen er samlet hos CVK under styrelsesrådets ledelse, der forestår »administrationen af CVK og fabrikker i den forstand, at for så vidt angår al fremstilling og alt salg af [...] kalksandsten og alt det, som i bred forstand kan bidrage hertil, har styrelsesrådet til opgave efter eget skøn at forestå den centrale administration af CVK og fabrikker, idet styrelsesrådet tager hensyn til CVK's og medlemmernes interesser«. Ifølge samme bestemmelse omfatter styrelsesrådets opgaver også eventuel instruktion af CVK's medlemsvirksomheder om bl.a. produktudvikling, markedsføring og salg, køb, investeringer og afståelser, bestillinger, værdiansættelse af sand og personale. Endvidere deles ifølge aftalens artikel 5 og artikel 6 medlemsvirksomhedernes gevinster og tab.

275 Det fremgår derimod ikke af sagen, at en sådan økonomisk enhed forelå forud for fusionen af 9. august 1999. Før fusionen havde CVK en struktur, der indbefattede fælles distribution af CVK-medlemmernes produktionen af kalksandsten i Nederlandene, men ikke i øvrigt omfattede udøvelsen af nogen anden økonomisk aktivitet. Før fusionen kunne CVK således af Kommissionen sammenlignes med en salgsorganisation, hvis overskud tilgik dens medlemmer. Selv om sagsøgeren i sin

replik gør gældende, at CVK også på dette tidspunkt udøvede funktioner vedrørende fremstilling af kalksandsten, mangler denne at godtgøre, at dette faktisk var tilfældet.

276 Det er ganske vidst ikke generelt udelukket, at en fælles distributionsstruktur eventuelt kan tage form som en selvstændigt fungerende virksomhed, hvis de varer eller tjenesteydelser, virksomheden distribuerer, hos denne virksomhed undergår en stærk værditilvækst, eller hvis virksomheden opererer som en egentlig markedsaktør, idet den i mærkbart omfang forsyner sig hos andre leverandører i konkurrence med dens egne medlemsvirksomheder.

277 Det er imidlertid ikke, hvad sagsøgeren gør gældende i denne sag.

278 Sagsøgeren bestrider alene, at den fælles distributionsstruktur, som angivet i betragtning 114 til den anfægtede beslutning, skulle have mindre varig karakter sammenlignet med en fælles virksomhed, der er »selvstændigt fungerende«. Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at vurderingen i ovennævnte betragtning 114, der indledes med det adverbelle udtryk »[d]esuden«, alene er indføjet som en overflødig tilføjelse. Derudover mangler sagsøgeren at afkræfte Kommissionens vurdering, hvorefter det var en følge af fusionen, at CVK blev en selvstændigt fungerende virksomhed med ansvar for forskellige virksomhedsfunktioner fra de tidligere adskilte virksomheder, hvilken omstændighed påvirkede denne nye enheds markedsandele og dermed virksomhedens eventuelle dominerende stilling på det relevante marked.

279 Hvad for det andet angår spørgsmålet om, at de tre koncerner, der fremstiller kalksandsten, ikke havde en kollektivt dominerende stilling, er det tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren ikke har gjort gældende, at de tre koncerner havde en sådan

stilling. Det skal tilføjes, at oplysningerne i sagsakterne, navnlig de markedsandele, der tilskrives de tre koncerner forud for fusionen, nemlig henholdsvis [20-30]% til Haniel og sagsøgeren og [5-10]% til RAG, ikke i sig selv tillader, at det konkluderes, at der forelå en dominerende stilling forud for fusionen af 9. august 1999.

280 Hvad for det tredje angår de faktorer, der bekræfter, at der er en årsagsforbindelse mellem fusionen af 9. august 1999 og CVK's dominerende stilling, er det Rettens opfattelse, at selv hvis Kommissionen med rette kan tage hensyn til sådanne faktorer i en situation som den foreliggende, hvor fusionen allerede er gennemført på tidspunktet for den anfægtede beslutnings vedtagelse, er disse faktorer ikke en pr. definition strengt nødvendig forudsætning for den konklusion, som sagsøgeren anfægter, hvorefter CVK's dominerende stilling er en følge af fusionen af 9. august 1999. Det følger heraf, at selv hvis det lægges til grund, at sagsøgerens argumenter er velbegrundede, kan disse ikke afkræfte den vurdering, der følger af de ovennævnte præmisser.

281 Under alle omstændigheder skal det for så vidt angår navnlig den i betragtning 177 til den anfægtede beslutning beskrevne analyse af CVK's holdning til prisforhold efter fusionen bemærkes, at sagsøgeren ikke ved hjælp af præcise og samstemmende indicier har godtgjort, at denne analyse er åbenbart fejlagtig.

282 Sagsøgeren har nærmere bestemt hverken bestridt den faktiske eksistens af de prisforhøjelser, CVK foretog efter fusionens gennemførelse ([5-10]% i 2001 og [5-10]% i 2002), eller de bemærkninger, som Kommissionen har gjort i sine processkrifter, hvorefter dens oplysninger om prisudviklingen siden 1997 var baseret på en metodologisk undersøgelse i forhold til samtlige producenter og 18 distributører af byggematerialer til vægkonstruktion, der således forklarer, at niveauet for prisforhøjelser for årene 1999 og 2000 (0-5 %) var eksempler, der afspejlede det tidsrum, der lå forud for den dato, fra hvilken de faktiske virkninger af fusionen blev mærkbare på markedet. Sagsøgeren har heller ikke bestridt, at der var overkapacitet i segmentet for kalksandsten, eller at efterspørgslen efter bygge-

materialer til vægkonstruktion nærmest er faldet i den referenceperiode, Kommissionen har valgt. Under disse omstændigheder forekommer sagsøgerens uunderbyggede anbringende, hvorefter prisforhøjelsen alene burde tilskrives forhøjelsen af produktionsomkostningerne og den almindelige prisudvikling, mindre sandsynlig, da det efter fusionens gennemførelse ville være mere tænkeligt, at et fald i efterspørgslen og tilstedeværelsen af overkapacitet ville indebære et fald, eller i det mindste stabilitet, i prisen på kalksandsten.

283 I denne forbindelse er sagsøgerens kritik, der vedrører relevansen af de af Kommissionen indsamlede erklæringer fra markedsaktørerne vedrørende niveauet — stabilt eller faldende — for priser på andre byggematerialer mellem 1999 og 2002, ikke antagelig. Det følger bl.a. af erklæringen af februar 2002 fra distributøren Stenncentrum Utrecht, som er indeholdt i Kommissionens sagsakter og gjort gældende af sagsøgeren i selskabets processkrifter til støtte for sin tese, hvorefter de af CVK anvendte priser på kalksandsten ikke var steget, eller at priserne på andre byggematerialer omvendt var steget, at »de af visse stenproducenter anvendte priser var faldet med [20-30]%, når henses til markedsmekanismerne«, at »det samme forekom i sektoren for in-situ beton«, mens »CVK, der var den eneste leverandør af kalksandsten, ikke led under dette handicap og hævdede sine priser væsentligt i 2001 og 2002«. Denne erklæring støtter således på ingen måde sagsøgerens anbringender.

284 I øvrigt mangler sagsøgeren ligeledes at forklare grundene til, at de af Raab Karcher — under Kommissionens høring den 16. maj 2002 — fremsatte forklaringer, hvorefter prisforhandlinger med producenterne af kalksandsten før fusionen endnu i visse tilfælde var mulige, mens disse virksomheder efter fusionen nægtede enhver individuel dialog med kunderne og henviste dem til CVK, skulle være urigtige.

285 Det følger heraf, at Kommissionens vurdering af CVK's adfærd med hensyn til prisforhold efter gennemførelsen af fusionen i tilstrækkelig grad bekræfter, at den omhandlede fusion skabte en dominerende stilling, der tillader denne virksomhed i vidt omfang at udvise en uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder. Det er således ikke nødvendigt at undersøge sagsøgerens øvrige anbringender.

286 Under disse omstændigheder var det ikke i strid med artikel 2 i forordning nr. 4064/89, at Kommissionen i betragtning 126 til den anfægtede beslutning konkluderede, at den omhandlede fusion har ført til skabelse af en dominerende stilling for CVK på det relevante marked, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf.

287 Følgelig bør det andet anbringendes andet led såvel som anbringendet i dets helhed forkastes.

3. Det tredje anbringende om tilsidesættelse af artikel 3 og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 samt proportionalitetsprincippet

Parternes argumenter

288 Sagsøgeren gør for det første gældende, at Kommissionen i henhold til forordning nr. 4064/89 ikke havde kompetence til at opstille supplerende betingelser til det af Haniel og sagsøgeren foreslåede udkast til tilsagn med henblik på at bringe disse virksomheders kontrol over CVK til ophør ved at tillade genkomsten af skiftende alliancemuligheder i CVK, idet den fusion, der skulle anmeldes i medfør af forordning nr. 4064/89, ophørte med at eksistere som følge af dette udkast. Ifølge

sagsøgeren stod Kommissionen efter udkastet til tilsagn ikke længere over for en fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i forordning nr. 4064/89, og måtte derfor i henhold til denne forordning ikke opstille supplerende betingelser, der har CVK's opløsning til følge, således som det fremgår af den anfægtede beslutning. Sagsøgeren bemærker i sin replik, at denne regel har samme gyldighed i en situation, hvor en fusion allerede er gennemført, som det er tilfældet i denne sag. Sagsøgeren fremhæver ligeledes, i modsætning til, hvad Kommissionen gør gældende, at den omstændighed, at CVK på trods af de første tilsagn stadig havde en dominerende stilling på det relevante marked, ikke er relevant. Ifølge sagsøgeren medfører forordning nr. 4064/89 kun pligt til at vedtage retligt forpligtende beslutninger for så vidt angår fusioner, der har fællesskabsdimension, og giver ikke Kommissionen kompetence til at fastsætte foranstaltninger med henblik på ophør af enhver virksomhed, der hævdes at have en dominerende stilling. Derfor overskred Kommissionen ifølge sagsøgeren sin kompetence, når den opstillede supplerende betingelser til det oprindelige udkast til tilsagn, hvilket strider mod artikel 3 og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89.

289 Sagsøgeren er for det andet af den opfattelse, at Kommissionen ved at opstille betingelser, der har CVK's opløsning til følge, hvilket går videre end en genetablering af den situation, der forelå forud for fusionen, ligeledes har tilsidesat proportionalitetsprincippet. Ifølge sagsøgeren er Kommissionen i det omfang, hvor tilsagn svarer til de i forordning nr. 4064/89 fastsatte betingelser, forpligtet til at stille sig tilfreds med de mindst indgribende af de foreslåede tilsagn, hvilket Kommissionen i denne sag har undladt.

290 For så vidt angår spørgsmålet om sin kompetence medgiver Kommissionen indledningsvis, at hvis de parter, der har anmeldt en fusion, beslutter ikke at forfølge fusionen og trækker anmeldelsen tilbage, skal den ikke opstille betingelser.

291 Det er imidlertid Kommissionens opfattelse, at situationen i denne sag er en anden, idet den omhandlede fusion allerede er gennemført. I et sådant tilfælde er det Kommissionens vurdering, at den skal handle i medfør af artikel 8, stk. 4, i

forordning nr. 4064/89 med henblik på at opløse fusionen eller at genskabe den effektive konkurrence med andre passende forholdsregler. Kommissionen bemærker ligeledes, at fusionen i denne sag består af to transaktioner. Efter Kommissionens opfattelse er den omstændighed, at Haniel og sagsøgeren har opgivet at overtage den fælles kontrol med CVK, ikke tilstrækkelig til at genskabe den effektive konkurrence, eftersom CVK fortsat har en dominerende stilling på det relevante marked. Det er Kommissionens opfattelse, at hvis parterne påtog sig at bringe den fælles kontrol til ophør, ville Kommissionen ikke af den grund miste sin kompetence til at undersøge fusionen i henhold til forordning nr. 4064/89. Ifølge Kommissionen er dens kompetence alene bestemt i forhold til fusionen ved anmeldelsespligtens indtræden og ikke af fremsættelsen af et udkast til tilsagn. Kommissionen konkluderer, at den, under forbehold af opfyldelsen af de i bilaget til den anfægtede beslutning anførte betingelser, var forpligtet til at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet i forhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89.

- 292 Vedrørende den påståede tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet er det Kommissionens opfattelse, at den fuldt ud har efterlevet dette princip. Ifølge Kommissionen var den første række tilsagn helt enkelt ikke tilstrækkelige til at sikre en effektiv konkurrence på fællesmarkedet, for så vidt som CVK fortsat ville have en dominerende stilling på det relevante marked. Først med den anden række tilsagn ville denne situation blive afhjulpet.

Rettens bemærkninger

- 293 Det skal indledningsvis bemærkes, at artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 bestemmer:

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

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

[...]«

294 Det skal også fremhæves, at Kommissionen inden for rammerne af forordning nr. 4064/89 kun har kompetence til at acceptere tilsagn, der efter deres art er egnede til at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet. Med andre ord skal de tilsagn, der tilbydes af de deltagende parter, gøre det muligt for Kommissionen at konkludere, at den pågældende fusion ikke skaber eller styrker en dominerende stilling som omhandlet i denne forordnings artikel 2, stk. 2 (jf. dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 318).

295 I denne sag fremgår det herefter af betragtning 127 til den anfægtede beslutning og af punkt 13 i beslutningens bilag, at Kommissionen først afviste et udkast til tilsagn, hvorefter Haniel og sagsøgeren skulle annullere den samarbejdskontrakt, de havde indgået, og afhænde de kapitalandele i virksomhederne Anker, Vogelenzang og Van Herwaarden, som de havde købt som led i RAG-transaktionen, til en uafhængig tredjemand, mens pooling-aftalen og ændringen af CVK's vedtægter skulle opretholdes.

296 I betragtning 132 til den anfægtede beslutning har Kommissionen begrundet sit afslag på følgende måde:

»Det udkast til tilsagn, som parterne først afgav, er efter Kommissionens opfattelse ikke tilstrækkeligt til at løse konkurrenceproblemerne med hensyn til det omhandlede marked. Udkastet til tilsagn eliminerer nemlig kun Haniels og Cementbouws fælles kontrol med CVK uden samtidig at eliminere CVK's dominerende stilling, der er blevet skabt som følge af fusionen. Udkastet til tilsagn er baseret på den — ifølge bemærkningerne i denne beslutnings afsnit II urigtige — antagelse, at det kun er Haniels og Cementbouws erhvervelse af den fælles kontrol

med CVK, der skal omfattes af Kommissionens undersøgelse i den foreliggende sag, mens CVK's samtidige erhvervelse af kontrollen med sine medlemsvirksomheder på grundlag af NMa's beslutning af 20. oktober 1998 ikke henhører under Kommissionens kompetence.«

297 Kommissionen accepterede alligevel de endelige tilsagn, der fremgår af betragtning 129-131 til den anfægtede beslutning, idet den vurderede, at de var tilstrækkelige til at tillade den at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet.

298 Indholdet af disse tilsagn er som følger:

- Inden [*fortroligt*] efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning annullation af pooling-aftalen, ophævelse af ændringen af CVK's vedtægter og opløsning af CVK.
- Annullation af samarbejdskontrakten med øjeblikkelig virkning.
- Samtidig med pooling-aftalens ophævelse forpligtes sagsøgeren og Haniel til at bringe den fælles kontrol med virksomhederne Anker og Van Herwaarden til ophør i overensstemmelse med den fremgangsmåde, der er beskrevet i betragtning 129 til den anfægtede beslutning.
- Sagsøgeren og Haniel forpligtes til at bringe den fælles kontrol med virksomheden Vogelenzang til ophør i overensstemmelse med samme fremgangsmåde som for Anker og Van Herwaarden, hvis Vogelenzang genoptager sine aktiviteter.

- Sagsøgeren og Haniel forpligtes til [tilsagn vedrørende CVK's interne organisation]³.
- Udpegning af en administrator, som har til opgave at overvåge parternes overholdelse af tilsagnet.

²⁹⁹ Uden at bestride, at parterne bag anmeldelsen var i stand til at foreslå passende løsninger, der var egnede til at fjerne de »konkurrenceproblemer«, som Kommissionen havde identificeret i sin klagepunktsmeddelelse, gør sagsøgeren i realiteten gældende, at eftersom alene den anden gruppe transaktioner skulle anmeldes til Kommissionen i henhold til forordning nr. 4064/89, indebar det første udkast til tilsagn, der bestod i at ophæve den anden gruppe transaktioner og genetablere situationen fra før fusionen, en sådan ændring af fusionen, at denne ville ophøre med at eksistere. Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen under disse omstændigheder ikke længere havde kompetence til at pålægge parterne at foreslå andre tilsagn, herunder opløsningen af CVK, idet grundlaget for dens kompetence i henhold til forordning nr. 4064/89 var forsvundet. I denne forbindelse gør sagsøgeren gældende, at Kommissionen var forpligtet til at acceptere det første udkast til tilsagn, idet de var tilstrækkelige og mindre indgribende end de endelige tilsagn. Det er således sagsøgerens opfattelse, at Kommissionen har tilsidesat proportionalitetsprincippet.

³⁰⁰ Denne argumentation bør imidlertid forkastes.

³⁰¹ Det bemærkes for det første, at sagsøgerens anbringender atter bygger på et urigtigt udgangspunkt, der af Retten er blevet forkastet i forbindelse med gennemgangen af det første anbringendes andet led. Der foreligger således kun en enkelt fusion, der

3 — Fortrolige oplysninger udeladt.

blev gennemført den 9. august 1999, som består af første og anden gruppe transaktioner, der henhører under Kommissionens kompetence i henhold til forordning nr. 4064/89. I modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, ændrer det første udkast til tilsagn derfor ikke fusionen på en sådan måde, at den ophører med at eksistere.

302 Argumentet vedrørende Kommissionens manglende kompetence bør derfor forkastes.

303 For det andet må den samme konklusion drages vedrørende anbringendet om, at det første udkast til tilsagn angiveligt skulle være af forholdsmæssig karakter, og at de af Kommissionen accepterede endelige tilsagn havde uforholdsmæssig karakter, navnlig tilsagnet vedrørende opløsning af CVK inden for en frist på *[fortroligt]* regnet fra den anfægtede beslutnings vedtagelse, hvilken betingelse erklæringen om forenelighed er underlagt.

304 Det bemærkes dels, at sagsøgeren ikke har forklaret, hvorledes det første udkast til tilsagn, som fremgår af præmis 295 ovenfor, kunne have givet Kommissionen mulighed for at finde fusionen forenelig, når det er ubestridt, at CVK's dominerende stilling, som var en følge af den fusion, der gennemførtes den 9. august 1999, ville forblive uændret i forhold til dette udkast til tilsagn. Navnlig ville CVK således, på trods af ophøret af den fælles kontrol med denne virksomhed, fortsat, ifølge afgrænsningen af markedet, have mindst [50-60]% af det relevante marked, uden at markedsandelene tilhørende virksomhedens væsentligste konkurrenter ville øges.

305 Således var Kommissionen, i modsætning til hvad sagsøgeren gør gældende, ikke forpligtet til at acceptere det første udkast til tilsagn i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, eftersom dette udkast ikke gjorde det muligt for Kommissionen at konkludere, at fusionen af 9. august 1999 ikke skabte en dominerende stilling i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i denne forordnings artikel 2, stk. 2.

- 306 Denne bedømmelse styrkes yderligere af ordlyden af betragtning 8 til forordning (EF) nr. 1310/97, hvortil sagsøgeren henviser i sine processkrifter, ifølge hvilken »Kommissionen kan erklære en fusion forenelig med fællesmarkedet i anden procedurefase på baggrund af tilsagn fra parterne, som er afpasset efter og i fuldt omfang vil eliminere konkurrenceproblemerne [...]«.
- 307 Således skal parternes tilsagn for at kunne blive accepteret af Kommissionen i forhold til vedtagelsen af en beslutning i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 ikke blot være proportionale med det af Kommissionen i sin beslutning identificerede konkurrenceproblem, men skal løse dette endeligt, hvilket mål i denne sag åbenbart ikke blev nået af det første udkast til tilsagn, som blev foreslået af de parter, der foretog anmeldelsen.
- 308 Dels for så vidt angår det endelige udkast, hvorefter parterne foreslog at opløse CVK inden for en frist på *[fortroligt]* regnet fra vedtagelsen af den anfægtede beslutning — det eneste tilsagn, parterne diskuterer i denne sag — bemærkes, at selv hvis det er korrekt, at dette tilsagn går videre end genetableringen af den situation, der forelå forud for fusionen, eftersom CVK ved udløbet af nævnte frist ville være ophørt med at eksistere, selv i sin tidligere form som salgsorganisation, står det ikke desto mindre tilbage, at de parter, der foretager en anmeldelse, ikke er begrænsede til at foreslå tilsagn, der udelukkende har til formål at genetablere den konkurrence-situation, der forelå forud for fusionen, for at give Kommissionen mulighed for at erklære denne fusion for forenelig med fællesmarkedet. Kommissionen er i medfør af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 bemyndiget til at acceptere alle sådanne af parternes tilsagn, der kan give den mulighed for at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet.
- 309 Det bemærkes i øvrigt, at Kommissionen, da den var præsenteret for endelige tilsagn fra de parter, der har indgivet anmeldelse, som gengivet i præmis 298 ovenfor, ikke havde noget råderum til at nægte enten at vedtage en beslutning, der erklærede fusionen uforenelig med fællesmarkedet i medfør af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, eller en beslutning, der erklærede fusionen forenelig med fællesmar-

kedet i medfør af denne forordnings artikel 8, stk. 2, men med tilføjelse af betingelser, fastsat ensidigt af Kommissionen, med henblik på genetablering af situationen, som den forelå forud for fusionen.

- 310 I det første tilfælde — vedrørende vedtagelsen af en negativ beslutning — ville Kommissionen ikke have taget hensyn til bestemmelsen i artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, der forpligter Kommissionen til at vedtage en beslutning, der erklærer fusionen forenelig med fællesmarkedet, hvis den, efter at virksomhederne i givet fald har foretaget ændringer, finder, at fusionen opfylder kriterierne i artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89.
- 311 I det andet tilfælde — vedrørende vedtagelsen af en positiv beslutning med tilføjelse af betingelser med henblik på genetablering af den tidligere situation — ville Kommissionen også være kommet i konflikt med ordlyden af artikel 8, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89, der alene fastslår, at Kommissionen kan betinge sin erklæring om en fusions forenelighed af vilkår, som den ensidigt fastsætter uafhængigt af de tilsagn, der er givet af de parter, der har foretaget anmeldelse.
- 312 Under disse omstændigheder kan sagsøgeren ikke med føje gøre gældende, at proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat. Når henses til sagens omstændigheder, kan alene de endelige tilsagn, som er underskrevet af de parter, der har foretaget anmeldelsen, tillade Kommissionen at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet i medfør af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89.
- 313 Denne konklusion svækkes ikke af sagsøgerens anbringende om, at de parter, der har foretaget anmeldelse, vilkårligt er blevet tvunget af Kommissionen til at foreslå at opløse CVK inden for en frist på *[fortroligt]* regnet fra den anfægtede beslutnings vedtagelse.

- 314 Det må ganske vist ved læsning af klagepunktsmeddelelsen og sagsøgerens svar herpå anerkendes, at Kommissionen har kunnet udøve nogen indflydelse på indholdet af de af parterne foreslåede og af Kommissionen endeligt i den anfægtede beslutning accepterede tilsagn. Klagepunktsmeddelelsen angiver, at Kommissionen var klar til i medfør af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 at vedtage forholdsregler, som vil kunne genoprette en effektiv konkurrence, iblandt hvilke opløsningen af CVK var foreslået, hvis parterne ikke selv fremsatte forslag til løsningsforanstaltninger.
- 315 Det er ligeledes korrekt, for så vidt angår Haniel, at forslaget om at opløse CVK kunne være begrundet i den omstændighed, at det kunne give Haniel mulighed for at få andele i virksomheden Ytong Netherlands, der er aktiv inden for fremstilling af porebeton, jf. betragtning 141, 142 og 151 til Kommissionens beslutning af 9. april 2002 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.2568 — Haniel/Ytong) (EUT 2003 L 111, s. 1).
- 316 Det er ikke desto mindre ubestridt, således som det fremgår af betragtning 138 til den anfægtede beslutning, at parterne havde underskrevet tilsagnet om opløsning af CVK inden for den ovennævnte frist, »fordi det var deres vurdering, at det i tilfælde af ophævelse af pooling-aftalen ikke var sandsynligt, at CVK kunne fortsætte med at fungere som fælles salgsorganisation«.
- 317 Hvad endvidere angår Kommissionens beslutning af 9. april 2002 (jf. præmis 315), der alene vedrører Haniel, fastsætter denne beslutning ikke nogen særlig fremgangsmåde vedrørende CVK's fremtidige struktur, således at betingelsen om afhændelse af Haniels andele i Ytong Netherlands ophæves. Denne beslutning angiver, at de af Haniel tiltrådte krav om afhændelse ville bortfalde, hvis CVK blev opløst, eller hvis ingen virksomheder, som Haniel direkte eller indirekte har kapitalandele i, længere har kapitalandele i CVK (betragtning 142). Betragtning 151 til beslutningen af 9. april 2002 tilføjer, at det ovennævnte tilsagn bortfalder, hvis CVK opløses. Det kan under alle omstændigheder ikke udledes af denne beslutning,

at den havde kunnet tvinge sagsøgeren til at foreslå de ovennævnte endelige tilsagn i denne sag, idet sagsøgeren ikke var omfattet af beslutningen af 9. april 2002.

318 Endelig forklarer sagsøgeren ikke, hvorledes fristen på *[fortroligt]* til at opløse CVK regnet fra den anfægtede beslutnings vedtagelse, som Kommissionen accepterede under hensyn til den omhandlede sags særlige omstændigheder, blev foreslået efter et vilkårligt pålæg fra Kommissionen og var uforholdsmæssig.

319 Det må således konstateres, at det ikke er godtgjort, at de parter, der foretog meddelelsen, er blevet vilkårligt pålagt af Kommissionen at foreslå løsningen bestående i CVK's opløsning inden for en frist på *[fortroligt]* regnet fra den anfægtede beslutnings vedtagelse. Det fremgår heller ikke af sagsakterne, at de nævnte parter er blevet vilkårligt pålagt at foreslå de andre løsninger, som er omfattet af deres endelige tilsagn med henblik på at genskabe effektiv konkurrence.

320 Under disse omstændigheder og i det omfang sagsøgeren ikke gør gældende, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at parternes endelige tilsagn, herunder opløsningen af CVK inden for en frist på *[fortroligt]* regnet fra den anfægtede beslutnings vedtagelse for at genskabe effektiv konkurrence, skal det bemærkes, at Kommissionen med rette har konkluderet, at disse tilsagn, såfremt parterne overholder dem, tillader den at erklære den omhandlede fusion forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen.

321 Det følger heraf, at det tredje anbringende bør forkastes, og at Kommissionen bør frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

³²² I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Udvidede Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Legal

Lindh

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Vadapalas

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 23. februar 2006.

E. Coulon

H. Legal

Justitssekretær

Afdelingsformand

Indhold

Twistens baggrund	II - 332
Retsforhandlinger og parternes påstande	II - 336
Retlige bemærkninger	II - 338
1. Det første anbringende om Kommissionens manglende kompetence til at undersøge de omhandlede transaktioner i henhold til artikel 3 i forordning nr. 4064/89	II - 338
Det første anbringendes første led vedrørende Kommissionens manglende kompetence til at undersøge RAG-transaktionen på grund af manglende ændring af kontrollen med CVK	II - 339
Parternes argumenter	II - 339
Rettens bemærkninger	II - 344
— Indledende bemærkninger	II - 344
— Sagsøgerens anbringender vedrørende eksistensen af en fælles kontrol over CVK forud for gennemførelsen af den anden gruppe transaktioner	II - 350
— Fælles kontrol over CVK, etableret af Haniel og sagsøgeren ved den anden gruppe transaktioner	II - 356
— Begrundelsens påståede utilstrækkelighed	II - 361
Det første anbringendes andet led om Kommissionens manglende kompetence til at kvalificere de to transaktioner som en fusion og den i denne sag manglende tilstedeværelse af en fusion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 4064/89	II - 363
Parternes argumenter	II - 363
Rettens bemærkninger	II - 366
— Kommissionens mulighed for i medfør af artikel 3 i forordning nr. 4064/89 at kvalificere flere transaktioner som en enkelt fusion.	II - 367
— De den 9. august 1999 foretagne transaktioners karakter som indbyrdes afhængige	II - 373

Det første anbringendes tredje led om Kommissionens manglende kompetence til at undersøge CVK's overtagelse af kontrollen med denne virksomheds medlemsvirksomheder som følge af NMa's godkendelse heraf	II - 382
Parternes argumenter	II - 382
Rettens bemærkninger	II - 383
2. Det andet anbringende om Kommissionens fejlskøn vedrørende skabelsen af en dominerende stilling ved fusionen i strid med artikel 2 i forordning nr. 4064/89	II - 386
Det andet anbringendes første led om fejlskøn foretaget af Kommissionen vedrørende, hvorvidt CVK har en dominerende stilling	II - 386
Parternes argumenter	II - 386
Rettens bemærkninger	II - 395
— Indledende bemærkninger	II - 395
— Elementet vedrørende fraværet af betydeligt konkurrencemæssigt pres mod CVK fra producenter af in-situ beton	II - 400
— Om faktoren vedrørende tilstedeværelsen af betydelige hindringer for adgangen til markedet	II - 404
— Om elementet vedrørende CVK's kunders manglende indkøbsstyrke	II - 409
— Faktoren vedrørende manglende begrænsning af CVK's handlefrihed på markedet for materialer til konstruktion af bærende vægge på grund af konkurrencevilkårene på det tilstødende marked for materialer til bygning af ikke-bærende vægge	II - 414
— Faktoren vedrørende tilstedeværelsen af en strukturel forbindelse mellem CVK og sagsøgeren, der giver dem en mærkbart større handlefrihed end den, der er deres konkurrenter til del vedrørende både udbud og distribution af byggematerialer til konstruktion af bærende vægge	II - 417
	II - 443

Det andet anbringendes andet led om manglende godtgørelse af årsagsforbindelse mellem fusionen og skabelsen af den dominerende stilling	II - 420
Parternes argumenter	II - 420
Rettens bemærkninger	II - 424
3. Det tredje anbringende om tilsidesættelse af artikel 3 og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 samt proportionalitetsprincippet	II - 430
Parternes argumenter	II - 430
Rettens bemærkninger	II - 432
Sagens omkostninger	II - 441