

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen i utökad sammansättning)
den 23 februari 2006 *

I mål T-282/02,

Cementbouw Handel & Industrie BV, med säte i Le Cruquius (Nederländerna),
företrädd av W. Knibbeler, O. Brouwer och P. Kreijger, advokater,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av A. Nijenhuis,
K. Wiedner och W. Mölls, därefter av A. Nijenhuis, É. Gippini Fournier och A.
Whelan, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2003/756/EG om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK)) (EUT L 282, 2003, s. 1, rättelse i EUT L 285, 2003, s. 52),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(fjärde avdelningen i utökad sammansättning),

sammansatt av ordföranden H. Legal, samt domarna P. Lindh, P. Mengozzi, I. Wyszniowska-Białecka och V. Vapalalas,

justitiesekreterare: byrådirektören K. Andová,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 6 juli 2005,

följande

Dom

Bakgrund

- 1 Den 24 januari 2002 anmälde företaget Franz Haniel & Cie GmbH (nedan kallat Haniel) och sökanden en företagskoncentration till kommissionen enligt artikel 4 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av

företagskoncentrationer (EGT L 395, 1989, s. 1, opublicerad, efter rättelser, i EGT L 257, 1990, s. 13, svensk specialutgåva, tillägg, s. 16), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 (EGT L 180, s. 1). Enligt denna underrättelse hade Haniel och sökanden år 1999 skaffat sig gemensam kontroll, i den mening som avses i artikel 3.1 b i förordning nr 4064/89, över det nederländska företaget Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Kalkzandsteenproducenten (nedan kallat CVK) och dess elva medlemsföretag genom avtal med och förvärv av andelar från det tyska företaget RAG AG (nedan kallat RAG).

- 2 Haniel är ett diversifierat tyskt holdingbolag. Haniel är verksam inom byggmaterialbranschen med tillverkning och marknadsföring av väggbyggnadsmaterial såsom kalksandsten, gasbetong och fabriksblandad betong. Haniel har större delen av sin verksamhet i Tyskland. Före den aktuella koncentrationen ägde Haniel andelar i olika företag som tillverkar kalksandsten och som är medlemmar i CVK.
- 3 Sökanden, som tidigare ingick i den nederländska koncernen NBM Amstelland BV, är verksam inom byggmaterialhandel, och även inom byggmarknaden, logistik och handel med råmaterial, i Nederländerna. När kommissionen antog sitt beslut 2003/756/EG om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK)) (nedan kallat det omtvistade beslutet) ägdes sökanden av CVC Capital Partners Group Ltd, som är investmentbolag.
- 4 CVK grundades år 1947 och var till en början en gemensam försäljningsorganisation för sina medlemmar, de nederländska tillverkarna av kalksandsten. År 1989 ombildades CVK till ett kooperativ enligt nederländsk rätt för att förbättra kalksandstenstillverkarnas samarbete.

- 5 Före företagskoncentrationen var fem av de elva företag som var medlemmar i CVK — Kalkzandsteenfabriek De Hazelaar BV (nedan kallat De Hazelaar), Kalkzandsteenindustrie Loevestein BV (nedan kallad Loevestein), Steenfabriek Boudewijn BV (nedan kallad Boudewijn), Kalkzandsteenfabriek Hoogdonk BV (nedan kallad Hoogdonk) och Kalkzandsteenfabriek Rijsbergen BV (nedan kallad Rijsbergen) — dotterbolag till Haniel. Tre kalkstensfabriker — Kalkzandsteenfabriek Harderwijk BV (nedan kallad Harderwijk), Kalkzandsteenfabriek Roelfsema BV (nedan kallad Roelfsema) och Kalkzandsteenfabriek Bergumermeer BV (nedan kallad Bergumermeer) — var dotterbolag till sökanden, och två tillverkare — Anker Kalkzandsteenfabriek BV (nedan kallad Anker) och Vogelenzang Fabriek van Bouwmaterialen BV (nedan kallad Vogelenzang) — var dotterbolag till RAG. En tillverkare, företaget Van Herwaarden Hillegom BV (nedan kallat Van Herwaarden), ägdes av Haniel ([konfidentiell procentsats]),¹ sökanden ([konfidentiell procentsats]) och RAG ([konfidentiell procentsats]) gemensamt.
- 6 År 1998 erhöll Nederlandse Mededingingsautoriteit (den nederländska konkurrensmyndigheten) (nedan kallad NMa) ett meddelande om ett koncentrationsprojekt genom vilket CVK hade för avsikt att ta kontroll över sina medlemsföretag. Kontrollen skulle överföras inom ramen för ett poolingavtal och en ändring i CVK:s stadgar. NMa beslutade den 23 april 1998 att inleda det så kallade fas 2-förfarandet. NMa avslutade genom beslut av den 20 oktober 1998 fas 2-förfarandet och godkände projektet i fråga.
- 7 Innan denna koncentration kunde genomföras beslutade RAG att sälja sina andelar i CVK:s medlemsföretag till Haniel och sökanden. I mars 1999 meddelade parterna sin avsikt till NMa. Myndigheten underrättade dem genom skrivelse av den 26 mars 1999 att den tänkta överlåtelsen inte utgjorde en företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 27 i Wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) (lag av den 22 maj 1997 om nya regler rörande ekonomisk konkurrens [konkurrenslagen]) (Stb. 1997, nr 242), i den del som den enligt beslutet av den 20 oktober 1998 tillåtna koncentrationen har genomförts senast i samband med denna överlåtelse.

1 — Konfidentiella uppgifter har strukits.

- 8 CVK och dess medlemsföretag ingick den 9 augusti 1999 det ovan i punkt 6 nämnda poolingavtalet. CVK:s stadgar ändrades samma dag för att beakta bestämmelserna i poolingavtalet (dessa handlingar betecknas nedan som den första gruppen av åtgärder). Samma dag överlät RAG även sina andelar i tre företag som är medlemmar i CVK (Anker, Vogelenzang och Van Herwaarden) till Haniel och till sökanden (nedan kallad RAG-transaktionen), vilka hade ingått ett avtal om hur de skulle samarbeta inom CVK (dessa två åtgärder, tillsammans, betecknas nedan som den andra gruppen av åtgärder).

- 9 Efter att ha fått kännedom om koncentrationen den 9 augusti 1999 i samband med en undersökning av två andra koncentrationer som Haniel hade anmält (ärendena COMP/M.2495 — Haniel/Fels, och COMP/M.2568 — Haniel/Ytong), meddelade kommissionen, genom skrivelse av den 22 oktober 2001, sökanden och fyra andra företag som deltog i koncentrationen att denna borde ha anmälts till kommissionen enligt artikel 4 i förordning nr 4064/89.

- 10 Såsom angetts i punkt 1 ovan anmälde Haniel och sökanden den 24 januari 2002 koncentrationen enligt artikel 4 i förordning nr 4064/89.

- 11 Kommissionen fattade med tillämpning av artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89 ett beslut i vilket det angavs att den anmälda koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden och med avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES-avtalet).

- 12 Den 25 april 2002 tillställde kommissionen de anmälade företagen ett meddelande om invändningar. Sökanden svarade på detsamma genom skrivelse av den 13 maj 2002.

- 13 Den 16 maj 2002 höll kommissionen en hearing med berörda parter.
- 14 Haniel och sökanden presenterade ett första förslag till åtagande den 28 maj 2002, vilket kommissionen ansåg vara otillräckligt för att reglera de konkurrensproblem som denna hade konstaterat, varefter de presenterade ett slutgiltigt åtagande den 5 juni 2002.
- 15 Den 26 juni 2002 antog kommissionen det omtvistade beslutet, i vilket den ansåg att den anmälda koncentrationen var förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (artikel 1 i det omtvistade beslutet), förutsatt att Haniel och sökanden helt fullgör sina åtaganden som anges i punkterna 27, 28, 32–35 och 40 i bilagan till nämnda beslut (artikel 2 i det omtvistade beslutet) och förutsatt att de helt fullgör övriga åtaganden i bilagan (artikel 3 i det omtvistade beslutet). Bland de åtaganden som avses i artikel 2 i det omtvistade beslutet återfinns att CVK skall upplösas inom [konfidentiell uppgift] från det att det omtvistade beslutet antogs. Det omtvistade beslutet, där sekretessbelagda uppgifter har strukits, offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 30 oktober 2003 (EUT L 282, 2003, s. 1, rättelse i EUT L 285, 2003, s. 52).

Förfarandet och parternas yrkanden

- 16 Sökanden har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 11 september 2002.

- 17 Med tillämpning av artikel 14 i förstainstansrättens rättegångsregler och på förslag av fjärde avdelningen beslutade förstainstansrätten, efter att ha hört parterna i enlighet med artikel 51 i rättegångsreglerna, att hänskjuta målet till avdelning i utökad sammansättning.
- 18 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (fjärde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade, som en åtgärd för processledning, parterna att skriftligen besvara vissa frågor och inge olika handlingar. Parterna efterkom denna begäran inom den föreskrivna fristen.
- 19 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 6 juli 2005.
- 20 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall
- ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och
 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.
- 21 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall
- ogilla talan, och
 - förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

22 Sökanden har i huvudsak anfört tre grunder till stöd för sin talan. Den första grunden rör att kommissionen saknade behörighet att pröva åtgärderna i fråga enligt artikel 3 i förordning nr 4064/89. Den andra grunden rör att kommissionen har gjort en oriktig bedömning att företagskoncentrationen lett till att en dominerande ställning har uppstått, med åsidosättande av artikel 2 i förordning nr 4064/89. Den tredje grunden, slutligen, rör åsidosättande av artikel 3 och artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 samt av proportionalitetsprincipen.

1. Den första grunden: Kommissionen saknade behörighet att pröva åtgärderna i fråga enligt artikel 3 i förordning nr 4064/89

23 Denna grund består av tre delgrunder. Den första delgrunden rör att kommissionen saknade behörighet att pröva RAG-transaktionen, eftersom inget har förändrats vad gäller kontrollen över CVK. Den andra delgrunden rör att kommissionen saknade behörighet att betrakta dessa två åtskilda åtgärder som en enda företagskoncentration och anse att det i förevarande fall rör sig om en företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89. Den tredje delgrunden rör att kommissionen saknade behörighet att pröva medlemsföretagens övertagande av kontrollen över CVK, eftersom NMa hade godkänt detsamma.

Den första grundens första del: Kommissionen saknade behörighet att pröva RAG-transaktionen, eftersom inget har förändrats vad gäller kontrollen över CVK

Parternas argument

- 24 Sökanden har hävdat att kommissionen saknade behörighet, enligt förordning nr 4064/89, att pröva RAG-transaktionen, eftersom denna inte ledde till att sökanden och Haniel gemensamt fick kontrollen över CVK.
- 25 För det första ifrågasätter sökanden påståendet i det omtvistade beslutet att det före RAG-transaktionen hade varit möjligt med förändringar vad avser majoritetsinflytandet bland CVK:s delägare.
- 26 Sökanden anser inledningsvis att detta påstående är överraskande eftersom ingen sådan möjlighet nämns i NMa:s beslut av den 23 april 1998 och av den 20 oktober 1998.
- 27 Sökanden är vidare förvånad över att det omtvistade beslutet inte innehåller någon analys vad gäller frågan om huruvida det konkret hade varit möjligt med en förändring vad avser majoritetsinflytandet bland CVK:s delägare före RAG-transaktionen. Kommissionen kan, enligt sökandens mening inte nöja sig med att, såsom den har gjort i det omtvistade beslutet, förklara att det hade skett en förändring vad gäller majoritetsinflytandet före denna åtgärd, utan att anföra minsta bevis för att det inte fanns delägare som hade starka gemensamma intressen eller att det saknades en stabil majoritet, enligt punkt 35 i kommissionens meddelande

rörande begreppet företagskoncentration, i den mening som avses i förordning nr 4064/89 (EGT C 66, 1998, s. 5). Enligt sökandens mening har kommissionen inte lyckats visa att ingen hade kontrollen över CVK före RAG-transaktionen. Sökanden har anmärkt att det ankom på kommissionen att bevisa att ingen hade kontrollen över CVK före RAG-transaktionen, med beaktande av att CVK:s delägare hade en stark intressegemenskap före denna åtgärd, särskilt till följd av poolingavtalet.

- 28 Sökanden anser för det andra att den vetorätt som denne, enligt det omtvistade beslutet, hade tillsammans med Haniel inte leder till en gemensam kontroll över CVK, vilket är en autonom ekonomisk enhet.
- 29 För det första har kommissionen, enligt sökandens mening, nöjt sig med att förutsätta att sökanden och Haniel hade vetorätt i CVK:s ledningsorgan.
- 30 Sökanden har således för det första hävdats att kommissionen inte har tagit hänsyn till de garantier som sökanden och Haniel gav till NMa när man anmälde det förslag till poolingavtal som senare godkändes genom beslutet av den 20 oktober 1998. Dessa garantier innebar bland annat att CVK:s styrelse uteslutande skulle bestå av representanter för CVK:s medlemmar eller oberoende personer och inte fick innehålla någon företrädare för bolag som ingår i en koncern som även moderbolaget eller en eller flera CVK-medlemmar ingår i. Vad gäller CVK:s styrelse, skulle denna främst innehålla oberoende medlemmar. Enligt sökanden garanterar dessa regler att varken sökanden eller Haniel kan påverka CVK:s beslut vad gäller affärsstrategi.
- 31 Sökanden har vidare hävdats att enligt den nederländska civillagen måste ledningsorganen i ett kooperativ som CVK fatta sina beslut uteslutande i företagets intresse

och inte i delägarnas intresse. Följaktligen hade enligt sökanden varken denne eller Haniel möjlighet att i rättsligt eller faktiskt avseende påverka CVK:s ledningsorgans beslut vad gäller dess affärsstrategi. Av detta följer, enligt sökanden, att beslutet av den 20 oktober 1998, i vilket de garantier som sökanden och Haniel hade erbjudit accepterades, ledde till att sökanden fick berättigade förväntningar, varvid det ankom på kommissionen att konkret visa att Haniel och sökanden hade möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över CVK:s beslut.

32 Sökanden ifrågasätter för det andra kommissionens slutsats i skäl 19 i det omtvistade beslutet, nämligen att samarbetsavtalet mellan sökanden och Haniel, omständigheten att tre kalksandstensföretag som var medlemmar i CVK hade lagts ned och omständigheten att vissa av Haniels handlingar för internt bruk visade att sökanden och Haniel tillsammans hade kontrollen över CVK. Vad avser samarbetsavtalet mellan Haniel och sökanden visar detta på att de uttalanden som citeras i det omtvistade beslutet endast rör användningen av [konfidentiell uppgift], vilket inte automatiskt inbegriper CVK:s strategibeslut. Vad avser omständigheten att tre av CVK:s medlemsföretag hade avvecklats, erinrar sökanden om att denne och Haniel inte hade ingått något sådant avtal och att det var CVK självt som efter det att poolingavtalet hade undertecknats, på grundval av dess egna kommersiella analyser, beslutade att avveckla dessa företag. Vad avser Haniels handlingar för internt bruk har sökanden hävdat att den, efter att ha fått tillstånd att ta del av dessa handlingar, vågar påstå att dessa inte visar huruvida det förelåg eller inte förelåg en gemensam kontroll enligt förordning nr 4064/89, utan rör Haniels subjektiva intressen, vilka saknar relevans i förevarande fall.

33 Sökanden anser för det tredje och slutligen att kommissionen i tre avseenden har åsidosatt sin skyldighet att ge en tillräcklig motivering till det omtvistade beslutet. För det första har kommissionen, vad avser påståendet att koalitioner inom CVK hade förändrats före RAG-transaktionen, åsidosatt motiveringsskyldigheten, särskilt genom att inte förklara varför den intog en annan ståndpunkt än NMa. Vidare har

kommissionen åsidosatt motiveringsskyldigheten, vad avser skälen varför den ansåg att de garantier som Haniel och sökanden hade erbjudit NMa var otillräckliga för att undanröja varje möjlighet till gemensam kontroll. Samma sak gäller slutligen kommissionens konstaterande att samarbetsavtalet mellan Haniel och sökanden, omständigheten att vissa kalksandstensföretag hade avvecklats och Haniels handlingar för internt bruk visade att de båda hade gemensam kontroll över CVK.

34 Kommissionen erinrar inledningsvis om att den i det omtvistade beslutet inte ansåg att RAG-transaktionen utgjorde en särskild åtgärd. Poolingavtalet, det vill säga att medlemsföretagen tog kontrollen över CVK, och RAG-transaktionen, det vill säga att Haniel och sökanden tog kontrollen över CVK genom att förvärva de andelar som RAG tidigare innehade i olika bolag som var medlemmar i CVK, vilket utgjorde en och samma företagskoncentration.

35 Kommissionen invänder inledningsvis att rent allmänt gäller att om två delägare delar upp rösträtterna i ett företag lika dem emellan, ger denna situation — vilken beskrivs i punkt 20 i kommissionens meddelande rörande begreppet företagskoncentration, nämnt i punkt 27 ovan — dem vetorätt och således gemensam kontroll över företaget. Före RAG-transaktionen hade varken sökanden, Haniel eller RAG vetorätt. Kommissionen har dessutom understrukit att det inte är uteslutet att tre minoritetsdelägare som inte har vetorätt under exceptionella omständigheter de facto kan utöva gemensam kontroll över ett företag, och sökanden har i ansökan inte hävdats att de tre delägarna hade starka gemensamma intressen innan företagskoncentrationen genomfördes. Kommissionen har härvid även anfört att sökandens försök att i repliken argumentera enligt denna linje genom att hävda att det förelåg sådana gemensamma intressen, särskilt med hänsyn till poolingavtalet, bygger på att man förbiser att detta avtal ingår i företagskoncentrationen och således saknar relevans för tiden före den 9 augusti 1999. Kommissionen menar att detta visar att de tre delägarna hade skilda intressen och att förändringar kunde ske vad avser majoritetsinflytandet bland CVK:s delägare före företagskoncentrationen.

36 Vad gäller argumentet att den inte har beaktat NMa:s beslut av den 20 oktober 1998 och de garantier som sökanden och Haniel erbjudit myndigheten har kommissionen vidare understrukt att NMa prövade en annan företagskoncentration enligt andra regler. Dels hade den företagskoncentration som anmäldes till NMa inte verkställts som sådan och en annan företagskoncentration — som inbegrep den första och andra gruppen av åtgärder — vilken borde ha anmälts med hänsyn till anmälningsplikten enligt förordning nr 4064/89, genomfördes den 9 augusti 1999. Dels bedömde NMa begreppet kontroll enligt den nederländska konkurrensrätten, medan kommissionen gjorde sin bedömning enligt bestämmelserna i förordning nr 4064/89. Kommissionen menar därför att frågan om ändringar vad gäller majoritetsinflytandet saknade relevans för NMa, medan kommissionen, som tillämpade förordning nr 4064/89 på en annan företagskoncentration, beaktade dessa ändringar vad gäller majoritetsinflytandet och ansåg att eftersom de hade blivit möjliga genom åtgärden i fråga, var det uteslutet att det tidigare hade förekommit gemensam kontroll över CVK. De garantier som sökanden har nämnt påverkar inte denna slutsats, eftersom garantiernas enda syfte var att minska möjligheten för personer som tjänstgör hos CVK:s "slutliga delägare" att sitta med i dess ledningsorgan. Medlemmarna i dessa organ utses emellertid av CVK:s samtliga medlemmar, efter förslag från desammas direktörer, vilka i sin tur har utsetts av respektive delägare. Kommissionen har därför hävdatt att det knappast är troligt att medlemmarna i CVK:s ledningsorgan agerar utan att ta hänsyn till intressena hos dem som har utsett dem och i sista hand har makten att dra tillbaka utnämningen, det vill säga sökanden och Haniel, vilka är "de slutliga delägarna".

37 Kommissionen har dessutom understrukt att bestämmelserna i den nederländska civillagen inte påverkar slutsatsen att sökanden och Haniel utövar gemensam kontroll över CVK. Kommissionen hävdar dels att även om de beslut som ett företags ledningsorgan fattar enligt nederländsk rätt skall fattas i företagets intresse, är delägarnas intresse alltid en viktig faktor för att avgöra vad som ligger i företagets intresse, dels att relationerna mellan CVK och sökanden kan jämföras med relationerna mellan ett dotterbolag och dess moderbolag; eftersom dotterbolagen enligt nederländsk rätt måste följa moderbolagets instruktioner, borde samma sak

gälla när två företag — sökanden och Haniel — gemensamt utövar kontrollen över ett samägt företag.

38 Kommissionen ifrågasätter också sökandens kritik rörande skäl 19 i det omtvistade beslutet, enligt vilket samarbetsavtalet, omständigheten att tre medlemsföretag i CVK avvecklades och omständigheten att Haniels interna handlingar visar att sökanden och Haniel hade gemensam kontroll över CVK. Kommissionen har härvid erinrat om att dessa element faktiskt visar att det var fråga om gemensam kontroll, vilket har visats i skälen 13–17 i det omtvistade beslutet, vilket sökanden för övrigt har medgett i sin replik. Därför räcker den vetorätt som sökanden och Haniel har vad gäller utnämning av ledamöterna av CVK:s förvaltningsorgan som bevisning om att dessa bolag har gemensam kontroll över CVK. I vilket fall som helst anser kommissionen att de två sistnämnda elementen visar att sökanden och Haniel har möjlighet att ingripa i CVK:s verksamhet och strategiska beslut. Vad gäller Haniels interna handlingar anser kommissionen att de stärker dess ståndpunkt att Haniel och sökanden hade för avsikt att gemensamt ta kontrollen över CVK.

39 Kommissionen avfärdar även sökandens påståenden att det omtvistade beslutet är otillräckligt motiverat.

Förstainstansrättens bedömning

— Inledande anmärkningar

40 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att enligt artikel 3 i förordning nr 4064/89, med rubriken Definition av en koncentration, gäller följande:

”1. En företagskoncentration skall anses föreligga om

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

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

— ett eller flera företag,

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

2. Bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner och som inte medför en samordning av konkurrensbeteendet mellan parterna inbördes eller mellan dessa och det gemensamma företaget utgör en koncentration enligt punkt 1 b.

3. Enligt denna förordning uppnås kontroll genom rättigheter eller avtal eller på andra sätt som, antingen var för sig eller tillsammans och med hänsyn till alla faktiska eller rättsliga förhållanden, ger möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande på ett företag, särskilt genom

- a) äganderätt till eller rätt att använda ett företags samtliga tillgångar eller en del av dessa,

- b) rättigheter eller avtal som ger ett bestämmande inflytande på sammansättningen av företagets organ och dessas röstning eller beslut.

4. Kontroll av personer eller företag som

- a) är innehavare av rättigheterna eller berättigade enligt de berörda avtalen,

eller

- b) utan att vara innehavare av rättigheterna eller berättigade till rättigheter enligt sådana avtal har befogenhet att utöva de rättigheter som grundar sig på dessa.

...”

- 41 Av detta följer att en företagskoncentration skall anses föreligga bland annat om ett företag ensamt, eller flera företag som agerar i samråd, skaffar sig kontroll över ett eller flera företag, oavsett hur kontrollen har skaffats, om denna kontroll, med beaktande av alla faktiska eller rättsliga förhållanden i det enskilda fallet, medför möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande på ett företag, genom rättigheter, avtal eller på andra sätt.
- 42 Såsom kommissionen har påpekat i punkt 19 i sitt tillkännagivande om begreppet företagskoncentration, nämnt i punkt 27 ovan — vilket har återgetts i sammandrag i skäl 14 i det omtvistade beslutet och inte ifrågasatts av sökanden — skall gemensam kontroll anses föreligga om två eller flera företag eller personer har möjlighet att utöva bestämmande inflytande på ett annat företag, det vill säga möjlighet att blockera åtgärder med avgörande betydelse för ett företags affärsstrategi. Gemensam kontroll gör att en blockeringsituation uppkommer genom att två eller flera företag har befogenhet att förkasta de strategiska beslut som föreslås. Dessa aktieägare måste således med nödvändighet komma överens om det gemensamma företagets affärsstrategi.
- 43 I förevarande fall har kommissionen i skälen 15–17 i det omtvistade beslutet lämnat följande preciseringar:

”(15) I och med förvärvet av andelarna i RAG fick Haniel och Cementbouw gemensam kontroll över CVK. Deras indirekta andelar i CVK på vardera 50 procent ger Haniel och Cementbouw vetorätt vid medlemsstämman (ledenvergadering). Vetorätten uppstod genom RAG:s utträde vars närvaro vid medlemsstämman innebar växlande majoritet och därmed uteslöt andelsägarnas kontroll över medlemsstämman.

(16) CVK:s medlemsstämma beslutar om tillsättningen av CVK:s ledningsorgan. Dessa är företagsledningen (Raad van Bestuur) och styrelsen (Raad van Commissarissen). Stadgarna och poolingavtalet innebär inskränkningar i valbarheten eftersom ingen ledamot av företagsledningen och endast en minoritet av ledamöterna i styrelsen samtidigt får inneha funktioner i de företag som tillhör CVK-medlemmarnas andelsägare.

(17) Beslutsrätten vid tillsättning av ett företags ledningsorgan är ett avgörande strategiskt beslut. Vektorätt i ett sådant beslut ger dess innehavare kontroll över företaget, i detta fall CVK i den mening som anses i koncentrationsförordningen. Anledningen är att ledningsorganens ledamöter kommer att ta hänsyn till vektorättsinnehavarnas åsikter vid sina beslut.”

44 I skäl 19 i det omtvistade beslutet har kommissionen även angett följande:

”(19) Haniels och Cementbouws förvärv av kontrollen över CVK tydliggörs också i och med det samarbetsavtal som företagen slöt i samband med poolingavtalet. I detta avtal regleras också vissa aspekter av Haniels och Cementbouws samarbete inom CVK (se skäl 11). Även vissa strategiska beslut som verkställdes av CVK:s företagsledning efter det att den här behandlade transaktionen genomfördes hade diskuterats av Haniel och Cementbouw i detalj redan före transaktionen. Besluten utgjorde därmed uppenbarligen grunden för parternas poolingavtal. Detta gäller särskilt nedläggningen av tre av de elva kalksandstensfabrikerna(9). Allmänt visar de dokument som framtoogs för de interna besluten inom Haniels koncernledning om transaktionen att parterna åtminstone enligt Haniels åsikt i och med poolingavtalet skulle få möjligheten till gemensam kontroll över CVK.”

- 45 Det framgår av dessa textavsnitt i det omtvistade beslutet att kommissionen har funnit att Haniel och sökanden hade tagit kontrollen över CVK, oavsett huruvida sökandens påstående i den andra delgrunden att det i förevarande fall redan tidigare förelåg en eller flera företagskoncentrationer är korrekt. Därför kan det konstateras att trots att kommissionen i sina skrivelser har anmärkt att den i det omtvistade beslutet inte bara har uttalat sig om RAG-transaktionen utan om en företagskoncentration som inbegriper den första och den andra gruppen av åtgärder, som nämns i punkt 8 ovan, har kommissionen ändå bara grundat sig på den andra gruppen av åtgärder när den fann att Haniel och sökanden hade skaffat sig gemensam kontroll över CVK.
- 46 Förstainstansrätten anmärker att sökanden först i huvudsak har hävdats att CVK:s tre delägare, det vill säga sökanden, Haniel och RAG, redan före den andra gruppen av åtgärder, däribland RAG-transaktionen, hade gemensam kontroll över CVK — såsom framgår av dess påstående att det förelåg ”en stark intressegemenskap mellan CVK:s delägare” (se punkt 27 ovan), av det slag som angetts i punkterna 30–35 i kommissionens ovannämnda tillkännagivande om begreppet företagskoncentration — och hävdats att kommissionen inte har visat att CVK:s delägare ”saknade gemensamma intressen” före den andra gruppen av åtgärder, innan det konstaterats att Haniel och sökanden hade ”tagit kontrollen” över CVK. Sökanden har därefter hävdats att de garantier som NMa erbjöds, i samband med förslaget till den första gruppen av åtgärder, som nämns i punkt 8 ovan, vad gäller CVK:s företagsledning och styrelse, gör en gemensam kontroll över CVK utesluten, eftersom Haniel och sökanden saknade vetorätt vad gäller företags strategiska beslut.
- 47 Följande prövning kommer således, för det första, att röra sökandens påstående att de tre delägarna hade gemensam kontroll över CVK före den andra gruppen av åtgärder. För det fall att förstainstansrätten finner att så inte var fallet, kommer den att, för det andra, pröva om den andra gruppen av åtgärder, däribland RAG-transaktionen, såsom angetts i det omtvistade beslutet, har lett till att Haniel och

sökanden fick gemensam kontroll över CVK. Förstainstansrätten kommer för det tredje att pröva sökandens invändningar om otillräcklig motivering i det omtvistade beslutet vad avser konstaterandet av gemensamt övertagande av kontrollen över CVK.

— Sökandens påståenden om gemensam kontroll över CVK före den andra gruppen av åtgärder

- 48 Förstainstansrätten finner att konstaterandet i skäl 15 i det omtvistade beslutet att RAG:s närvaro bland CVK:s medlemmar gjorde att förändringar kunde ske vad gäller majoritetsinflytandet och att delägarna därför inte kunde ta kontrollen över CVK, med nödvändighet bygger på en tolkning av uppgifterna om fördelningen av kooperativets kapital och rösträtterna, i skäl 5 i det omtvistade beslutet.
- 49 Dessa uppgifter, som återges nedan, visar hur många procent som var och en av de elva olika medlemmarna i CVK innehade av dess kapital — och därtill knutna rösträtter — enligt CVK:s stadga.

— De Hazelaar [konfidentiell procentsats]

— Loevestein [konfidentiell procentsats]

— Boudewijn [konfidentiell procentsats]

— Hoogdonk [konfidentiell procentsats]

— Rijsbergen [konfidentiell procentsats]

- Harderwijk [konfidentiell procentsats]
- Roelfsema [konfidentiell procentsats]
- Bergumermeer [konfidentiell procentsats]
- Anker [konfidentiell procentsats]
- Vogelenzang [konfidentiell procentsats]
- Van Herwaarden [konfidentiell procentsats]

50 Förstainstansrätten erinrar om att Haniel, före den andra gruppen av åtgärder, ägde de fem första företagen som nämns ovan, sökanden var moderbolag för Harderwijk, Roelfsema och Bergumermeer, medan RAG ägde Anker och Vogelenzang. I företaget Van Herwaarden innehade Haniel [konfidentiell procentsats] av dess aktiekapital, sökanden [konfidentiell procentsats] och RAG [konfidentiell procentsats].

51 Av detta följer att Haniel, före den andra gruppen av åtgärder, indirekt innehade [40–45]² procent av aktiekapitalet i CVK ([konfidentiell procentsats] motsvarade innehavet genom de fem första företagen + [konfidentiell procentsats] som motsvarade dess andel på [konfidentiell procentsats] i Van Herwaarden), medan sökanden och RAG innehade [40–45] procent ([konfidentiell procentsats] som motsvarade innehavet i dess tre dotterbolag + [konfidentiell procentsats] som

2 — Konfidentiella uppgifter har strukits.

motsvarade dess andel på [konfidentiell procentsats] i Van Herwaarden) och [15–20] procent ([konfidentiell procentsats] som motsvarade innehavet i dess två dotterbolag + [konfidentiell procentsats] som motsvarade dess andel på [konfidentiell procentsats] i Van Herwaarden).

- 52 Detta innebar, till följd av röstreglerna för CVK:s medlemmar, i princip att om RAG skulle ha behållit sina andelar i CVK, hade ingen av CVK:s tre delägare haft möjlighet att blockera ett beslut, särskilt vad gäller strategiska beslut.
- 53 Detta konstaterande försvagas inte av sökandens påstående att delägarna hade viktiga gemensamma intressen, av samma slag som kommissionen har angett i sitt ovannämnda tillkännagivande om begreppet koncentration, varför de tre delägarna i själva verket hade gemensam kontroll över CVK redan före denna åtgärd.
- 54 Det skall först understrykas att kommissionen i punkt 30 i det ovannämnda tillkännagivandet har angett att även om det inte är fråga om en specifik vetorätt, kan två eller flera företag som förvärvar en minoritetspost i ett annat företag förvärva gemensam kontroll över detsamma. Det framgår av detta tillkännagivande att ett sådant fall förutsätter att minoritetsdelägarna samordnar sitt beteende, vilket kan framgå av ett bindande rättsligt avtal eller av de faktiska omständigheterna. Enligt tillkännagivandet kan den rättsliga grunden för att säkerställa att rösträtten utövas på ett samordnat sätt ha olika former, såsom ett holdingbolag eller ett avtal genom vilket delägarna förbinder sig att agera på samma sätt (avtal om röstpooling). Vad gäller de faktiska omständigheterna som tyder på ett samordnat förfarande anges i punkt 32 i tillkännagivandet att en sådan aktion från minoritetsdelägarnas sida i mycket exceptionella fall kan anses styrkt om de gemensamma intressen som förenar delägarna är så starka att de inte kommer att motverka varandra när de använder sina rättigheter i det gemensamma företaget.

- 55 I tillkännagivandet preciseras att i fall någon förvärvar minoritetsposter i ett befintligt gemensamt företag skall tidigare band mellan minoritetsdelägarna eller andelsförvärv som ingår i ett samordnat förfarande anses tyda på ett gemensamt intresse av detta slag. I fall ett nytt gemensamt företag skapas föreligger en stark sannolikhet att grundarna, när de förvärvar minoritetsposter i ett befintligt företag, medvetet för en gemensam politik, bland annat när var och en av grundarna av det gemensamma företaget tar med sig något som är avgörande för dess verksamhet (särskild teknik, know-how, leveransavtal etc.). I punkt 35 i tillkännagivandet anges slutligen att om sådana gemensamma intressen som beskrivs ovan inte finns, leder eventuell uppkomst av växlade allianser mellan minoritetsaktieägarna normalt sett till att gemensam kontroll inte anses föreligga. Om det inte finns någon stabil majoritet när beslut ska fattas och om en majoritet uppstår tillfälligt ur de kombinationer av minoritetsaktieägarnas röster som är möjliga, går det inte att förutsätta att minoritetsaktieägarna kommer att gemensamt kontrollera målföretaget.
- 56 Sökanden har inte ifrågasatt de allmänna bedömningar rörande gemensamma intressen som kommissionen har gjort i det ovannämnda tillkännagivandet om begreppet företagskoncentration men har hävdad att, i förevarande fall hade de tre delägarna, redan före den andra gruppen av åtgärder, sådana intressen, i den mening som avses i detta tillkännagivande.
- 57 Det skall anmärkas att sökanden i sina skrivelser inte har framfört något konkret bevis för sitt påstående. Sökanden har på sin höjd angett att dessa gemensamma intressen grundades på poolingavtalet, det vill säga en av de åtgärder som ingår i den första gruppen av åtgärder. Förstainstansrätten vill emellertid härvid erinra om att det är utrett att poolingavtalet ingicks först den 9 augusti 1999, det vill säga samma dag som den andra gruppen av åtgärder ägde rum. Därför kan detta avtal i motsats till vad sökanden hävdar inte utgöra grunden för att visa att de tre delägarna hade gemensamma intressen före den andra gruppen av åtgärder, av ett sådant slag att de vid denna tidpunkt hade möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över

CVK:s strategiska beslut. Omständigheten att förslaget till poolingavtal hade anmälts till NMa innebär ingen förändring för detta påstående, eftersom sökanden och Haniel genom detta avtal fick möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över CVK:s strategiska beslut som de inte hade före den andra gruppen av åtgärder.

58 Förstainstansrätten anmärker att även om avgörande inflytande, i den mening som avses i artikel 3.3 i förordning nr 4064/89, inte nödvändigtvis måste utövas för att det skall anses existera, kan kontroll, i den mening som avses i artikel 3 i förordningen, endast förekomma om det verkligen finns en möjlighet att utöva detta inflytande. Endast den omständigheten att förslaget till poolingavtal hade anmälts till NMa bevisar inte att de tre delägarna genom denna anmälan hade fått möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över CVK före den andra gruppen av åtgärder.

59 Av detta följer att kommissionen, tvärt emot vad sökanden påstår, i förevarande fall inte kan klandras för att inte ha styrkt att minoritetsdelägarna saknade viktiga gemensamma intressen i det gemensamma företaget CVK före den andra gruppen av åtgärder, eftersom sökanden även i målet vid förstainstansrätten inte har kunnat anföra någon bevisning om vad dessa gemensamma intressen bestod av.

60 Sökandens påstående att NMa:s beslut av den 23 april och den 20 oktober 1998 inte nämner att koalitioner mellan delägarna kan förändras och CVK där anses som en autonom ekonomisk enhet saknar betydelse.

61 Även för det fall att man skulle anse att NMa:s beslut har verkningar för kommissionen, konstaterar förstainstansrätten att NMa i sina beslut har uttalat sig i frågan huruvida den transaktion som skulle genomföras genom poolingavtalet,

utgjorde en företagskoncentration enligt den nederländska lagstiftningen. NMa hade därför inte anmodats att uttala sig om den andra gruppen av åtgärder, som denna myndighet inte kände till när den antog de ovannämnda besluten. I vilket fall som helst har NMa i sitt slutliga beslut av den 20 oktober 1998 inte nämnt att de tre delägarna före den andra gruppen av åtgärder hade kontrollen över CVK, vilket är det påstående som denna delgrund bygger på. Samma sak gäller eventuella koalitionsförändringar.

- 62 Sökanden misstar sig också vad gäller begreppet autonom ekonomisk enhet. Omständigheten att ett gemensamt företag kan vara ett självständigt fungerande företag och således funktionellt sett ekonomiskt oberoende innebär inte att det har frihet vad avser att anta strategiska beslut. Den motsatta slutsatsen skulle innebära att det aldrig skulle förekomma situationer där det är fråga om gemensam kontroll över ett "gemensamt företag", eftersom det är ekonomiskt oberoende. Villkoret i artikel 3.2 i förordning nr 4064/89 – som syftar till att ett gemensamt företag skall skapas, det vill säga som två eller flera företag har kontrollen över, skall anses som en koncentration – att detta gemensamma företag "på varaktig basis [måste fylla] en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner", visar att så här inte är fallet.
- 63 Sökanden hade således, av vad som framgår av det omtvistade beslutet och de uppgifter som var tillgängliga när detsamma antogs, inte visat att de tre delägarna hade gemensam kontroll över CVK före den andra gruppen av åtgärder, vilket kommissionen påstås felaktigt ha underlåtit att beakta.
- 64 Förstainstansrätten kommer därför att pröva om den andra gruppen av åtgärder ledde till att Haniel och sökanden tog kontrollen över CVK genom att de fick vetorätt vad gäller CVK:s strategiska beslut.

— Haniel och sökanden fick gemensam kontroll över CVK genom den andra gruppen av åtgärder

- 65 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att det är utrett att Haniel och sökanden genom RAG-transaktionen fick gemensam kontroll över de tre företagen Anker, Vogelenzang och Van Herwaarden, vilka samtliga var medlemmar i CVK. Denna åtgärd, som bestod i att de köpte samtliga aktier eller minoritetsposter som RAG hade i dessa företag, utgör en företagskoncentration i sig. Överlåtelseavtalet innehåller dessutom restriktionsklausuler som är typiska för företagskoncentrationer, såsom en icke-konkurrensklausul, enligt vilken RAG förbinder sig för samtliga företag i dess koncern vad avser den nederländska marknaden för byggmaterial som används i bärande väggar.
- 66 Förstainstansrätten finner vidare att Haniel och sökanden, med hänsyn till hur aktiekapitalet i CVK var fördelat mellan dess medlemmar enligt beskrivningen i skäl 5 i det omtvistade beslutet, genom att dels var och en för sig förvärva [konfidentiell procentsats] av aktierna i Anker och Vogelenzang, dels komma överens om att sökanden skulle köpa [konfidentiell procentsats] som RAG innehade av aktiekapitalet i Van Herwaarden, var och en indirekt hade förvärvat 50 procent av aktiekapitalet i CVK.
- 67 Eftersom de två delägarna hade lika stor del av aktiekapitalet och därtill knutna rösträtter i CVK, hade de var och en i princip möjlighet att blockera det gemensamma företagets strategiska beslut, såsom att utse ledamöterna i det gemensamma företagets ledningsorgan, nämligen företagsledningen och styrelsen. För att undvika att en sådan blockering uppstår när det gemensamma företaget skall fatta ett strategiskt beslut, måste delägarna ständigt samarbeta.
- 68 Sökanden har härvid för det första hävdad att de garantier som NMa erbjöds vad gäller CVK:s ledningsorgans sammansättning utesluter att var och en av delägarna

har vetorätt vad gäller sådana beslut. Sökanden anser för det andra att den nederländska civillagen innebär krav att CVK:s ledningsorgan skall fatta sina beslut uteslutande i företagets intresse och inte i delägarnas intresse. Sökanden ifrågasätter för det tredje kommissionens bedömning att dess samarbetsavtal med Haniel och de andra exempel som anges i skäl 19 i det omtvistade beslutet visar på att det förelåg gemensam kontroll över CVK.

69 Dessa argument kan inte godtas.

70 Vad gäller det första påståendet vill förstainstansrätten understryka att enligt artiklarna 9 och 12 i CVK:s stadga, i ändrad lydelse, vilken antogs den 9 augusti 1999, väljs varje ledamot av företagsledningen och styrelsen av medlemsstämman. Denna stadga föreskriver, i enlighet med de garantier som getts till NMa, vissa restriktioner vad avser vilka personer som kan sitta med i ledningsorganen. Vad avser företagsledningen anges i artikel 9.1 i stadgan att detta organ endast skall bestå av företrädare från CVK:s medlemmar eller oberoende personer och att inga företrädare från koncerner till vilka ett eller flera av CVK:s medlemmars moderbolag ingår i. Vad gäller styrelsen föreskrivs i artikel 12.2 i stadgan att majoriteten av ledamöterna i detta organ, inklusive ordföranden skall bestå av företrädare för kooperativets medlemmar eller oberoende personer, varvid en minoritet av ledamöterna kan vara företrädare för koncerner till vilka en eller flera av CVK:s medlemmars moderbolag hör.

71 Eftersom denna typ av restriktioner endast avser valet av personer som sitter med i CVK:s ledningsorgan, är det inte uteslutet att aktieägarna i CVK:s medlemsföretag kan utöva ett avgörande inflytande över CVK.

- 72 Det är i och för sig riktigt att aktieägarna i CVK:s medlemsföretag inte har direkt rösträtt vid CVK:s stämma, utan det är medlemsföretagens aktieägare som röstar. Förstainstansrätten erinrar emellertid om att det i artikel 3.1 b i förordning nr 4064/89 preciseras att kontrollen kan ha förvärvats "direkt eller indirekt" av en eller flera personer, medan det i artikel 3.4 b i samma förordning medges att även personer som utan att vara innehavare av rättigheterna eller berättigade till rättigheter enligt sådana avtal har befogenhet att utöva de rättigheter som grundar sig på dessa. Bolag som drivs med vinstintresse följer i vilket fall som helst de beslut som har fattats av dess ägare, ägarmajoriteten eller de personer som utövar gemensam kontroll över bolaget, och i förevarande fall är CVK:s medlemsföretag samtliga hel- eller samägda dotterbolag till sökanden och Haniel, varför dessa två delägare med nödvändighet måste vara överens om vilka personer som skall utses till CVK:s ledningsorgan. I annat fall kan medlemmarna inte utse ledamöter i CVK:s ledningsorgan och det gemensamma företaget skulle inte kunna fungera.
- 73 Omständigheten att moderbolagens företrädare inte kan ingå i CVK:s företagsledning eller att de endast får utgöra en minoritet i dess styrelse saknar betydelse för faktumet att det är CVK:s medlemmar som beslutar hur dessa ledningsorgan skall vara sammansatta, och deras beslut styrs i sin tur av medlemsföretagens två ägare.
- 74 Förstainstansrätten anmärker vidare, vad gäller CVK:s två ledningsorgans sammansättning att det inte är uteslutet att samtliga personer som sitter med i dessa organ samtidigt är verksamma i CVK:s medlemsföretags ledningsorgan, vilket är möjligt enligt artiklarna 9 och 12 i CVK:s stadga, enligt vilka CVK:s ledningsorgan "endast skall bestå av CVK:s medlemmar eller oberoende personer". Om så är fallet, måste dessa företrädare med nödvändighet, eftersom de är verksamma i CVK:s medlemsföretag, ha utsetts av CVK:s medlemsföretags ägare, och, med nödvändighet, eftersom de är verksamma i CVK:s ledningsorgan, få del av ägarnas önskemål.

- 75 Sökanden har således inte anfört något som gör att tvivel uppstår vad gäller kommissionens slutsats att det inte är uteslutet att Haniel och sökanden, efter den andra gruppen av åtgärder, helt saknar möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över CVK.
- 76 Sökanden kan inte göra gällande att den hade berättigade förväntningar som grundas på tolkningen av begreppet kontroll såsom NMa tillämpar nederländsk konkurrensrätt.
- 77 Förstainstansrätten erinrar härvid om att för att kunna åberopa skydd för berättigade förväntningar krävs det att tre villkor är uppfyllda. Det skall för det första föreligga preciserade garantier som är ovillkorliga och samstämmiga och som härrör från behöriga och tillförlitliga källor och som meddelats den berörde av gemenskapsinstitutionerna. Garantierna skall för det andra leda till en berättigad förväntning hos mottagaren. Garantierna skall för det tredje vara förenliga med tillämpliga bestämmelser (se förstainstansrättens dom av den 30 juni 2005 i mål T-347/03, Branco mot kommissionen, REG 2005, s. I-2555, punkt 102, och där citerad rättspraxis).
- 78 I förevarande fall räcker det att anmärka att sökanden inte har fått någon preciserad garanti från gemenskapsinstitutionerna enligt vilken kommissionen, under förutsättning att kommissionen har rätt att binda sig på detta sätt, har bedömt begreppet kontroll, enligt förordning nr 4064/89, på exakt samma sätt som NMa har gjort i sitt beslut av den 20 oktober 1998, med tillämpning av nederländsk konkurrensrätt. Dessutom har sökanden inte heller erhållit någon preciserad garanti från NMa, särskilt i skrivelsen av den 26 mars 1999, som nämns i punkt 7 ovan, som kommissionen sedan har rättat sig efter och som innebär att kommissionen kommer att anta samma synsätt som i denna skrivelse, efter den andra gruppen av åtgärder. I vilket fall som helst kunde dessa garantier, under förutsättning att man anser att sökanden har erhållit sådana, inte ge upphov till berättigade förväntningar, eftersom sådana garantier, enligt vad som framgår av resonemanget ovan inte hade byggts på en korrekt bedömning enligt artikel 3 i förordning nr 4064/89.

- 79 De andra argumenten rörande den nederländska civillagen är inte heller övertygande. Även om den nederländska civillagen, såsom sökanden hävdar, föreskriver att ett näringsdrivande kooperativs beslut skall fattas i kooperativets intresse, är det ändå så, att det är de personer som direkt eller indirekt innehar rösträtter i detta företag som har makten att fatta dessa beslut. Därför påverkar sökandens argument rörande bestämmelserna i den nederländska civillagen inte slutsatsen att Haniel och sökanden hade ett avgörande inflytande över CVK efter den andra gruppen av åtgärder.
- 80 Vad avser det tredje påståendet utgör, såsom sökanden har medgett i sin replik, sökandens samarbetsavtal med Haniel, omständigheten att tre av CVK:s medlemsföretag lades ned och innehållet i vissa interna handlingar från Haniel, vilka det hänvisas till i skäl 19 i det omtvistade beslutet, inte de viktigaste punkterna för den juridiska motiveringen i det omtvistade beslutet rörande gemensam kontroll över CVK — vilken är koncentrerad till Haniels och sökandens vetorätt — utan tjänar som en illustration av densamma. Även om man såsom sökanden har gjort gällande utgår ifrån att dessa exempel inte visar på att ägarna har utövat ett avgörande inflytande över CVK — vilket varit möjligt till följd av vetorätten, vilken tidigare konstaterats i skälen 13–17 i det omtvistade beslutet och som analyserats ovan — och att det omtvistade beslutet således bygger på en oriktig bedömning vad gäller dessa exempel, innebär detta inte att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras, eftersom principen om en möjlighet till avgörande inflytande över CVK fortfarande är giltig.
- 81 Förstainstansrätten anmärker, som en egentligen överflödigt kommentar, att omständigheten att tre av CVK:s medlemsföretag lades ned (Boudewijn, Bergumermeer och Vogelenzang), vilket sökanden inte allvarligt ifrågasätter vara resultatet av ett strategiskt beslut, är tillräckligt för att illustrera att Haniel och sökanden hade tagit kontrollen över CVK.
- 82 Vad gäller särskilt företaget Vogelenzang – som före RAG-transaktionen var ett dotterbolag till RAG – kunde varken Haniel eller sökanden, efter den andra gruppen

av åtgärder, ensamt besluta att lägga ned detta företag, eftersom de två delägarna har exakt lika många aktier i bolaget. Sökanden har vidare inte vid något tillfälle under förfarandet vid förstainstansrätten kunnat styrka sitt påstående att det var CVK som, på grundval av sin egen verksamhetspolicy, hade beslutat att lägga ned detta företag. Det framgår härav att endast Haniel och sökanden kunde besluta att lägga ned företaget Vogelenzang.

- 83 Av dessa skäl konstaterar förstainstansrätten att kommissionen gjorde rätt när den ansåg att Haniel och sökanden efter den andra gruppen av åtgärder fått gemensam kontroll över CVK, i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89.

— Påståendet om otillräcklig motivering

- 84 Sökanden har gjort tre invändningar om otillräcklig motivering i det omtvistade beslutet vad gäller konstaterandet att Haniel och sökanden har fått gemensam kontroll över CVK (se punkt 33 ovan).
- 85 Förstainstansrätten erinrar om att motiveringsskyldighetens omfattning enligt fast rättspraxis beror på karaktären av rättsakten i fråga och på det sammanhang i vilket den antagits. Av motiveringen skall klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav får tillräcklig information för att kunna avgöra om rättsakten eventuellt innehåller brister som gör att den kan ogiltigförklaras och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (se förstainstansrättens dom av den 20 november 2002 i mål T-251/00, Lagardère och Canal+ mot kommissionen, REG 2002, s. II-4825, punkt 155, och där citerad rättspraxis).

- 86 I förevarande fall kunde det omtvistade beslutet, trots den implicita motiveringen i detsamma rörande att de tre delägarna inte hade gemensam kontroll över CVK före den andra gruppen av åtgärder, däribland särskilt RAG-transaktionen, förstås med hänsyn till det sammanhang i vilket den antogs, särskilt uppgifterna i skäl 5 i det omtvistade beslutet, CVK:s stadga och avtalen av den 9 augusti 1999. Såsom framgår av analysen ovan är motiveringen i det omtvistade beslutet på denna punkt inte sådan att förstainstansrätten saknar möjlighet att pröva huruvida beslutet är lagenligt.
- 87 Sökanden kan inte hävda att kommissionen inte har gett en tillräcklig förklaring till varför den ansåg att de garantier som denne hade erbjudit NMa var otillräckliga. I skälen 25 och 27 i det omtvistade beslutet har kommissionen nämligen angett varför den inte kunde använda NMa:s tolkning av begreppet kontroll, som grundas på den nederländska konkurrenslagstiftningen, bland annat i beslutet av den 20 oktober 1998, vid tolkningen av artikel 3.3 i förordning nr 4064/89. Kommissionen är ensam behörig att tolka denna bestämmelse och dess bedömning ligger därefter under gemenskapsdomstolens prövningsrätt. Dessa förklaringar var i sig tillräckliga. Dessutom föreligger inga hinder för prövningen av lagenligheten på denna punkt, vilket framgår av tidigare utredning.
- 88 Samma slutsats gör sig gällande vad gäller exemplen på gemensam kontroll i skäl 19 i det omtvistade beslutet. Även om motiveringen i det omtvistade beslutet är kortfattad, kunde sökanden helt klart förstå varför kommissionen ansåg att dessa exempel tydde på att sökanden och Haniel hade gemensam kontroll över CVK, utan att domstolsprövningen förhindras.
- 89 Invändningarna om otillräcklig motivering i det omtvistade beslutet skall således avfärdas.

- 90 Mot denna bakgrund kan talan inte bifallas med stöd av den första grundens första del.

Den första grundens andra del: Kommissionen saknade behörighet att betrakta två åtskilda åtgärder som en enda företagskoncentration och det rörde sig i förevarande fall inte om en företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89

Parternas argument

- 91 Sökanden har för det första hävdade att kommissionen i det omtvistade beslutet har ansett att omständigheten att CVK fick kontroll över sina medlemsföretag genom poolingavtalet och RAG-transaktionen utgör en och samma företagskoncentration, på grund av att de har tidsmässigt och ekonomiskt samband. Enligt sökanden ger förordning nr 4064/89 inte kommissionen allmän behörighet att besluta att två skilda åtgärder skall anses som en enda företagskoncentration.
- 92 Sökanden har härvid anfört att endast artikel 5.2 andra stycket i förordning nr 4064/89 — enligt vilken kommissionen, under vissa förutsättningar, kan anse att två eller flera åtgärder utgör en enda företagskoncentration, vid beräkningen av de berörda företagens omsättning när dessa företag förvärvar andelar i ett eller flera företag — syftar på en sådan situation. Sökanden har emellertid understrukt att denna bestämmelse saknar relevans i förevarande fall. För det första är syftet med artikel 5.2 andra stycket i förordning nr 4064/89 att undvika att företag ser till att undgå att förordningen tillämpas genom att på ett konstlat sätt dela upp en transaktion i flera åtgärder, vilket gör att denna inte längre omfattas av de tröskelvärden för omsättning som gäller enligt denna förordning. I förevarande fall

innehåller det omtvistade beslutet ingen bevisning som tyder på att sökanden eller Haniel har försökt att se till att förordning nr 4064/89 inte är tillämplig. Sökanden har vidare anfört att i skäl 23 i det omtvistade beslutet har kommissionen dragit slutsatsen att artikel 5.2 andra stycket i förordning nr 4064/89 inte är direkt tillämplig i förevarande fall. Sökanden har hävdade att kommissionen i vilket fall som helst har erkänt det aktuella tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89 i Grönboken om omarbetning av förordning nr 4064/89 [KOM(2001) 745] och förslaget till rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (EGT C 20, 2003, s. 4), som kommissionen avgett i syfte att ändra denna förordning.

- 93 Sökanden har för det andra understrukt att även om man utgår ifrån att förordning nr 4064/89 ger kommissionen behörighet att betrakta flera åtgärder som en enda företagskoncentration, har kommissionen inte i tillräcklig mån styrkt sin bedömning att de två grupperna av åtgärder i förevarande fall var beroende av varandra, varför de skall anses som en enda företagskoncentration.
- 94 Enligt sökanden har omständigheten att den första och den andra gruppen av åtgärder inbegriper avtal som ingicks och registrerades samma dag – den 9 augusti 1999 – och hos samma notarius publicus, inte någon särskild betydelse för frågan om de har något samband med varandra. Sökanden har härvid understrukt att den redan hade uppmärksammat kommissionen på att vinster och förluster skulle komma att delas inom CVK, vilket innebär flera omfattande tekniska och kommersiella transaktioner samt att olika miljöutredningar gjort att poolingavtalet inte kunde ingås förrän den 9 augusti 1999.
- 95 Sökanden ifrågasätter dessutom kommissionens bedömning att den andra gruppen av åtgärder, särskilt RAG-transaktionen, utgjorde en förutsättning för poolingavtalet. Sökanden har härvid inledningsvis erinrat om att poolingavtalet anmäldes till

NMa den 26 februari 1998, vilket innebär att avsikten att ingå ett avtal var tillräckligt precis, trots att NMa vid denna tidpunkt inte visste att RAG:s andelar i CVK:s medlemsföretag hade sålts, varför denna omständighet inte heller har betydelse för frågan om de två åtgärderna är beroende av varandra. Sökanden har vidare understrukt att det inte finns någon tvingande, avtalsenlig skyldighet eller något annat arrangemang som binder samman de två åtgärderna. Sökanden har slutligen gjort gällande att inte heller Haniels åsikt att åtgärderna är sammanbundna är relevant, eftersom kommissionen för att bedöma ett sådant samband måste grunda sig på fakta och inte på en av parternas subjektiva bedömningar samt att Haniel, med hänsyn till det sammanhang som förevarande mål ingår i, hade ett intresse av att se till att CVK upplöstes, såsom krävs i det omtvistade beslutet. Enligt sökandens mening är det således fråga om två åtskilda företagskoncentrationer.

⁹⁶ Vad gäller, för det första, argumentet om kommissionens allmänna behörighet att behandla flera åtgärder som en enda företagskoncentration, har kommissionen invänt att det enligt artikel 3 i förordning nr 4064/89, som rör begreppet koncentration, inte är uteslutet att en koncentration kan bestå av mer än en åtgärd. En företagskoncentration kan nämligen bestå av en eller flera åtgärder, beroende på det ekonomiska sammanhanget. Enligt kommissionen finns det flera exempel på det i dess beslutspraxis.

⁹⁷ Enligt kommissionen saknar dessutom sökandens hänvisning till artikel 5.2 andra stycket i förordning nr 4064/89 relevans. Denna bestämmelse rör endast beräkning av omsättningen för att avgöra om en företagskoncentration har en gemenskapsdimension eller inte och syftar till att hindra att företagen undviker att tillämpa förordning nr 4064/89 genom att dela upp sina åtgärder i flera skilda företagskoncentrationer under en tvåårsperiod och på så sätt se till att de inte uppnår tröskelvärdena för omsättningen. Själva begreppet företagskoncentration definieras i artikel 3 förordning nr 4064/89.

- 98 Kommissionen ifrågasätter även sökandens hänvisning till den ovannämnda grönboken och kommissionens förslag om ändring i förordning nr 4064/89. Enligt kommissionen bekräftade grönboken den allmänna och vidsträckta definitionen av begreppet företagskoncentration, även om den innehöll förslag om utökad behörighet för densamma vad gäller vissa särskilda typer av åtgärder, medan dess eget förslag endast syftade till att klargöra innehållet i befintlig beslutspraxis.
- 99 Kommissionen kan för det andra inte hålla med om sökandens påstående att denna inte har anfört tillräcklig bevisning om att de två huvudåtgärderna i fråga var beroende av varandra.
- 100 Enligt kommissionen ger de tre elementen tillsammans anledning till att dra slutsatsen att åtgärderna var beroende av varandra, såsom visats i skälen 20–22 i det omtvistade beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

- 101 Sökanden har i denna delgrund, även om denne har nyanserat sin ståndpunkt vid förhandlingen, ifrågasatt, för det första, kommissionens allmänna behörighet att betrakta flera åtgärder som en enda koncentration, med tillämpning av artikel 3 i förordning nr 4064/89. Sökanden anser för det andra att kommissionens bedömning att åtgärderna den 9 augusti 1999 var beroende av varandra och utgjorde en ekonomisk helhet är felaktig.

— Kommissionens möjlighet att betrakta flera åtgärder som en enda företagskoncentration, med tillämpning av artikel 3 i förordning nr 4064/89

- 102 Enligt artikel 3.1 i förordning nr 4064/89 skall en företagskoncentration anses föreligga om två eller flera tidigare självständiga företag slås samman (artikel 3.1 a i förordning nr 4064/89), eller en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag eller ett eller flera företag antingen genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll över ett eller flera företag eller delar därav (artikel 3.1 b i förordning nr 4064/89).
- 103 Medan artikel 3.1 a i förordning nr 4064/89 innehåller en beskrivning av företagskoncentration som ett relativt enkelt och identifierbart fenomen — nämligen sammanslagning av två eller flera tidigare självständiga företag — rör punkt b i samma bestämmelse samtliga övriga situationer där ett eller flera företag skaffar sig kontroll över ett eller flera företag eller delar därav.
- 104 Denna allmänna och resultatnriktade definition av begreppet företagskoncentration — där resultatet är kontrollen över ett eller flera företag — tyder på att det inte spelar någon roll om denna direkta eller indirekta kontroll har förvärvats i två eller flera etapper genom två eller flera åtgärder, förutsatt att det uppnådda resultatet är en enda företagskoncentration.
- 105 Huruvida de berörda parterna när de anmäler en företagskoncentration till kommissionen står i begrepp att vidta två eller flera åtgärder eller redan har vidtagit dem, saknar även det betydelse. Det ankommer på kommissionen att,

oavsett vilket som är fallet, bedöma huruvida åtgärderna kan ses som en enhet, varför de skall anses som en enda företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 3 förordning nr 4064/89.

- 106 Ett sådant sätt att förfara syftar till att beroende på samtliga faktiska och rättsliga förhållanden i det enskilda fallet och i syfte att undersöka de ekonomiska realiteter som ligger till grund för åtgärderna identifiera vilket ekonomiskt syfte som parterna har, genom att vid bedömningen av flera juridiskt skilda transaktioner pröva om de berörda företagen skulle kunna tänkas ha vidtagit varje åtgärd för sig eller om varje åtgärd tvärtom endast är en del av en komplex transaktion och att parterna annars inte hade vidtagit den enskilda åtgärden.
- 107 För att avgöra huruvida åtgärderna i fråga utgör delar av en enhet måste förstainstansrätten för varje enskilt fall bedöma huruvida åtgärderna är beroende av varandra, varför de inte skulle ha genomförts enskilt var och en för sig.
- 108 Detta tillvägagångssätt syftar till att säkerställa att företag som anmäler en företagskoncentration behandlas enligt rättssäkerhetens krav vad gäller samtliga åtgärder som ingår i denna transaktion och att ge kommissionen möjlighet att utöva effektiv kontroll över företagskoncentrationer som kan tänkas ha en betydande inverkan på den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden eller en stor del av densamma. Dessa två mål utgör dessutom huvudsyftet med förordning nr 4064/89 (förstainstansrättens dom av den 27 november 1997 i mål T-290/94, Kaysersberg mot kommissionen, REG 1997, s. II-2137, punkt 109, förstainstansrättens ordförandes beslut av den 2 december 1994 i mål T-322/94 R, Union Carbide mot kommissionen, REG 1994, s. II-1159, punkt 36; se även, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 24 mars 1994 i mål T-3/93, Air France mot kommissionen, REG 1994, s. II-121, svensk specialutgåva, volym 15, s. II-1, punkt 48).

109 Av detta följer att en företagskoncentration enligt artikel 3.1 i förordning nr 4064/89 kan uppstå även genom flera formellt sett skilda åtgärder om åtgärderna är beroende av varandra, varför de inte skulle ha genomförts var och en för sig, och som har till resultat att ett eller flera företag får direkt eller indirekt ekonomisk kontroll över ett eller flera andra företags verksamhet.

110 Denna bedömning försvagas inte av sökandens olika argument.

111 Sökanden har påstått att kommissionen saknar behörighet att beteckna två eller flera åtgärder som en och samma företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89, eftersom artikel 5.2 andra stycket i förordning nr 4064/89 är den enda bestämmelse som uttryckligen rör ett stort antal åtgärder och kommissionen har ansett att denna bestämmelse inte är direkt tillämplig i förevarande fall. Förstainstansrätten avfärdar detta påstående.

112 Förstainstansrätten erinrar om att artikel 5 i förordning nr 4064/89, med rubriken Beräkning av omsättningen har följande lydelse:

”1. Den sammanlagda omsättningen enligt artikel 1.2 skall omfatta de berörda företagens intäkter under föregående räkenskapsår från försäljning av varor och tjänster inom ramen för företagens ordinarie verksamhet efter avdrag för försälj-

ningsrabatter samt mervärdesskatt och andra skatter som direkt hänför sig till omsättningen I ett berört företags sammanlagda omsättning skall inte inräknas försäljning av varor eller tjänster mellan de företag som avses i punkt 4.

...

2. Med avvikelse från punkt 1 gäller att om koncentrationen består av förvärv av delar, oavsett om dessa utgör rättsliga enheter, av ett eller flera företag, skall i fråga om säljaren eller säljarna endast den omsättning som härrör från de delar som är föremål för transaktionen tas med i beräkningen.

Två eller flera transaktioner enligt första stycket som äger rum inom en tvåårsperiod mellan samma personer eller företag skall dock betraktas som endast en koncentration, som uppkommer vid tidpunkten för den sista transaktionen.

...”

¹¹³ Det följer av själva ordalydelsen i denna bestämmelse att den rör en annan fråga än den som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89.

¹¹⁴ Medan artikel 3 i förordning nr 4064/89 definierar villkoren för att en ”koncentration” skall anses föreligga och endast generellt och materiellt definierar vad som avses med begreppet koncentration, reglerar denna bestämmelse dock inte frågan om kommissionens behörighet vad gäller företagskoncentrationer (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 15 december 1999

i mål T-22/97, Kesko mot kommissionen, REG 1999, s. II-3775, punkt 138). Bland de åtgärder som omfattas av definitionen i artikel 3 i förordning nr 4064/89 är det endast åtgärder som har en gemenskapsdimension, såsom dessa definieras i artikel 1 i denna förordning, som omfattas av kommissionens exklusiva behörighet, om inte annat föreskrivs på annat ställe i förordningen. Följaktligen betyder inte omständigheten att en åtgärd motsvarar definitionen i artikel 3 i förordning nr 4064/89 att denna åtgärd med nödvändighet omfattas av kommissionens exklusiva behörighet; denna åtgärd måste också ha en "gemenskapsdimension".

- 115 Det framgår av artikel 1 i förordning nr 4064/89 att gemenskapslagstiftaren har haft för avsikt att inom ramen för sitt uppdrag vad gäller koncentrationer se till att kommissionen endast ingriper om den föreslagna – eller redan vidtagna – åtgärden är av viss omfattning vad gäller belopp och geografiskt område, det vill säga har en gemenskapsdimension. Dessutom följer det av systematiken i artikel 5 i förordning nr 4064/89 att gemenskapslagstiftaren haft för avsikt att precisera tillämpningsområdet för denna förordning genom att bland annat ange vilken omsättning för deltagarna som skall beaktas vid bedömningen av huruvida koncentrationen har en "gemenskapsdimension" enligt artikel 1 i förordning nr 4064/89.
- 116 Det framgår härvid av artikel 5.2 i förordning nr 4064/89 att, vid förvärv av delar av ett företag, är det endast den omsättning som rör de delar av företaget som verkligen har förvärvats som skall beaktas vid bedömningen av transaktionen i fråga (domen i det ovan i punkt 108 nämnda målet Air France mot kommissionen, punkt 103).
- 117 Denna bedömning innefattar även tolkningen av andra stycket i artikel 5.2 i förordning nr 4064/89, varför omsättningen för de delar som förvärvas skall läggas samman, i fall då delar av ett eller flera företag förvärvas genom flera transaktioner mellan samma personer eller företag under en tvåårsperiod.

- 118 Skälet till varför det andra stycket har införts i artikel 5.2 i förordning nr 4064/89 – vilken för övrigt måste analyseras för båda parter i förevarande mål – är att undvika att samma företag eller samma personer gör en konstlad uppdelning av en transaktion i flera delöverlåtelse av andelar i företaget, under en längre tid, i syfte att kringgå de tröskelvärden som föreskrivs i förordning nr 4064/89 som bestämmer kommissionens behörighet med tillämpning av denna förordning.
- 119 Omständigheten att artikel 5.2 andra stycket i förordning nr 4064/89 gör det möjligt för kommissionen att anse att två eller flera åtgärder tillsammans utgör en enda företagskoncentration vid beräkningen av de berörda företagens omsättning, i syfte att undvika att transaktionen skall falla utanför kommissionens behörighet enligt denna förordning, innebär, tvärt emot vad sökanden hävdar, inte att denna bestämmelse berövar kommissionen rätten att i förväg, med tillämpning av artikel 3 i nämnda förordning, bestämma om flera åtgärder som har anmälts till kommissionen utgör en enda företagskoncentration eller om åtgärderna tvärtom skall anses utgöra ett antal företagskoncentrationer.
- 120 Om det framgår av kommissionens undersökning att de två åtgärder som anmälts till kommissionen inte är beroende av varandra, skall de bedömas var och en för sig. Om ingen av dem har en gemenskapsdimension, skall kommissionen avstå från att undersöka dem. Om det framgår av denna undersökning att åtgärderna skall anses vara en enda företagskoncentration, med tillämpning av artikel 3 i förordning nr 4064/89, skall kommissionen vidare pröva huruvida denna transaktion har en gemenskapsdimension, för att avgöra om den har behörighet och för att bedöma transaktionens inverkan på konkurrensen.
- 121 Omständigheten att artikel 3 i förordning nr 4064/89 tillämpas i ett enskilt fall har varken till syfte eller resultat att avgöra huruvida kommissionen är behörig att pröva

företagskoncentrationerna i fråga utan att avgöra om de anmälda åtgärderna utgör en eller flera företagskoncentrationer.

- 122 Mot denna bakgrund saknar sökandens argument rörande artikel 5.2 andra stycket i förordning nr 4064/89 betydelse för tolkningen av artikel 3 i förordning nr 4064/89, enligt vilken kommissionen skall pröva huruvida åtgärderna i fråga omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse, eftersom de ingår i en enhet.
- 123 Vad gäller sökandens påstående att kommissionen, inom ramen för en omprövning av förordning nr 4064/89, har medgett att den saknar behörighet att beteckna två eller flera åtgärder som en företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89, räcker det att anmärka att även om så skulle vara fallet, saknar ett sådant ställningstagande från kommissionen betydelse för förstainstansrättens tolkning av artikel 3 i förordning nr 4064/89 ovan.
- 124 Av detta följer att sökandens invändning att kommissionen saknade behörighet att beteckna flera åtgärder som en enda företagskoncentration enligt artikel 3 i förordning nr 4064/89, skall avfärdas.

— Huruvida åtgärderna den 9 augusti 1999 är beroende av varandra

- 125 Sökanden har hävdats att kommissionen har gjort sig skyldig till oriktig bedömning genom att i förevarande fall anse att den första och den andra gruppen av åtgärder den 9 augusti 1999, som nämns i punkt 8 ovan, var beroende av varandra, varför de utgjorde en enhet ur ekonomisk synvinkel.

126 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att kommissionen i det omtvistade beslutet har gjort följande preciseringar:

”(20) ... Transaktionerna genomfördes på kort tid och i ett nära företagsekonomiskt samband. Både den rättsakt som gav Haniel och Cementbouw kontrollen över CVK och den rättsakt som gav CVK kontrollen över de tre kalksandstenföretagen är daterade samma dag, den 9 augusti 1999, och dokumenterades av notarius publicus i ett enhetligt protokoll. Parterna ville även samordna de två kontrollförvärven så att det ena inte skulle ske utan det andra. Avtalen som överlämnades till NMa sköts upp tills förhandlingarna om överförandet av RAG:s andelar var avslutade. Detta gjordes för att tillgodose RAG:s önskan att lämna CVK, eftersom RAG inte längre ville delta i CVK:s planerade nya företagsstruktur. Båda kontrollförvärven bör därför också företagsekonomiskt betraktas som en enhet. Även om dessa processer betraktas som två skilda transaktioner som genomförs omedelbart efter varandra, är de så pass beroende av varandra att man bör betrakta dem som en enda koncentration.

(21) Denna åsikt delade även Haniel i sitt ställningstagande till meddelandet om invändningar och under hearingen. Cementbouw däremot hävdar att om RAG:s utträde innebar att Haniel och Cementbouw förvärvar den gemensamma kontrollen över CVK, vilket Cementbouw tillbakavisar, borde kommissionen endast behandla detta kontrollförvärv. CVK:s kontrollförvärv över sina medlemsföretag är däremot en separat koncentration i rättslig mening. Att poolingavtalet och [RAG-transaktionen] beslöts samma dag innebär inte att det rör sig om ett enhetligt juridiskt eller företagsekonomiskt förlopp. Att poolingavtalet inte slöts omedelbart efter NMa:s beslut av den 20 oktober 1999 beror istället på inte närmare beskrivna praktiska problem. CVK:s förvärv av kontrollen över medlemsfabrikerna godkändes dock i och med NMa:s beslut av den 20 oktober 1998, varför detta förfarande inte kan vara föremål för kommissionens prövning.

(22) Kommissionen delar inte Cementbouws åsikt. Samtliga avtal som slöts den 9 augusti 1999 utgör ett enhetligt företagsekonomiskt förlopp med resultatet att en gemensam företagsorganisation av elva dittills juridiskt självständiga kalksandstensföretag som tillhört tre olika moderbolag nu förvandlas till ett enda självständigt fungerande företag som gemensamt kontrolleras av Haniel och Cementbouw. Haniel har vid flera tillfällen bekräftat att avtalen var beroende av varandra enligt de parter som deltog i transaktionen av den 9 augusti 1999 (Haniel, Cementbouw och RAG), och att avtalen utgör en företagsekonomisk enhet. Även på förfrågan har Cementbouw inte inkommit med någon förklaring till varför den transaktion som NMa hade godkänt sköts upp i över nio månader och genomfördes först när RAG utträdde. Kommissionen antar därför att RAG hade vägrat delta i poolingavtalets genomförande som indirekt andelsägare i CVK.

(23) Visserligen deltog RAG formellt och slöt avtalet innan avyttringen av RAG:s andelar till Haniel och Cementbouw verkställdes. Den rättsurkund där poolingavtalet och stadgeändringen dokumenteras visar tydligt att verkställandet av den nya CVK-struktur som godkänts av NMa endast kan anses ha genomförts med RAG:s deltagande med ett ytligt och formellt betraktelsesätt. Urkunden upprättades strax före avyttringen av RAG-andelarna dokumenterades, under samma sammanträde och av samme notarius publicus som också upprättade ett enhetligt protokoll över förfarandet. Ett sådant rent formellt betraktelsesätt kan inte vara avgörande för huruvida man enligt koncentrationsförordningen bedömer att en eller flera företagsekonomiska förvärv innebär en koncentration. Även de i detta fall relevanta bestämmelserna i artikel 5.2 andra stycket i koncentrationsförordningen visar att man bör betrakta skeendet företagsekonomiskt. Man bör därför utgå ifrån att de avtal som slöts den 9 augusti 1999 utgör en enda koncentration, där CVK förvärvar kontrollen över sina medlemsföretag och samtidigt Haniel och Cementbouw över CVK.”

127 Det följer av dessa skäl i det omtvistade beslutet att kommissionen har ansett att åtgärderna hade samband med varandra av följande tre skäl: ekonomisk samhörighet, transaktionerna registrerades samtidigt och hos samma notarius publicus och omständigheten att Haniel har bekräftat att åtgärderna var beroende av varandra.

128 Det är utrett att sökanden inte ifrågasätter att den andra gruppen av åtgärder (RAG-transaktionen och samarbetsavtalet mellan Haniel och sökanden) är avhängig den första. Förstainstansrätten konstaterar därför att den andra gruppen av åtgärder inte hade genomförts om det inte vore för den första gruppen av åtgärder.

129 Sökanden har däremot hävdat att kommissionen felaktigt har ansett att den första gruppen av åtgärder var beroende av den andra gruppen av åtgärder. Sökanden erinrar om att RAG när förslaget till poolingavtal mellan CVK och dess medlemsföretag anmäldes till NMa i februari 1998 innehade andelar i tre av medlemsföretagen. Sökanden grundar sig på denna omständighet för att hävda att den vid denna tidpunkt inte visste om att RAG ville avyttra sina andelar i dessa företag, vilket visar att den första gruppen av åtgärder, inbegripet poolingavtalet, utgör en självständig företagskoncentration. Sökanden har vidare hävdat att avtalet om RAG-transaktionen, vid den tidpunkt då samtliga åtgärder genomfördes, det vill säga den 9 augusti 1999, innehöll en regel som parterna hade kommit överens om innan poolingavtalet mellan CVK och medlemsföretagen ingicks, med syfte att — åtminstone i formellt hänseende — anpassa sig till NMa:s ståndpunkt från skrivelsen av den 26 mars 1999 att poolingavtalet mellan CVK och dess medlemsföretag borde ha ingåtts senast i samband med RAG-transaktionen, för att RAG-transaktionen inte skulle anses som en koncentration, i den mening som avses i den nederländska konkurrenslagen.

130 Dessa argument kan inte vinna bifall.

- 131 Även om inget i ärendet strider mot sökandens påstående att denne när förslaget till den första gruppen av åtgärder anmäldes till NMa i februari 1998 inte visste om att RAG ville överlåta sina andelar i tre av CVK:s medlemsföretag, kvarstår ändå det faktum att denna åtgärd genomfördes först den 9 augusti 1999, det vill säga samma dag som den andra gruppen av åtgärder genomfördes. Denna dag stod det emellertid klart inte bara att RAG hade beslutat att överlåta sina andelar i medlemsföretagen i CVK till Haniel och sökanden, utan dessutom att förutsättningarna för den första gruppen av åtgärder hade ändrats ordentligt, i och med att den andra gruppen av åtgärder genomfördes samma dag. Särskilt viktig är RAG-transaktionen genom vilken Haniel och sökanden tog gemensam kontroll över CVK.
- 132 I denna situation hade kommissionen grund att ifrågasätta varför den första gruppen av åtgärder inte hade genomförts före den 9 augusti 1999, vilket den gjorde under det administrativa förfarandet och, sedan den inte fått något tillfredsställande svar från parterna, i de ovan citerade skälen i det omtvistade beslutet.
- 133 Även om det rent allmänt inte är av avgörande betydelse att flera åtgärder har genomförts samtidigt när man bedömer om de har samband med varandra är det däremot i förevarande fall av stor vikt att den första gruppen av åtgärder senarelades till den tidpunkt då den andra gruppen av åtgärder genomfördes, eftersom det kan betyda att RAG inte var intresserad av den första gruppen av åtgärder och att denna grupp av åtgärder inte hade kunnat genomföras om inte RAG hade avhänt sig sina andelar i CVK, det vill med andra ord säga, om inte den andra gruppen av åtgärder hade genomförts.
- 134 Som förklaring till varför den första gruppen av åtgärder senarelades till då den andra gruppen av åtgärder genomfördes har sökanden i sina skrivelser nämnt tekniska och affärsmässiga problem vad gäller utjämning av förluster och vinster mellan medlemsföretag. Sökanden har i sin replik även nämnt att miljöutredningar

behövde genomföras och att semesterperioden i byggbranschen också hade medfört förseningar.

- 135 Dessa skäl kan emellertid inte förklara varför ett så viktigt beslut som innebar ändringar i samtliga CVK-medlemsföretags verksamhet har senarelagts med mer än nio månader efter NMa:s godkännande.
- 136 Vad gäller påståendet att miljöutredningar och sommarsemestrar har försenat den första gruppen av åtgärder har sökanden framfört dem först i repliken och de har inte styrkts.
- 137 Vad gäller påståendet om tekniska och affärsmässiga problem vad gäller utjämning av förluster och vinster mellan CVK:s medlemsföretag, anmärker förstainstansrätten, förutom att inte heller detta påstående har styrkts, att dess betydelse försvagas ordentligt av uppgifter i ärendet. Det kan noteras — och detta har inte ifrågasatts av sökanden när förstainstansrätten ställde frågor därom vid förhandlingen — att samtidigt som åtgärderna genomfördes den 9 augusti 1999 angavs i samarbetsavtalet mellan Haniel och sökanden att poolingavtalet rörande CVK:s medlemsföretags konton och kapital inte var helt reglerat vad gäller de företag som RAG tidigare hade ägt. Om denna fråga hade varit så viktig att den krävde att denna grupp av åtgärder skulle senareläggas, skulle den definitivt ha motiverat att senarelägga detta avtal även efter den 9 augusti 1999. Så har inte skett och det är för att en sådan senareläggning, till efter tidpunkten för den andra gruppen av åtgärder, hade haft avgörande betydelse även för sambandet mellan den första och den andra gruppen av åtgärder.

- 138 Eftersom sökanden inte har åberopat andra skäl finner förstainstansrätten att det faktum som var avgörande för den första gruppen av åtgärder var att den andra gruppen av åtgärder genomfördes, det vill säga att RAG överlät sina andelar i CVK.
- 139 Omständigheten att det i avtalet om RAG-transaktionen talas om det tidigare ingångna poolingavtalet gör inte att den första gruppen av åtgärder måste anses vara självständig gentemot den andra gruppen av åtgärder och att kommissionen således har gjort sig skyldig till en oriktig bedömning.
- 140 Det är i och för sig korrekt att notarius publicus inte har registrerat avtalen i ett och samma protokoll, tvärt emot vad kommissionen har angett i skäl 23 i det omtvistade beslutet.
- 141 Denna felaktiga uppgift utgör emellertid inte skäl för att ogiltigförklara det omtvistade beslutet.
- 142 I förevarande fall försvagar denna felaktiga uppgift inte det grundläggande konstaterandet att avtalen ingicks samma dag på grund av att RAG inte var villigt att godta den första gruppen av åtgärder utan att den andra gruppen av åtgärder samtidigt genomfördes, genom vilken RAG inte längre deltog i den första gruppen av åtgärder. Vid bedömningen av huruvida åtgärderna har samband med varandra ur ekonomisk synvinkel saknar det betydelse att den första gruppen av åtgärder genomfördes några minuter eller möjligtvis några timmar innan den andra gruppen av åtgärder.

- 143 Sökanden kan härvid inte göra gällande att den hyste berättigade förväntningar till följd av NMa:s skrivelse av den 26 mars 1999, i vilken denna hade föreslagit sökanden att genomföra de två grupperna av åtgärder på detta sätt, för att den andra gruppen av åtgärder, inbegripet RAG-transaktionen, inte skulle utgöra en företagskoncentration, i den mening som avses i den nederländska konkurrenslagen.
- 144 Förstainstansrätten konstaterar, utan att det är nödvändigt att beakta NMa:s resonemang i denna skrivelse, att sökanden aldrig har fått några preciserade garantier om att denna transaktion bestående av två grupper av åtgärder inte omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89 och kommissionens behörighet. Eftersom kommissionens behörighet inte bara bestäms av tidigare anmälda transaktioner (förstainstansrättens dom av den 28 september 2004, MCI mot kommissionen, T-310/00, REG 2004, s. II-3253, punkt 93), ankom det på parterna att, för att eventuellt kunna komma i åtnjutande av den rättssäkerhet som följer av kommissionens beslut om godkännande, meddela kommissionen sin avsikt att genomföra företagskoncentrationen den 9 augusti 1999. Så har emellertid inte skett.
- 145 För det tredje har sökanden, även om denne har hävdats att den första gruppen av åtgärder utgör en självständig företagskoncentration, inte förklarat vad som var syftet och den ekonomiska logiken bakom de tre delägarnas beslut att CVK:s medlemsföretag skulle samlas i en och samma ekonomiska enhet som styrs av CVK, utan att dessa delägare kan ta kontrollen över detta företag, medan den första gruppen av åtgärder är lättförståelig ur ekonomisk synvinkel, om man ser den mot bakgrund av att Haniel och sökanden genom att förvärva RAG:s andelar i CVK, fick gemensam kontroll över kooperativet.
- 146 Förstainstansrätten anmärker för det fjärde att det framgår av samarbetsavtalet mellan Haniel och sökanden att dessa företag båda två ansåg att en fusion mellan medlemsföretagen och CVK, så att de blir till ett enda företag, var önskvärd och att de noggrant utredde möjligheten att genomföra en sådan fusion, varigenom CVK

skulle omvandlas till ett enda företag, med Haniel och sökanden som ägare. Detta faktum stärker kommissionens påstående och förtydligar att den första gruppen av åtgärder endast var ett led i en större transaktion och saknade verklig självständighet.

147 Kommissionens analys understöds för det femte och slutligen även av att Haniel under det administrativa förfarandet har hävdad att åtgärderna var beroende av varandra, utan att sökanden har ifrågasatt att dessa påståenden, som senare återgavs i det omtvistade beslutet, var korrekta. Det är i och för sig korrekt som sökanden säger att parternas ståndpunkter före anmälan per definition är subjektiva och med nödvändighet speglar deras intressen. Denna omständighet får dock inte leda till att kommissionen när denna söker utreda vilken ekonomisk verklighet som uppstår genom en företagskoncentration, inte tar del av förklaringar från parterna som gör det möjligt för kommissionen att identifiera vad som var det ekonomiska mål som parterna i verkligheten eftersträvade när de genomförde åtgärderna i fråga. Även om icke ifrågasatta påståenden från en av parterna före anmälan inte i sig är avgörande, har kommissionen emellertid, såsom i förevarande fall, rätt att grunda sig på dessa förklaringar när de stöder övriga fakta som kommissionen grundar sin analys på.

148 Av detta följer att sökanden inte har visat att kommissionen har gjort sig skyldig till en oriktig bedömning genom att i det omtvistade beslutet anse att de två grupper av åtgärder som är i fråga i förevarande fall var oberoende av varandra, varför de tillsammans utgör en och samma företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89.

149 Talan kan således inte bifallas med stöd av den andra delen i första grunden.

Den första grundens tredje del: Kommissionen saknade behörighet att pröva huruvida CVK hade tagit kontrollen över sina medlemsföretag på grund av att NMa hade lämnat sitt tillstånd därtill

Parternas argument

150 Sökanden anser inom ramen för denna delgrund dels att även för det fall att kommissionen i sig är behörig att enligt artikel 3 i förordning nr 4064/89 pröva RAG-transaktionen, har den inte behörighet att pröva omständigheten att CVK tog över kontrollen över sina medlemsföretag genom poolingavtalet, eftersom denna åtgärd redan har godkänts av NMa.

151 Sökanden har till stöd för sitt påstående inledningsvis anmärkt att i motsats till vad kommissionen har hävdad i det omtvistade beslutet, finns det ingen skillnad mellan en sådan transaktion som den som anmäldes och sedan godkändes av NMa den 20 oktober 1998 och den transaktion som slutligen genomfördes den 9 augusti 1999. Sökanden noterar att kommissionen har medgett att transaktionen inte hade en gemenskapsdimension och har inte officiellt ifrågasatt NMa:s beslut, såsom den borde ha gjort enligt artiklarna 226 EG och 228 EG, vilket har gjort att sökanden har fått berättigade förväntningar. Vidare anser sökanden att kommissionens argument att NMa:s beslut saknar relevans, eftersom det grundas på nationell lagstiftning, inte är övertygande. Kommissionen glömmet enligt sökanden bort att bestämmelserna i den nederländska konkurrenslagstiftningen har sin grund i gemenskapsrätten och skall tolkas i enlighet med densamma. Sökanden ifrågasätter slutligen kommissionens antydan i skäl 30 i det omtvistade beslutet att de berörda parterna inte hade uppfyllt sina garantier till NMa, vilka har utställts för att denna skulle godkänna transaktionen i fråga. Enligt sökandens mening är denna antydan grundlös.

- 152 Sökanden har vidare hävdade att kommissionen har åsidosatt sin skyldighet att förklara varför den ansåg att NMA:s beslut var felaktigt.
- 153 Kommissionen har förkastat samtliga dessa argument och anser att den varken har åsidosatt artikel 3 i förordning nr 4064/89 eller åsidosatt sin skyldighet att motivera det omtvistade beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

- 154 För det första har sökanden, såsom förstainstansrätten har förklarat vad gäller den andra delgrunden i förevarande grund, inte visat att kommissionen har gjort sig skyldig till en oriktig bedömning när den ansåg att den första och den andra gruppen av åtgärder, vilka beskrivs i punkt 8 ovan, utgjorde en och samma företagskoncentration i den mening som avses i förordning nr 4064/89.
- 155 Följaktligen innebar NMA:s godkännande av den första gruppen av åtgärder helt klart inte ett godkännande för parterna att genomföra företagskoncentrationen den 9 augusti 1999. Eftersom sökanden inte har ifrågasatt kommissionens bedömning, i skäl 33 i det överklagade beslutet, att den samling åtgärder som genomfördes den 9 augusti 1999 hade en gemenskapsdimension, var kommissionen således den enda myndighet som hade behörighet att i förekommande fall pröva denna åtgärd.
- 156 Sökanden kan för det andra inte göra gällande att den hade berättigade förväntningar på grund av att kommissionen inte hade ifrågasatt NMA:s godkännande av den första gruppen av åtgärder.

- 157 Det godkännande som NMa har gett för den första gruppen av åtgärder, på grundval av en tolkning av bestämmelserna i den nederländska konkurrenslagstiftningen, innebär på intet sätt en rätt att göra gällande berättigade förväntningar gentemot kommissionen, eftersom detta godkännande inte kommer från gemenskapsmyndigheten enligt tillämpliga bestämmelser i förevarande fall, däribland artikel 3 i förordning nr 4064/89 (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 77 nämnda målet Branco mot kommissionen, punkt 102). I vilket fall som helst genomfördes den första gruppen av åtgärder inte under samma förutsättningar som de som har anmälts till NMa. Att den första gruppen av åtgärder senarelades till dagen för den andra gruppen av åtgärder innebär en avgörande förändring av de faktiska och rättsliga omständigheter som NMa grundade sig på när den godkände den första gruppen av åtgärder. Kommissionen har med rätta invänt att parterna genom företagskoncentrationen den 9 augusti 1999 inte bara har genomfört en faktisk fusion mellan CVK:s medlemmar och CVK utan också skapat ett gemensamt självständigt fungerande företag som Haniel och sökanden tillsammans har kontrollen över. NMa hade godkänt en grupp av åtgärder som i själva verket inte genomfördes i den formen.
- 158 Eftersom de två grupperna av åtgärder inte kan delas upp på grund av att de ingår i en och samma enhet, kunde kommissionen endast uttala sig om företagskoncentrationen som en helhet, eftersom den hade en gemenskapsdimension.
- 159 Det skall tilläggas att ett sådant synsätt inte innebär ett förbiseende av kompetensfördelningen mellan nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen enligt förordning nr 4064/89.
- 160 Kommissionens tillvägagångssätt kan förvisso i vissa situationer leda till att en åtgärd, trots att den inte motsvarar kraven på att ha en gemenskapsdimension, i den mening som avses i förordning nr 4064/89, trots detta kommer att omfattas av

dess tillämpningsområde, på grund av att den har samband med en eller flera andra åtgärder.

- 161 I ett sådant fall är det emellertid konstlat att anse att den första åtgärden är självständig ur ekonomisk synpunkt.
- 162 För det tredje är sökandens argument att kommissionen borde ha inlett ett förfarande om fördragsbrott enligt artikel 226 EG verkningsslöst. För det första innehåller handlingarna i ärendet inget som tyder på att kommissionen har ifrågasatt NMa:s behörighet att i beslutet av den 20 oktober 1998, vilket antogs med stöd av nationell lagstiftning, uttala sig om den första gruppen av åtgärder, varför detta beslut eventuellt skulle innebära att Konungariket Nederländerna har gjort sig skyldig till fördragsbrott. Kommissionen har tvärtom medgett en sådan behörighet och flera gånger understrukit att det omtvistade beslutet inte rörde samma företagskoncentration, på grund av att den första gruppen av åtgärder senarelades till samma dag som den andra gruppen av åtgärder, det vill säga den 9 augusti 1999. För det andra var kommissionen, med hänsyn till dess utrymme för eget skön vad gäller hur denna använder sina resurser och vad den ingriper mot, på intet sätt skyldig att inleda ett förfarande med tillämpning av artikel 226 EG mot en medlemsstat innan den antar ett beslut rörande bedömningen av en företagskoncentration som har en gemenskapsdimension.
- 163 Förstainstansrätten har för det fjärde och slutligen redan förkastat sökandens anmärkningar, som redovisats i punkt 151 ovan, rörande att bestämmelserna i den nederländska konkurrenslagstiftningen liknar dem i förordning nr 4064/89 och rörande att parterna har fullföljt sina garantier till NMa som de framställt före anmälan, vid prövningen av denna grunds första del (se punkterna 70–78 ovan), och de kan i vilket fall som helst inte medföra att det omtvistade beslutet ogiltigförklaras.

Förstainstansrätten avfärdar också sökandens påstående att det omtvistade beslutet inte har getts en tillräcklig motivering. Med hänsyn till omständigheterna i förevarande fall var kommissionen inte skyldig att förklara sitt påstående att NMa:s beslut, som fattats på grundval av den nationella lagstiftningen, var felaktigt.

164 Följaktligen finner förstainstansrätten att talan inte kan bifallas med stöd av den första grundens tredje del och att inte någon del av den första grunden kan leda till att talan bifalles.

2. Den andra grunden: Kommissionen har gjort en oriktig bedömning vad gäller att företagskoncentrationen har lett till att en dominerande ställning har uppstått, med åsidosättande av artikel 2 i förordning nr 4064/89

165 Denna grund består av två delgrunder. Den första delgrunden rör att kommissionen har gjort en oriktig bedömning vad gäller huruvida CVK hade en dominerande ställning. Den andra delgrunden rör att det inte har visats att det föreligger ett orsakssamband mellan företagskoncentrationen och den dominerande ställning som kommissionen påstår har uppstått.

Den andra grundens första del: Kommissionen har gjort en oriktig bedömning vad gäller huruvida CVK hade en dominerande ställning

Parternas argument

166 Sökanden ifrågasätter kommissionens bedömning av fem faktorer, som ledde till att kommissionen konstaterade att CVK hade en dominerande ställning på den nederländska marknaden för byggmaterial för bärande väggar (nedan kallad marknaden i fråga).

- 167 Sökanden hävdar för det första att kommissionen har gjort en felaktig bedömning av vilken roll material som konkurrerar med kalksandsten spelar på marknaden i fråga.
- 168 Sökanden anser dels att kommissionen, när den i skäl 96 i det omtvistade beslutet konstaterade att CVK är enda tillverkare och leverantör av kalksandsten i Nederländerna, har förbisetat att kalksandstensprodukter importeras från Tyskland och att det enligt det omtvistade beslutet inte finns en marknad för kalksandsten.
- 169 Sökanden ifrågasätter dels kommissionens slutsats, i skäl 97 i det omtvistade beslutet, att platsgjuten betong inte kan anses som ett material som utgör ett större konkurrenstryck för CVK. Sökanden har hävdad att uppgifter från tredje man om hur stabil ställning platsgjuten betong har på marknaden för byggmaterial för murar inte i sig kan leda till en sådan slutsats. Enligt sökanden har kommissionen inte prövat hur fördelningen av marknadsandelar har utvecklats för att avgöra exakt vilket konkurrenstryck som låg på CVK eller beaktat betongsektorns storlek och de betydande finansiella och ekonomiska resurser aktörerna i denna bransch har. Dessa omständigheter gjorde enligt sökanden att CVK var tvunget att beakta betongsektorn när kooperativet bestämde hur det skulle agera på marknaden i fråga. För att avgöra vilket konkurrenstryck som rådde på marknaden för platsgjuten betong har sökanden i repliken gjort gällande att man måste beakta den marknadsandel som platsgjuten betong har på marknaden i fråga ([10–15] procent) och inte bara den som den mest betydande konkurrerande tillverkaren av platsgjuten betong har ([2–5] procent).
- 170 Sökanden har för det andra ifrågasatt kommissionens bedömning i skälen 99–101 i det omtvistade beslutet att det förelåg avgörande hinder för inträde på marknaden i fråga. Kommissionen borde enligt sökanden i sin analys ha prövat samtliga kostnader och övriga potentiella hinder vad gäller samtliga produkter som

konkurrerar med kalksandsten. Sökanden har tvärtom hävdad att kommissionen i princip har begränsat sin analys till investeringskostnaderna och den långa tid som behövs för att bygga och ta i drift en fabrik för tillverkning av kalksandsten. Sökanden ifrågasätter vidare huruvida den tid som behövs för driftstart och utrustningsbehoven kan utgöra verkliga hinder för inträde på marknaden, enligt förordning nr 4064/89, särskilt om kapitalmarknaderna fungerar effektivt. Sökanden har dessutom hävdad att kommissionen inte tydligt har undersökt de kostnader som andra tillverkare av byggmaterial skulle ha haft om de hade behövt ersätta en del av sin tillverkning med material som konkurrerar med kalksandsten, trots att den i sitt svar på meddelandet om invändningar har anmärkt att betong kan tillverkas för flera användningsområden, däribland väggbyggen, i likhet med andra material, såsom kalksandsten, gipsplattor och trä. Sökanden har slutligen anmärkt att omständigheten att det, såsom anges i skäl 101 i det omtvistade beslutet, fanns överkapacitet för tillverkning av kalksandsten, vilket gjorde ett marknadsinträde mindre intressant, inte räcker för att denna överkapacitet skall kunna anses utgöra ett hinder för inträde på marknaden i fråga.

171 Sökanden ifrågasätter för det tredje flera delar i kommissionens bedömning i det omtvistade beslutet där det anges att varken byggmaterialhandlarna eller byggtreprenörerna hade sådan köparmakt att denna skulle kunna kompensera för CVK:s dominerande ställning på utbudssidan.

172 Vad gäller återförsäljarnas köparmakt erinrar sökanden om att dessa ingår i internationella koncerner eller inköpskooperativ, vilket gör att de har en styrkeposition gentemot CVK. Sökanden har tillagt att omständigheten att fem av de största byggmaterialhandlarna i Nederländerna, enligt vad som anges i skäl 102 i det omtvistade beslutet, står för nästan [60–80] procent av CVK:s försäljning, varav [20–30] procent för den största av dem, visar att byggmaterialhandlarna har en avsevärd köparmakt och att de, förutom vad avser platsgjuten betong, kan använda sig av andra produkter med samma användningsområde som kalksandsten. Att det

enligt sökanden är omöjligt för byggmaterialhandlarna att erbjuda platsgjuten betong till försäljning leder till att de kan tvinga CVK att tillämpa sådana priser och villkor som kan konkurrera med betongtillverkarnas. Sökanden vidhåller slutligen att byggmaterialhandlarna också kan importera kalkstensprodukter från Tyskland.

173 Vad gäller förhållandet mellan CVK, byggmaterialhandlarna och byggentreprenörerna, ifrågasätter sökanden flera av bedömningarna i skälen 75 och 103 i det omtvistade beslutet. Sökanden motsätter sig kommissionens påstående att CVK i allmänhet har god kunskap om användarnas identitet och bestämmelseorten för dess produkter, bland annat genom tillgång till arkitekternas byggplaner, vad gäller leveranser av byggmaterial som svarar för hälften av dess omsättning. Sökanden medger att CVK levererar direkt till vissa byggföretag men ifrågasätter ändå påståendet att CVK kan känna till vad de levererade produkterna kommer att användas till, även i de fall CVK känner till tjockleken på de levererade kalksandstensprodukterna. Sökanden har dessutom angett att de rabatter som CVK beviljade byggmaterialhandlarna, beroende på hur mycket kooperativet levererar till ett visst projekt eller ett visst byggföretag, inte är vanliga. Sökanden har tillagt att denna omständighet inte utgör grund för att ifrågasätta påståendet att byggmaterialhandlarna har en avsevärd köparmakt.

174 Sökanden har för det fjärde hävdade att kommissionens analys rörande den brist på inflytande som CVK har på den angränsande marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar, där CVK har en svagare ställning, är felaktig. Sökanden har dels understrukt att CVK saknar möjlighet att känna till bestämmelseorten för dess produkter för konstruktion av bärande väggar eller icke bärande väggar. Enligt sökanden var CVK således skyldigt att ta hänsyn till sin konkurrensmässiga situation på marknaden för icke bärande väggar när CVK beslutar hur det skall agera på marknaden i fråga, oberoende av omständigheten att [60–80] procent av CVK:s omsättning av kalksandsten avser denna marknad. Sökanden har dels hävdade att det av den ekonomiska analys som genomförts i professorerna von Wieszäckers och Elberfelds rapport, vilken har ingetts till kommissionen, men som det inte hänvisas till i det omtvistade beslutet, framgår att marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar hade en ”strykande inverkan” på marknaden i fråga.

- 175 Sökanden ifrågasätter för det femte kommissionens bedömning att CVK:s dominerande ställning har förstärkts av de strukturella banden mellan detta bolag och sökanden. Sökanden har inledningsvis erinrat om att den inte har kontroll över CVK och att detta kooperativ utövar sin verksamhet helt självständigt. Sökanden hävdar vidare att kommissionen felaktigt har påstått att sökanden har en "stark ställning" på den nederländska marknaden för byggmaterial för väggar, eftersom dess marknadsandel, på [2–5] procent, är jämförbar med den som flera andra aktörer har och inte ger sökanden en sådan ställning. Samma sak gäller sökandens verksamhet på marknaden för försäljning till byggmaterialhandlare, där kommissionen har nöjt sig med att komma med enkla påståenden och antaganden, bland annat vad gäller hänvisningen till årsrapporten från NBM Amstelland, vilket är den koncern som sökanden ingår i, medan dess marknadsandel endast uppgår till [2–5] procent. Sökanden har slutligen förnekat att CVK har gett sökanden en privilegierad ställning vad gäller försäljningen till byggmaterialhandlarna, tvärtemot vad tredje parter har påstått i det omtvistade beslutet. I vilket fall som helst hävdar sökanden att även om så vore fallet, kan inte bevis från tredje part räcka för att presumera en dominerande ställning vid tillämpning av förordning nr 4064/89.
- 176 Sökanden har för det sjätte hävdade att kommissionen inte har gett det omtvistade beslutet en tillräcklig motivering vad avser skälen varför kommissionen har valt att frångå NMa:s slutsats i beslutet av den 20 oktober 1998 rörande att CVK inte hade en dominerande ställning trots att detta beslut och NMa:s marknadsundersökningar genomfördes minst tre år innan det omtvistade beslutet antogs.
- 177 Kommissionen anmärker inledningsvis att sökanden inte har ifrågasatt uppgifterna om marknadsstruktur i skälen 90–95 i det omtvistade beslutet. Enligt kommissionen utgör emellertid redan uppgifterna om CVK:s, sökandens och Haniels marknadsandelar i sig ett klart tecken på att det var fråga om en dominerande ställning.

- 178 Efter denna anmärkning ifrågasätter kommissionen all sökandens kritik mot bedömningen av övriga faktorer som bidragit till dess slutsats att CVK har en dominerande ställning på marknaden i fråga.
- 179 Kommissionen har för det första, vad gäller den roll som olika byggmaterial som används i väggar spelar, anmärkt att sökanden varken ifrågasätter att den geografiska marknaden är Nederländerna, eftersom importen av kalksandsten från Tyskland är av marginell betydelse, eller att CVK är den enda tillverkaren av kalksandsten i Nederländerna och att detta byggnadsmaterial är det mest populära i denna stat, såsom anges i skäl 98 i det omtvistade beslutet. Denna situation bidrar enligt kommissionen till att stärka CVK:s ställning på marknaden i fråga, eftersom platsgjuten betong, om man anser att detta material ingår i samma marknad, endast konkurrerar med kalksandstensprodukter vad gäller de största byggprojekten, eftersom investeringskostnaderna är så stora.
- 180 Kommissionen avfärdar vidare sökandens påstående att den i det omtvistade beslutet inte har styrkt att betongsektorn inte innebar ett konkurrenstryck för CVK. Kommissionen har härvid anmärkt att ordalydelsen i skäl 97 i det omtvistade beslutet endast rör omständigheten att platsgjuten betong inte är ett material som utgör ett större konkurrenstryck för CVK medan betongsektorn i allmänhet inte omnämns. Kommissionen har även preciserat att denna slutsats inte bara grundas på hänsyn till sektorn för platsgjuten betong. Vid bedömningen av konkurrenstrycket från tillverkarna av platsgjuten betong har kommissionen återupprepat sin ståndpunkt från skälen i det omtvistade beslutet att man måste beakta marknadsandelarna för konkurrerande tillverkare av platsgjuten betong och att ingen av dem har en marknadsandel större än [2–5] procent på marknaden i fråga, och inte sektorn för platsgjuten betong, som produkt ([10–15] procent), på denna marknad. Ett sådant synsätt rättfärdigas enligt kommissionen bland annat av att marknaden i fråga är en differentierad marknad och att talet om ”marknadsandelar” på [10–15] procent innebär en överskattning av konkurrenstrycket för CVK, eftersom man då inbegriper sökandens egen andel av marknaden för platsgjuten betong. Kommissionen har därefter hävdatt att under de tre åren innan det omtvistade

beslutet antogs hade ingen betongleverantör en större marknadsandel än [2–5] procent, medan CVK:s marknadsandel fortsatte att utgöra [50–60] procent av marknaden i fråga. Kommissionen ifrågasätter därför sökandens argument angående betongsektorns inverkan och att aktörerna i denna sektor skulle kunna påverka verksamheten för CVK som tillverkar kalksandsten och kooperativets ställning på marknaden i fråga.

- 181 Kommissionen har för det andra förkastat sökandens påståenden att den inte har bedömt hindren för ett inträde på marknaden på ett korrekt sätt i det omtvistade beslutet.
- 182 Kommissionen erinrar inledningsvis om att tvärtemot vad sökanden hävdar talas det i det omtvistade beslutet om hinder för tillverkningen av samtliga typer av byggmaterial för bärande väggar och inte bara för kalksandstensprodukter.
- 183 Kommissionen avfärdar vidare sökandens påstående att investeringskostnaderna och tiden det tar att ta sig in på marknaden inte utgör verkliga hinder för marknadsinträde enligt förordning nr 4064/89. Enligt kommissionen är dessa kostnader och tidsperspektivet ett avgörande hinder, vilket den har förklarat i det omtvistade beslutet. Kommissionen erinrar i dupliken om att det har varit ovanligt med nya aktörer på marknaden och att sådana endast har inträtt på betongmarknaden, vilket sökanden inte har ifrågasatt. Kommissionen anser dessutom att sökandenas påstående att kommissionen inte genomfört en analys av eventuella kostnader för andra företag som tillverkar byggmaterial att överföra en del av sin tillverkning (stenplattor, gipsplattor, trä) till konkurrerande produkter, såsom betong, i stället för kalksandstensprodukter är ogrundat. Kommissionen menar nämligen att denna analys saknade relevans, eftersom tillverkare av andra byggmaterial än betong, på grund av strukturen av och övriga kännetecken för byggsektorn i Nederländerna, inte enkelt kunde överföra sin tillverkning, utan var tvungna att börja om från början för att tillverka byggnadsmaterial som kan konkurrera med kalksandstensprodukter.

- 184 Kommissionen anser slutligen, till skillnad från sökanden, att överkapacitet på en viss marknad spelar stor roll för att avgöra om det är möjligt att ge sig in på den marknaden, det vill säga om marknaden är tillräckligt lönande. I förevarande fall är det enligt kommissionen frågan om en betydande överkapacitet på marknaden i fråga, på grund av CVK, vilket gör det måttligt lockande att ge sig in på marknaden.
- 185 Kommissionen har för det tredje vidhållit att analysen i det omtvistade beslutet att CVK:s dominerande ställning inte kompenseras av byggmaterialhandlarnas köparmakt är korrekt.
- 186 Kommissionen anser inledningsvis och rent allmänt att vad gäller förordning nr 4064/89 skall köparmakten förstås som stora kunders — i förevarande fall byggmaterialhandlarna — möjlighet att inom rimlig tid hitta rimliga alternativ om en leverantör beslutar att höja sina priser eller försämra leveransvillkoren. I förevarande fall har kommissionen understrukit att även om byggmaterialhandlarna kan verka för att CVK erbjuder konkurrenskraftiga priser jämfört med betongtillverkarna, har de ändå inget alternativ, eftersom de inte saluför platsgjuten betong, vilket står för [10–15] procent av marknaden i fråga, och således inte har tillräcklig köparmakt för att kunna påverka CVK.
- 187 Kommissionen erinrar vidare — vad gäller sökandens argument att byggmaterialhandlarna kan importera kalksandstensprodukter från Tyskland — om att sökanden inte har ifrågasatt att denna import är marginell och att en byggmaterialhandlare vid förhandlingen har sagt att Haniel eller CVK såg till att sätta upp hinder för denna import.

188 Kommissionen har slutligen återupprepat sin bedömning att CVK i allmänhet kände till användarnas identitet och produkternas bestämmelseort, tvärtemot vad sökanden har hävdad, med viss självmotsägelse och otydlighet. Kommissionen har i detta sammanhang understrukit att CVK:s rabatter till byggmaterialhandlarna vid leveranser till bestämda byggprojekt eller byggföretag visar att CVK hade möjlighet att utöva inflytande över byggföretagens prispolitik gentemot sina kunder och således sina vinstmarginaler vad gäller bestämda byggprojekt, vilket begränsar eller till och med utesluter möjligheten för dem att använda inköpens storlek för att utöva ett allmänt tryck på CVK:s prispolitik.

189 Vad gäller sökandens kritik rörande resonemanget om det inflytande som konkurrensen på den närliggande marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar, anser kommissionen att den har styrkt att CVK dels hade möjlighet att avgöra eller förutse om dess produkter skulle komma att användas för bärande väggar eller icke bärande väggar, dels att CVK, i vilket fall som helst, främst grundade sin prissättningsstrategi på denna marknad. Vad gäller professorerna von Wieszäckers och Elberfelds rapport, vilken enligt sökanden visar att CVK:s ställning på marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar har haft en disciplinerande inverkan på dess ställning på marknaden i fråga, har kommissionen medgett att den inte uttryckligen har undersökt denna rapport i det omtvistade beslutet men kommit med tre observationer. Kommissionen har för det första understrukit att den modell för att bedöma priser som ges i denna rapport inte utgör en korrekt beskrivning av marknaden i fråga, bland annat eftersom man där utgår ifrån att CVK tillämpar samma priser på marknaderna i fråga och marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar. Kommissionen har för det andra anmärkt att i rapporten behandlas en fråga som kommissionen anser sakna relevans, nämligen under vilka förutsättningar CVK skulle sätta så höga priser att kooperativet inte längre skulle kunna sälja något på marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar. Kommissionen har för det tredje understrukit att om man antar att samma priser tillämpas på de två marknaderna, så överensstämmer slutsatserna i rapporten helt med slutsatserna i det omtvistade beslutet, där det anges att CVK sätter sina priser med beaktande av vilken ställning kooperativet har på marknaden i fråga. Det är därför som det, enligt kommissionen, inte är nödvändigt att uttryckligen pröva denna rapport i det omtvistade beslutet.

- 190 Kommissionen har för det femte vidhållit sin analys i det omtvistade beslutet att CVK:s dominerande ställning har stärkts genom de strukturella banden mellan detsamma och sökanden.
- 191 Kommissionen ifrågasätter för det sjätte också sökandens argument om otillräcklig motivering i det omtvistade beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

— Inledande anmärkningar

- 192 Före prövningen av CVK:s dominerande ställning skall det inledningsvis anmärkas att sökanden inte ifrågasätter kommissionens avgränsning av den berörda marknaden i det omtvistade beslutet, det vill säga marknaden för byggmaterial för bärande väggar i Nederländerna, där det viktiga är att det är fråga om bärande väggar. Det skall härvid preciseras att kommissionen i det omtvistade beslutet har lämnat frågan öppen huruvida platsgjuten betong – med hänsyn till bland annat de höga investeringskostnader som är förknippade med detta material (se skäl 77 i det omtvistade beslutet), inte konkurrerar med kalksandsten utom vad avser vissa stora projekt – skulle ingå i definitionen av den relevanta marknaden, eftersom kommissionen har ansett att denna fråga saknade betydelse för bedömningen av företagskoncentrationen (se skäl 81 i det omtvistade beslutet).
- 193 Det skall vidare noteras att det framgår av det omtvistade beslutet – och utan att detta konstaterande har vederlagts av sökanden – att de material som används mest på marknaden i fråga är kalksandsten, eftersom [50–60] procent av samtliga bärande

väggar byggs med detta material, därefter kommer platsgjuten betong ([10–15] procent), prefabricerade betongblock ([5–10] procent), tegel ([2–5] procent) och gasbetong ([0–2] procent).

194 Förstainstansrätten erinrar vidare om att artikel 2 i förordning nr 4064/89, med rubriken Bedömning av koncentrationer, har följande lydelse:

”1. Koncentrationer som omfattas av denna förordning skall bedömas på grundval av följande bestämmelser för att fastställa om de är förenliga med den gemensamma marknaden.

När kommissionen gör sin bedömning skall den ta hänsyn till

- a) behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden mot bakgrund av bl.a. strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen,

- b) de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, deras tillgång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknaden, utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna, avnämningens intressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen.

2. En koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

3. En koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.”

¹⁹⁵ Med dominerande ställning enligt artikel 2 i förordning nr 4064/89 förstås att ett eller flera företag har sådan ekonomisk makt att de kan förhindra bibehållandet av effektiv konkurrens på den ifrågavarande marknaden på grund av att de har möjlighet att i betydande omfattning uppträda utan att ta hänsyn till sina konkurrenter och kunder och, slutligen, till konsumenterna (förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753, punkt 200; se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, punkt 38).

¹⁹⁶ Enligt fast rättspraxis tillerkänner de materiella reglerna i förordning nr 4064/89, och i synnerhet artikel 2, kommissionen ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, speciellt när det gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är en förutsättning för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som bildar underlag för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna (domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen (Kali och Salz), REG 1998, s. I-1375, punkterna 223 och 224, och av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval, REG 2005, s. I-987, och förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 195 nämnda målet Gencor mot kommissionen, punkterna 164 och 165, och av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours mot kommissionen, REG 2002, s. II-2585, punkt 64).

- 197 Av detta följer att den prövning, som gemenskapsdomstolarna företar av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar vid utövandet av det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt förordning nr 4064/89, endast får avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte har förekommit maktmissbruk. Däremot har förstainstansrätten inte rätt att ersätta kommissionens ekonomiska bedömning med en egen bedömning (förstainstansrättens dom av den 3 april 2003 i mål T-342/00, Petrolessence och SG2R mot kommissionen, REG 2003, s. II-1161, punkt 101).
- 198 Förstainstansrätten anmärker vidare att kommissionen i skälen 90–108 i det omtvistade beslutet har grundat sig på sex faktorer när denna funnit att CVK hade en dominerande ställning. Dessa faktorer är, för det första, marknadsstruktur, för det andra, avsaknaden av betydande konkurrenstryck på CVK från tillverkarna av platsgjuten betong, medan CVK är den enda tillverkaren och leverantören av kalksandsten, vilket är det byggnadsmaterial som traditionellt används i Nederländerna för väggbyggen, för det tredje, förekomsten av avgörande hinder för marknadsinträde, för det fjärde, CVK:s kunders bristande köpmakt, för det femte, avsaknaden av begränsningar för CVK:s handlingsutrymme på marknaden i fråga, till följd av konkurrensläget på den angränsande marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar och, för det sjätte, de strukturella banden mellan CVK och sökanden som gjorde att de, vad gäller både utbud och leverans av byggmaterial för bärande väggar, hade ett betydligt större handlingsutrymme än sina konkurrenter.
- 199 Härvid är det utrett att sökanden inte ifrågasätter någon av bedömningarna i skälen 90–95 i det omtvistade beslutet rörande den första faktorn avseende marknadsstruktur, det vill säga marknadsandelarna för CVK, de parter som anmält koncentrationen och deras konkurrenter.
- 200 Förstainstansrätten vill precisera att det framgår av de ovan nämnda skälen i det omtvistade beslutet att CVK har mer än [50–60] procent av marknadsandelarna på

marknaden i fråga, om denna anses inbegripa marknaden för platsgjuten betong, medan sökanden, med samma avgränsning av marknaden, är den näst mest betydande aktören med ungefär [2–5] procent av marknadsandelarna, varvid anmälarnas främsta konkurrent endast har [2–5] procent och övriga konkurrenter mindre än [0–2] procent. Det framgår av uppgifterna i skäl 91 i det omtvistade beslutet att denna situation gäller enligt den avgränsning som är mest förmånlig för anmälarna, eftersom samma uppgifter, om man inte inbegriper platsgjuten betong i marknaden i fråga, blir att CVK har mer än [60–70] procent, medan samtliga konkurrenters andelar högst skulle utgöra [0–2] procent. Det är även utrett att marknaden fördelning inte har förändrats på något avgörande sätt under de senaste åren.

- 201 Att någon aktör har en stor marknadsandel är mycket viktigt och förhållandet mellan de marknadsandelar som det eller de företag som ingår i en koncentration har och konkurrenternas — särskilt de största — marknadsandelar är ett användbart indicium för om det föreligger en dominerande ställning. Denna faktor möjliggör nämligen en värdering av konkurrensförmågan hos konkurrenterna till det berörda företaget (domen i det ovan i punkt 195 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkterna 39, 40 och 48, och domen i det ovan i punkt 195 nämnda målet Gencor mot kommissionen, punkterna 201 och 202). Dessutom kan en särskilt stor marknadsandel i sig utgöra bevis för att det föreligger en dominerande ställning, särskilt när de andra företagen på marknaden har mycket mindre marknadsandelar (förstainstansrättens dom av den 28 april 1999 i mål T-221/95, Endemol mot kommissionen, REG 1999, s. II-1299, punkt 134).
- 202 Av dessa skäl utgör omständigheten att CVK har en marknadsandel som är minst fjorton gånger större än sin närmaste konkurrent, vilket sökanden inte bestrider, ett starkt indicium på att CVK har en dominerande ställning på marknaden i fråga.
- 203 Förstainstansrätten kommer att pröva om sökanden ändå har visat att kommissionen har gjort en uppenbart felaktig bedömning vad gäller de fem andra faktorer som har analyserats i det omtvistade beslutet, och om detta medför att beslutet skall ogiltigförklaras.

— Faktorn att tillverkarna av platsgjuten betong inte utövade ett betydande konkurrenstryck på CVK

204 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i skälen 96–98 i det omtvistade beslutet har angett att varken platsgjuten betong eller tillverkarna av detta material kunde utöva ett betydande konkurrenstryck på CVK, eftersom CVK är den enda tillverkaren av kalksandsten i Nederländerna och detta material traditionellt används för väggbyggen och särskilt för bärande väggar. Denna bedömning grundas bland annat på CVK:s konkurrenters marknadsandelar och skillnaderna mellan produkterna på marknaden i fråga, vilket ger ett företag som CVK möjlighet att förstärka sitt inflytande utöver vad som följer av dess tydliga marknadsandel, eftersom CVK är den ende leverantören av en viss produkt som konsumenterna särskilt uppskattar eller som särskilt används i vissa sammanhang.

205 Sökanden hävdar i huvudsak, utan att ifrågasätta relevansen av den faktor som kommissionen har tagit upp, att konstaterandet i skäl 97 i det omtvistade beslutet att CVK är den ende tillverkaren av kalksandsten innebär att kommissionen förbiser att kalksandstensprodukter importeras från Tyskland, och att det inte finns en marknad för kalksandsten. Sökanden avfärdar vidare kommissionens slutsats i skäl 97 i det omtvistade beslutet att betongsektorn inte utövade något konkurrenstryck på CVK. Kommissionen borde enligt sökanden ha undersökt hur marknadsfördelningen har utvecklats och bland annat ha beaktat vilka finansiella och ekonomiska resurser aktörerna i denna sektor har. Sökanden anser dessutom att det inte räcker att bara beakta marknadsandelen ([2–5] procent) för den mest betydande konkurrenten som tillverkar platsgjuten betong.

206 Förstainstansrätten avfärdar dessa påståenden.

207 Förstainstansrätten konstaterar för det första, vad gäller påståendet att kommissionen har förbiset att kalksandstensprodukter importerats till Nederländerna från Tyskland, att kommissionen, i skäl 84 i det omtvistade beslutet, har anfört följande vad gäller avgränsningen av den geografiska marknaden:

”Visserligen importeras i de nederländska gränsområdena väggbyggnadsmaterial från ... Tyskland, men denna import är så marginell att det inte är motiverat att inkludera delar av ... Tyskland i den relevanta geografiska marknaden. Marknadsundersökningen har påvisat förekomsten av hinder för marknadsinträde, särskilt på grund av olika byggnadsbestämmelser och arbetarskyddsbestämmelser. ... [i Tyskland är till exempel] de jämförbara väggjocklekarna starkare på grund av byggnadsnormerna, och väggarna är följaktligen dyrare än i Nederländerna i och med de högre materialkostnaderna. ...”

208 Förstainstansrätten erinrar även om att sökanden varken ifrågasätter definitionen av den relevanta marknaden eller konstaterandet att CVK är den ende tillverkaren av kalksandsten i Nederländerna. Sökanden har dessutom nöjt sig med att ange att byggmaterialhandlarna avsetter kalksandstensprodukter på den nederländska marknaden utan att ange några preciseringar vad gäller importens omfattning i volym eller pengar. Sökanden har i stället i sitt svar på meddelandet om invändningar, vilken denna har hänvisat till i sina skrivelser, endast beskrivit de olika kalksandstensprodukter som en av byggmaterialhandlarna eller importörerna erbjuder och som i hög grad liknar CVK:s sortiment.

209 Sökanden har för det andra missförstått det omtvistade beslutet när denne anser att det i beslutet konstateras att betongsektorn inte utövade något konkurrenstryck. Förstainstansrätten finner nämligen att det i skäl 97 i det omtvistade beslutet tydligt anges att sektorn för platsgjuten betong och tillverkarna av denna produkt inte utövar något betydande konkurrenstryck medan det inte talas om betongsektorn. Följaktligen har kommissionen inte i relevanta skäl i det omtvistade beslutet

förnekat att platsgjuten betong innebär ett konkurrenstryck, men endast ansett att trycket inte räcker för att påverka CVK:s ställning. Det skall härvid anmärkas att kommissionens analys, som är inriktad på platsgjuten betong, rättfärdigas av omständigheten att åtminstone två av CVK:s närmaste konkurrenter på marknaden i fråga endast tillverkar platsgjuten betong, vilket gör att kommissionen kunde pröva om CVK:s ställning, såsom denna framgår av dess marknadsandelar, kunde balanseras av konkurrenter som erbjuder denna typ av material på marknaden i fråga.

210 Kommissionen har även gjort rätt när denna inte bara har tagit hänsyn till andelen för platsgjuten betong rent allmänt ([10–15] procent), för uppförande av bärande väggar i Nederländerna, utan även beaktat marknadsandelen för CVK:s främste konkurrent ([2–5] procent). Den första uppgiften ([10–15] procent) inbegriper nämligen även sökandens marknadsandel men sökanden kan, till följd av dess ovan konstaterade kontroll över detta kooperativ, inte anses utgöra en konkurrent till CVK, varför procentsatsen måste viktas genom att även beakta marknadsandelen för CVK:s närmaste konkurrent, för att inte övervärdera eventuellt konkurrenstryck på CVK.

211 Vad gäller påståendet att kommissionen borde ha beaktat utvecklingen av hur marknadsandelarna i betongsektorn hade utvecklats, under förutsättning att detta argument berör platsgjuten betong, anser förstainstansrätten vidare att kommissionen har gjort tillräckligt genom att i skäl 97 i det omtvistade beslutet ange att platsgjuten betong verkade ha en stabil marknadsandel, enligt uppgifter från en nederländsk branschorganisation, eller till och med verkade ha minskat något enligt vissa aktörer, utan att detta kan leda till slutsatsen att konkurrenstrycket hade varit betydande för CVK vad avser detta marknadssegment. Vad gäller andelarna för företagen på marknaden är det dessutom utrett att ställningen för CVK och dess konkurrenter, från år 2000 fram till dess att det omtvistade beslutet antogs, varit i stort sett densamma, vilket kommissionen har understrukit i skäl 95 i det omtvistade

beslutet. Denna bedömning inbegriper med nödvändighet segmentet platsgjuten betong, eftersom CVK:s två viktigaste konkurrenter, såsom framgår av tabellen i skäl 91 i det omtvistade beslutet, var verksamma inom detta segment, men dessa hade en marknadsandel som var mindre än [2–5] procent respektive [0–2] procent.

- 212 Förstainstansrätten vill härvid understryka att rent allmänt kan förekomsten av konkurrenter endast utgöra en faktor som mildrar eller till och med undanröjer den dominerande ställningen för den berörda aktören om dessa konkurrenter har en så stark ställning att de utgör en verklig motvikt (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 3 april 2003 i mål T-114/02, BaByliss mot kommissionen, REG 2003, s. II-1279, punkt 329). Sökanden har inte anfört övertygande bevisning som vederlägger bedömningen i skäl 97 i det omtvistade beslutet att tillverkarna av platsgjuten betong – vilka dessutom var direkta konkurrenter till CVK på marknaden i fråga – inte utgjorde en sådan motvikt.
- 213 Förstainstansrätten konstaterar slutligen att frånvaron av betydande konkurrenstryck från sektorn för platsgjuten betong delvis kan härledas från skillnader i art för produkterna på marknaden i fråga, såsom kommissionen har betonat i skäl 98 i det omtvistade beslutet. Att produkterna är av så skild art betyder att varje produkt inte utgör en perfekt ersättning för en annan produkt och att höjda priser på en produkt följaktligen inte med nödvändighet medför att det företag som höjer priset förlorar marknadsandelar till sina konkurrenter som tillverkar en annan produkt, vilket är fallet för helt utbytbara produkter. Omständigheten att platsgjuten betong inte är en helt utbytbar ersättning för kalksandsten, bland annat eftersom detta material medför extrakostnader — såsom angetts i skälen 58 och 77 i det omtvistade beslutet och vilket sökanden inte har ifrågasatt — innebär att detta material och de som tillverkar det inte kan utöva något större konkurrenstryck på CVK.
- 214 Även om man anser att kommissionens bedömning rörde betongsektorn i allmänhet har sökanden emellertid inte med hjälp av tydliga och samstämmiga uppgifter visat

att tillverkare inom detta segment av marknaden i fråga hade möjlighet att fungera som en verklig motvikt som påverkade CVK:s ställning.

- 215 Av detta följer att kommissionens bedömning av den andra faktorn i det omtvistade beslutet inte innebär en uppenbart oriktig bedömning.

— Faktorn att det förelåg avgörande hinder för inträde på marknaden

- 216 I skälen 99–101 i det omtvistade beslutet har kommissionen angett följande:

”(99) Även med hänsyn till parternas och CVK:s ställningstagande till meddelandet om invändningar och diskussionen under hearingen anser kommissionen att det förekommer avgörande hinder för marknadsinträde. CVK kontrollerar alla kalksandstensfabriker i Nederländerna och därmed också tillverkningen av det väggbyggnadsmaterial som är det avgjort viktigaste på den relevanta produktmarknaden. Kommissionens marknadsundersökning visar att tillverkare av andra väggbyggnadsmaterial endast med en stor tids- och investeringsinsats kan stiga in i tillverkningen av kalksandstensprodukter. Motsvarande gäller även andra väggbyggnadsmaterial såsom gasbetong. Tillverkningsprocesserna och därmed också tillverkningsanläggningarna är olika för respektive väggbyggnadsmaterial.

(100) Visserligen har Haniel angett investeringskostnaderna för en kalksandstensfabrik med endast runt [konfidentiell uppgift] euro. Nyinrättandet av en fabrik för

fabriksblandad betong kostar enligt Haniels uppgifter [konfidentiell uppgift] euro. Cementbouw har dock gjort en avsevärt högre skattning av investeringskostnaderna. Dessutom angav alla de konkurrenter som tillfrågades i marknadsundersökningen att de endast med stora svårigheter kan utöka sin existerande produktionskapacitet eller påbörja tillverkning av ett annat väggbyggnadsmaterial. En av de tillfrågade angav att inrättandet av en ny kalksandstensfabrik kräver en investering på cirka [konfidentiell uppgift] euro, att ett tillstånd krävs från myndigheterna som är mycket svårt att få, och att den rena byggtiden för fabriken är två år. I motsats till parternas uppfattning att de beskrivna hindren för marknadsinträde är låga anser kommissionen under dessa omständigheter att inget konkurrenstryck består från möjliga marknadsinträden som skulle vara tillräckligt för att kontrollera CVK:s handlingsutrymme på den relevanta marknaden. Följaktligen konstaterades den senaste tiden endast mycket få marknadsinträden, där samtliga begränsades till betongområdet.

(101) Vad gäller kalksandsten finns dessutom avsevärd överkapacitet som gör ett marknadsinträde föga attraktivt, även efter CVK:s nedläggning av tre av de ursprungligen elva kalksandstensfabrikerna. CVK:s kvarvarande tillverkningsanläggningar är dessutom jämnt fördelade över Nederländerna så att CVK kan leverera till alla sina kunder från en fabrik i närheten. Kommissionens marknadsundersökning visar att även denna faktor förstärker CVK:s position.”

217 Sökanden har dock hävdade att kommissionen i huvudsak har begränsat sin analys till de tids- och investeringskostnader som är förknippade med bygge och drift av fabriker för tillverkning av kalksandsten, i stället för att pröva samtliga kostnader och andra möjliga hinder som berör samtliga produkter som konkurrerar med kalksandsten. Sökanden ifrågasätter också påståendena att den tidsåtgång och de kostnader som anges i det omtvistade beslutet utgör verkliga hinder för marknadsinträde, särskilt om kapitalmarknaderna fungerar effektivt. Sökanden hävdar även att kommissionen inte har undersökt de kostnader som andra tillverkare av byggmaterial skulle få om de skulle bli tvungna att ersätta en del av sin

tillverkning med kalksandsten, medan sökanden i sitt svar på meddelandet om invändningar, har angett att betong kan tillverkas för olika användningsområden, även för vägbyggen. Sökanden ifrågasätter slutligen att den överkapacitet som förekommer inom segmentet kalksandsten kan utgöra ett verkligt hinder för inträde på marknaden i fråga.

218 Förstainstansrätten anser inledningsvis att sökandens invändning att kommissionen endast har undersökt den tidsåtgång och de kostnader som är nödvändiga för att ge sig in i segmentet kalksandsten inte kan vinna bifall. Kommissionens ovannämnda analys omfattar nämligen även andra väggbyggnadsmaterial, såsom platsgjuten betong, vilket bland annat framgår av skäl 100 i det omtvistade beslutet. Det framgår också av skäl 99 i det omtvistade beslutet att kommissionen har preciserat att den stora tidsåtgången och de stora investeringskostnaderna inte bara rör inträde inom segmentet tillverkning av kalksandsten, utan även gäller för tillverkning av andra byggmaterial på marknaden i fråga, såsom gasbetong. Av detta följer att kommissionen, tvärtemot vad sökanden har hävdad, inte har begränsat sin bedömning till hinder för marknadsinträde i fråga om segmentet kalksandsten.

219 Förstainstansrätten anser vidare, vad gäller frågan hur man skall beskriva de "hinder för marknadsinträde" i form av investeringskostnader och stor tidsåtgång som beskrivs i det omtvistade beslutet, för det första och rent allmänt, att de utgör sådana hinder av varierande slag, särskilt ekonomiskt, kommersiellt eller finansiellt, som gör att potentiella konkurrenter till befintliga företag utsätts för så stora risker och kostnader att de avskräcks från att ge sig in på marknaden inom kort eller att det gör det svårt för dem att så göra, eftersom de saknar resurser att utöva konkurrenstryck på befintliga företag.

220 Förstainstansrätten konstaterar att det i princip inte kan uteslutas att det i kapitalintensiva branscher är möjligt att låna ihop medel som behövs för

investeringar på kapitalmarknaderna. I förevarande fall måste den emellertid konstatera att sökanden inte har styrkt att kommissionen har gjort sig skyldig till uppenbar oriktig bedömning genom att konstatera att det förekom avgörande hinder för inträde på marknaden i fråga, med hänsyn till samtliga uppgifter som anförts till stöd för det omtvistade beslutet.

221 Vad gäller inträde i segmentet kalksandsten finner förstainstansrätten att kommissionen har grundat sig på ett antal fakta av rättslig och ekonomisk art avseende nödvändigheten att erhålla ett administrativt tillstånd, omständigheten att det tar två år att bygga en produktionsanläggning samt de betydande investeringskostnaderna, jämte det faktum att det föreligger betydande överkapacitet även sedan tre av CVK:s medlemmar lagt ned sin verksamhet (Boudewijn, Bergumermeer och Vogelenzang), vilket gör ett marknadsinträde mindre attraktivt, eftersom CVK fortfarande kunde leverera till vilken kund som helst i Nederländerna från de återstående åtta företagen.

222 Dessa fakta tillsammans med omständigheten, vilken sökanden inte har vederlagt, att de företag som är verksamma i de andra marknadssegmenten endast med stor svårighet kunde ge sig in på tillverkning av andra väggbyggnadsmaterial, räcker för att det skall stå klart att kommissionen absolut inte har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning av sannolikheten för att en potentiell konkurrent till CVK kan tänkas ge sig in i detta segment. Vad avser frågan vilka investeringskostnader som behövs för att bygga en fullständig produktionsanläggning har sökanden i svar på förstainstansrättens skriftliga frågor angett ett belopp på [konfidentiell uppgift] miljoner euro, vilket är en uppskattning som ligger helt inom ramen för kommissionens uppgifter i skäl 100 i det omtvistade beslutet, men inte förklarat varför denne i sitt svar även har påstått att en mindre investering skulle kunna vara tillräckligt för att möjliggöra inträde på marknaden i fråga.

223 Vad avser övriga segment av marknaden i fråga konstaterar förstainstansrätten att sökanden inte har kritiserat kommissionens bedömning i skäl 100 i det omtvistade beslutet att man endast har kunnat konstatera ett fåtal inträden på referensmark-

naden och detta endast inom betongsektorn. Det framgår härvid av kommissionens av sökanden icke ifrågasatta svar på förstainstansrättens frågor att dessa nya aktörer som är verksamma i segmentet tillverkning av platsgjuten betong högst har kunnat ta [0–2] procent av marknaden, trots att koncentrationen när kommissionen antog det omtvistade beslutet hade förelegat i mer än två år. Sökanden har — trots att det framgår av handlingarna i målet att denne har försvarat sin uppgift att investeringskostnaderna för att bygga en ny fabrik för platsgjuten betong uppgår till [konfidentiell uppgift] miljoner euro, vilket är ett betydligt högre belopp än det som Haniel har angett på ([konfidentiell uppgift] miljoner euro) och vilket är den uppgift som har återgetts i det omtvistade beslutet — inte ifrågasatt att även CVK:s aktuella konkurrenter har haft stora svårigheter att öka sin produktionskapacitet, bland annat på grund av existerande överkapacitet, eller ge sig in på tillverkning av andra väggbyggnadsmaterial, varvid detta är omständigheter som kommissionen har preciserat i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor. Dessa fakta tillsammans gör att förstainstansrätten kan dra slutsatsen att kommissionen inte har gjort sig skyldig till uppenbart oriktig bedömning, eftersom det även förelåg avgörande hinder för inträde vad avser övriga segment av marknaden i fråga vilket förhindrar effektiv konkurrens gentemot CVK på denna marknad.

224 Förstainstansrätten anmärker vidare rent allmänt att även om sökanden har vägrat att beteckna förekomsten av överkapacitet på denna marknad som ett hinder för marknadsinträde har denne ändå som svar på en fråga från förstainstansrätten vid förhandlingen medgett att sådan överkapacitet "har verkningar som ett hinder för ett marknadsinträde".

225 Förstainstansrätten anser för det tredje att sökandens påstående att kommissionen inte har undersökt möjligheten för tillverkare av tegel, gips och trä som används för andra ändamål än väggbyggen att ge sig in på marknaden för byggmaterial för bärande väggar saknar relevans. Det är nämligen utrett att tegel med hänsyn till marknadens struktur endast används i andra hand som byggmaterial för bärande väggar (se skälen 61 och 66 i det omtvistade beslutet), medan varken gips eller trä används överhuvudtaget som byggmaterial för bärande väggar (se skälen 53 och 60 i

det omtvistade beslutet). Av detta följer att en undersökning av kapaciteten hos tillverkare av tegel, gips och trä att använda dessa material som byggmaterial för bärande väggar inte hade kunnat leda till en annan bedömning än den i det omtvistade beslutet, nämligen att det förelåg avgörande hinder för inträde på marknaden i fråga.

226 Av dessa skäl avfärdar förstainstansrätten sökandens kritik rörande kommissionens bedömning vad gäller den tredje faktorn rörande förekomsten av avgörande hinder för marknadsinträde.

— Faktorn att CVK:s kunder saknade köparmakt

227 Följande anges i skälen 102 och 103 i det omtvistade beslutet:

”(102) Även med hänsyn till parternas och CVK:s ställningstagande till meddelandet om invändningar och diskussionen under hearingen anser kommissionen att CVK:s kunder inte har marknadsinflytande. Ingen enskild kund står för en avgörande del av CVK:s omsättning. Visserligen härrör runt [60–80] procent av CVK:s omsättning från de fem största byggmaterialhandlarna, där den största ensam står för en andel av omsättningen på [20–30] procent. Även en sådan andel av totalomsättningen ger inte den störste köparen marknadsinflytande, eftersom tillräckligt många andra byggmaterialhandlare står till förfogande som alternativ. Vissa av dessa byggmaterialhandlare är dessutom inköpskooperativ (nederländska: 'inkoopcombinaties'). Avgörande faktum är att byggmaterialhandlarna är beroende av handeln med CVK:s produkter. Kalksandsten är det viktigaste väggbyggnadsmaterialet i Nederländerna. Det näst viktigaste väggbyggnadsmaterialet är betong. Betong är dock inget alternativ för byggmaterialhandeln eftersom varken platsgjuten betong eller prefabricerade betongelement marknadsförs i nämnvärd omfattning av byggmaterialhandeln. Därför kan inget annat byggmaterial ersätta marknadsföringen av

kalksandsten för byggmaterialhandlarna. Detta bekräftades även av Raab Karcher under hearingen. Visserligen må det vara så, som Haniel förklarade, att en byggmaterialhandlare vid olämplig prissättning av kalksandsten riskerar att man istället väljer betong för ett byggprojekt. Detta innebär dock endast att handlaren med sitt utbud av kalksandsten — och indirekt även CVK — konkurrerar med betongleverantörerna, och inte att handlare kan utöva köparmakt mot CVK.

(103) I övrigt har CVK avgörande inflytande på prisbildningen gentemot byggföretagen. Visserligen innebär marknadsföringen ekonomiska risker för byggmaterialhandlarna, men det är byggtreprenörerna som avgör valet av byggmaterial, inte byggmaterialhandlarna. Såsom redan redogjorts i detalj har CVK i allmänhet god uppfattning om vilka konsumenterna är och produkternas bestämmelseort. Leverans sker direkt från den kalksandstensfabrik som ligger närmast respektive byggprojekt. Enligt CVK:s uppgifter lämnas rabatter till byggmaterialhandlare, som kan vara knutna till leverans till särskilda byggtreprenörer eller särskilda byggprojekt. I övrigt är byggtreprenörerna utspridda och kan inte själva utöva köparmakt. Även den andel av efterfrågan som härrör från stora nederländska byggkoncerner som Bam Groep, Koninklijke Volker Wessels Stevin, Heijmans, Ballast Nedam och HBG är för sig för liten för att dessa skulle kunna utöva köparmakt som hade kunnat kompensera för CVK:s dominerande ställning på utbudssidan.”

228 Sökanden har hävdats att kommissionens sifferuppgifter visar att byggmaterialhandlarna hade köparmakt gentemot CVK, särskilt som de ingår i internationella koncerner eller har gått samman i inköpskooperativ. Enligt sökanden kan byggmaterialhandlarna alltså övergå till att använda produkter som konkurrerar med kalksandsten, med undantag för platsgjuten betong. Omständigheten att byggmaterialhandlarna inte levererar platsgjuten betong utgör ett incitament för dem att se till att erhålla förmånliga priser och villkor från CVK på grund av konkurrensen från betongtillverkarna. Sökanden har återupprepat sina påståenden

att byggmaterialhandlarna även köper in kalkstensprodukter från Tyskland. Sökanden ifrågasätter slutligen kommissionens bedömning att CVK har god uppfattning om vilka konsumenterna är och produkternas bestämmelseort och har även avfärdat påståendena om hur stora och hur vanligt förekommande rabatter till byggmaterialhandlarna var, och denna omständighet ändrar i vilket fall som helst inte det faktum att dessa hade köparmakt gentemot CVK.

- 229 Förstainstansrätten finner inte dessa påståenden övertygande.
- 230 Förstainstansrätten anmärker inledningsvis att köparmakten — såsom kommissionen har gjort gällande i sina skrivelser och vilket sökanden inte har ifrågasatt — för en leverantörs kunder kan uppväga leverantörernas marknadsinflytande om de har möjlighet att inom rimlig tid använda sig av andra källor om leverantörer beslutar sig att höja sina priser eller försämra sina leveransvillkor.
- 231 I förevarande fall har kommissionen — i syfte att visa att byggmaterialhandlarna inte har en sådan köparmakt att den kompenserar för CVK:s marknadsinflytande bland annat till följd av kooperativets marknadsandelar och den utbudsstruktur som har beskrivits ovan — grundat sig dels på att aktörerna var spridda över marknaden, det vill säga marknaden för leverans av byggmaterial för bärande väggar i Nederländerna var föga koncentrerad, dels på att aktörerna saknade rimliga alternativ för leverans av sådant material, de var med andra ord beroende av CVK.
- 232 Förstainstansrätten finner att dessa två villkor, även om de inte nödvändigtvis är uttömmande för att belägga eller vederlägga påståendet att kunderna har en köparmakt som uppväger leverantörens ekonomiska styrka, är av största relevans. Kriteriet rörande hur koncentrerad köpmarknaden är betyder att om det är fråga om

få köpare, kan detta göra att deras förhandlingsposition gentemot leverantören stärks. Kriteriet rörande förekomsten av rimliga alternativa källor gör det möjligt att avgöra om det är sannolikt att leverantören kommer att tvingas begränsa eller helt avstå från prishöjningar.

233 I förevarande fall anser förstainstansrätten, vad gäller byggmaterialhandlarnas spridning, att trots att det är utrett att de fem största byggmaterialhandlarna i Nederländerna står för nästan [60–80] procent av CVK:s försäljning, varav [20–30] procent avser den största av dem, visar dessa uppgifter, tvärt emot vad sökanden hävdar, inte i sig att byggmaterialhandlarna hade köparmakt gentemot CVK. Det är nämligen också utrett att ingen kund står för en betydande del av CVK:s omsättning. Sökanden ifrågasätter inte att det finns andra byggmaterialhandlare som är organiserade i inköpskooperativ och som därmed har möjlighet att göra stora inköp, vilka CVK i förekommande fall kan finna avsättning hos i stället. Sökanden har inte heller vederlagt påståendet att CVK levererar direkt till vissa byggföretag (slutkunderna), vilket naturligtvis ökar antalet företag till vilka det går att sälja kalksandsten.

234 Förstainstansrätten vill dessutom anmärka att enligt CVK:s uppgifter i en bilaga till dupliken, återfinns sökanden själv bland de fem största byggmaterialhandlare som nämns i det omtvistade beslutet. Med hänsyn till den kontroll som sökanden har över CVK är det åtminstone föga troligt att sökanden själv kommer att agera för att eventuellt åstadkomma en köparmakt hos CVK:s kunder som är sådan att den uppväger CVK:s ekonomiska makt.

235 Vad gäller omständigheten att det inte finns några rimliga alternativ vad gäller inköp av byggmaterial medger sökanden att byggmaterialhandlarna inte levererar platsbytet betong i någon större omfattning och att sökanden inte har uttalat sig om uppgiften att de inte levererar prefabricerade betongelement. Mot denna

bakgrund kan leverantörerna av platsgjuten betong, trots att de är CVK:s viktigaste konkurrenter på marknaden i fråga, inte fungera som ett trovärdigt alternativ för byggmaterialhandlarna. Samma sak gäller för leveranser av inköp från tillverkarna av prefabricerade betongelement, vilket är ett material som används vid [5–10] procent av alla byggen av bärande väggar i Nederländerna.

236 Denna bedömning vederläggs inte av sökandens argument att byggmaterialhandlarna hade möjlighet att köpa kalksandstensprodukter från Tyskland. Det räcker att konstatera att det är utrett att importen av kalksandstensprodukter från denna stat är marginell och att sökanden inte har framfört någon konkret uppgift som stöder dess påstående.

237 Det skall vidare anmärkas att en av de viktigaste byggmaterialhandlarna vad avser byggmaterial för bärande väggar i Nederländerna, Raab Karcher, vid utfrågningen vid kommissionen den 16 maj 2002, har bekräftat att CVK inte påverkades av någon köparmakt, vilket är ett påstående som sökanden inte har förnekat, varvid Raab Karcher har preciserat att även mindre betydande alternativ faller på att kalksandsten spelar en så viktig roll på marknaden i fråga.

238 Vad avser kommissionens bedömning att CVK i allmänhet har en god uppfattning om vilka konsumenterna är och om produkternas bestämmelseort, vilket gör att sökanden kan utöva ett betydande inflytande gentemot byggentreprenörerna (slutkunderna) vad gäller prissättningen, har denna möjlighet inget inflytande på den eventuella köparmakt som byggmaterialhandlarna har gentemot CVK. Eftersom kommissionen inte har gjort en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att byggmaterialhandlarna inte hade en sådan köparmakt, räcker det att konstatera att sökandens argument saknar betydelse, varvid förstainstansrätten också vill påpeka att sökanden inte har påstått att entreprenörerna själva eventuellt har köparmakt gentemot CVK.

239 Av detta följer att sökandens invändningar rörande den fjärde faktorn i det omtvistade beslutet rörande att CVK:s kunder saknar köparmakt skall avfärdas.

— Faktorn rörande att det inte fanns några gränser för CVK:s handlingsutrymme på marknaden för byggmaterial för bärande väggar, till följd av konkurrensläget på den angränsande marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar

240 I skäl 104 i det omtvistade beslutet har kommissionen angett följande:

”(104) CVK:s handlingsutrymme på marknaden [i fråga] begränsas ej heller av konkurrensläget på den angränsande marknaden för väggbyggnadsmaterial för icke bärande väggar, där CVK:s position är svagare. Parterna och CVK vederlade inte kommissionens åsikt i meddelandet om invändningar att CVK vid sin prissättning kan ta hänsyn till om produkter kommer att användas för bärande eller icke bärande väggar och att prissättningen i första hand utformas enligt konkurrensläget på den för CVK viktigare marknaden för bärande väggar. I denna fråga hänvisas till redogörelserna i skälen 75 och 76.”

241 I nämnda skäl anges följande:

”(75) I sin prissättning av produkter som används för bärande väggar CVK som enda kalksandstenstillverkare i Nederländerna inte begränsas av priser som gäller på marknaden för produkter som är avsedda för icke bärande väggar. Kommissionens

marknadsundersökning visar att CVK ofta känner till hur de egna produkterna används i praktiken. För det första känner CVK i många fall till produkternas bestämelseort eftersom man ofta ansvarar för leveransen av sina produkter till en viss byggplats. Därutöver har CVK vid leverans av element, som utgör hälften av CVK:s omsättning, tillgång till arkitekturritningarna. Dessutom har Haniel uppgivit att tjockleken hos en avgörande del av kalksandstenprodukterna visar om de används för bärande eller icke bärande väggar. Dessa upplysningar bekräftades även av Raab Karcher under hearingen. Även med hänsyn till parternas och CVK:s ställningstagande till meddelandet om invändningar och diskussionen av denna fråga under hearingen anser kommissionen därför att CVK kan differentiera sin prissättning så att den motsvarar konkurrensläget. I detta sammanhang är en implicit pris-differentiering mellan stora och små byggprojekt möjlig i form av mängdrabatter och enhetliga transportpriser. CVK har uppgivit att byggmaterialhandlare får projekt- och byggentreprenörsspecifika rabatter.

(76) Även om CVK inte kan differentiera sin prissättning för kalksandstensprodukter för bärande och för icke bärande väggar kan man anta att CVK i första hand anpassar sin prisstrategi till marknaden [i fråga], eftersom CVK säljer [60–80] procent av sina produkter på marknaden för bärande väggar.”

242 Sökanden påstår dels att CVK var skyldigt att ta hänsyn till sin konkurrensmässiga situation på marknaden för icke bärande väggar, oberoende av omständigheten att [60–80] procent av CVK:s omsättning av kalksandsten avser denna marknad. Sökanden har dels hävdad att det av professorerna von Wiesäckers och Elberfelds rapport, vilken har ingetts till kommissionen, men som det inte hänvisas till i det omtvistade beslutet, framgår att den närliggande marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar hade en ”strykande inverkan” på marknaden i fråga.

243 Vad avser det första argumentet skall det anmärkas att, oavsett huruvida CVK känner eller inte känner sina produkters bestämmelseort, och till och med om det är så som sökanden hävdar att CVK är helt ovetande om sina produkters bestämmelseort, betyder detta inte att CVK vid sin prissättning på marknaden i fråga begränsas av konkurrensläget på den angränsande marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar, eftersom det är utrett att CVK avsätter [60–80] procent av sin tillverkning av kalksandsten på den förstnämnda marknaden. Kommissionen har således inte gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den i skäl 104 i det omtvistade beslutet, med hänvisning till skäl 76 i nämnda beslut, konstaterade att ”prissättningen i första hand utformas enligt konkurrensläget på den för CVK viktigare marknaden för bärande väggar”.

244 Vad avser sökandens påstående att marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar i Nederländerna haft en ”strykande inverkan” på marknaden i fråga, såsom påstås framgå av professorerna von Wieszäckers och Elberfelds rapport, konstaterar förstainstansrätten att denna rapport inte omnämns i det omtvistade beslutet. Denna omständighet är dock inte av sådan art att den kan ändra nämnda bedömning i skälen 76 och 104 i det omtvistade beslutet. Analyserna i denna studie överensstämmer nämligen med bedömningen i det omtvistade beslutet att CVK främst bestämmer sina priser med hänsyn till marknaden i fråga. Det framgår särskilt av denna studie att även om man beaktar att efterfrågan i ett ”marginellt segment”, närmare bestämt marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar, påverkar priserna i ”huvudsegmentet”, det vill säga marknaden i fråga, så att priserna blir lägre än vad som hade varit fallet om hänsyn bara hade tagits till det senare segmentet, kvarstår ändå det faktum att CVK, även under dessa förhållanden, främst bestämmer sina priser med hänsyn till sin ställning i huvudsegmentet, det vill säga marknaden i fråga.

245 Förstainstansrätten vill tillägga att sökanden i sin replik har nöjt sig med att komma med allmänna överväganden som redan angetts i ansökan och inte på allvar har ifrågasatt de skäl som kommissionen har angett i sina skrivelser vilka har sammanfattats i punkt 189 ovan, varför denna inte har hänvisat till professorerna von Wieszäckers och Elberfelds rapport i det omtvistade beslutet.

246 Av detta följer att sökanden inte har visat att analysen av den femte faktorn rörande att det inte fanns några gränser för CVK:s handlingsutrymme på marknaden i fråga, till följd av konkurrensläget på den angränsande marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar, innebär en uppenbart oriktig bedömning.

— Faktorn rörande de strukturella banden mellan CVK och sökanden som gjorde att de hade ett betydligt större handlingsutrymme än sina konkurrenter vad gäller både utbud och leverans av byggmaterial för bärande väggar

247 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i skäl 105 i det omtvistade beslutet ansåg att CVK:s dominerande ställning kännetecknades av de strukturella sambanden mellan CVK och sökanden, som är kooperativets kontrollerande moderbolag. Förstainstansrätten anmärker för det första, vad gäller marknaden i fråga, att kommissionen i skäl 106 i det omtvistade beslutet har anmärkt att med hänsyn till att sökanden säljer platsgjuten betong och prefabricerade betongelement, kunde denne tillsammans med CVK erbjuda tre respektive två av de, enligt gällande definition, viktigaste väggbyggnadsmaterialen för bärande väggar. Kommissionen ansåg att denna situation gjorde att dessa företag fick ett betydligt större handlingsutrymme än någon av deras konkurrenter har. Kommissionen har, för det andra, vad avser den angränsande marknaden för leverans av byggmaterial, i skäl 107 i det omtvistade beslutet preciserat att sökanden har ett av de största storhandelsföretagen i Nederländerna och att CVK, enligt vissa byggmaterialhandlare, föredrog att leverera till sökanden framför de oberoende byggmaterialhandlarna.

248 Förstainstansrätten erinrar vidare om att sökanden har förnekat att denne har kontroll över CVK och hävdar att denne inte har en stark ställning på marknaden i fråga, eftersom dess marknadsandel bara ligger på [2–5] procent. Sökanden har också, vad gäller dess handel med byggmaterial, endast en marknadsandel på [0–2] procent, och får ingen förmånsbehandling från CVK:s sida och om så skulle vara

fallet menar sökanden att uttalanden från tredje part inte får läggas till grund för ett konstaterande av en dominerande ställning enligt förordning nr 4064/89.

249 Förstainstansrätten avfärdar dessa påståenden.

250 Förstainstansrätten avfärdar inledningsvis, av de skäl som har anförts i bedömningen av den första delen av första grunden, sökandens argument att denne inte har kontrollen över CVK. Förstainstansrätten vill tillägga att inget hindrar att kommissionen beaktar ett existerande strukturellt band mellan sökanden och CVK som ett tecken på CVK:s ekonomiska styrka eller som en omständighet som förstärker densamma. Eftersom sökanden är verksam på marknaden genom det gemensamma företaget och på den senare marknaden för storhandel, kan omständigheten att sökanden har kontroll över det gemensamma företaget ge CVK ytterligare ekonomisk styrka som med nödvändighet följer av dessa två företags samordning på marknaden. I förordning nr 4064/89 förbjuds dock inte att kommissionen prövar effekten av en eventuell vertikal samordning mellan det gemensamma företaget och ett eller flera av dess moderbolag efter en företagskoncentration, utan att detta innebär att kommissionen uttalar sig huruvida det gemensamma företaget är självständigt.

251 Vad gäller påståendet att det i det omtvistade beslutet sägs att sökanden har en stark ställning på marknaden i fråga har sökanden missförstått skäl 106 i det omtvistade beslutet. I det omtvistade beslutet konstateras endast att sökanden har en stark position inom segmentet mindre element, som huvudsakligen används vid bostadsbygge, och inte på marknaden i fråga i allmänhet. I vilket fall som helst innebär omständigheten att sökanden har en marknadsandel på [2–5] procent på marknaden i fråga, tack vare dess utbud av prefabricerade betongelement och platsbytet betong, medan CVK:s närmaste konkurrent endast har [2–5] procent av

marknaden, att kommissionen utan att göra en uppenbart oriktig bedömning kunde anse att CVK och sökanden kunde erbjuda ett produktutbud – enligt gällande definition av marknaden i fråga – som ingen av dess konkurrenter kunde erbjuda.

252 Vad avser sökandens närvaro på marknaden för storhandel med byggmaterial, vilken denne inte ifrågasätter, anser förstainstansrätten att det, i brist på bevisning om motsatsen, går att dra slutsatsen att denna närvaro ger CVK möjlighet att dra nytta av moderbolagets distributionsnät, oavsett vad detta distributionsnät har för storlek och ställning på marknaden, särskilt om parternas konkurrenter inte själva ingår i en vertikal integrering. Förstainstansrätten har frågat kommissionen om denna punkt varvid denna, utan att motsägas av sökanden, vid förhandlingen har angett att enligt vad som framgår av handlingarna i målet hade endast en tegeltillverkare en sådan fördel. Det skall emellertid preciseras att denna omständighet saknar reell betydelse vad gäller konkurrensläget, bland annat med hänsyn till marknadsstruktur. Tegel svarar nämligen för [2–5] procent av det material som används för uppförande av bärande väggar i Nederländerna, och utgör alltså ett marginellt använt material på marknaden i fråga. Kommissionens bedömning vad gäller sökandens distributionsnäts styrka och den förmånliga behandlingen från CVK:s sida har således inte vederlagts. I vilket fall som helst, kan denna bedömning även om den skulle visa sig vara felaktig inte leda till en ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, eftersom denna bedömning har införts som en egentligen överflödig kommentar.

253 Vad gäller sökandens kritik rörande otillräcklig motivering i det omtvistade beslutet, därför att kommissionen har avvikit från NMa:s slutsatser (se punkt 176 ovan), räcker det att förstainstansrätten erinrar om att det dels framgår av svaret rörande den första grunden att de åtgärder som genomfördes den 9 augusti 1999 utgör en enda företagskoncentration som endast kommissionen är behörig att pröva, dels att förstainstansrättens genomgång av de faktorer som har beaktats i det omtvistade beslutet har visat att kommissionen inte har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att konstatera att CVK hade en dominerande ställning på marknaden i fråga. Av detta följer att kommissionen, tvärt emot vad sökanden har

hävdad, inte specifikt behövde ange varför den, i förekommande fall, inte delade NMa:s bedömning, som sökanden påstår skulle vara en annan än kommissionens.

254 Förstainstansrätten konstaterar av anförda skäl att kommissionen gjorde rätt när den ansåg att CVK hade en dominerande ställning på marknaden i fråga.

255 Talan kan således inte bifallas med stöd av den andra grundens första del.

Den andra grundens andra del: Det har inte visats att det föreligger ett orsakssamband mellan företagskoncentrationen och den dominerande ställning som har uppstått

Parternas argument

256 Sökanden hävdar, för det första, att även om man i likhet med kommissionen anser att RAG-transaktionen utgör en företagskoncentration, skiljer sig denna åtgärd från det poolingavtal som har anmälts till NMa, genom vilket CVK tog kontrollen över sina medlemsföretag, och denna åtgärd har av allt att döma inte lett till att en dominerande ställning har uppstått. Enligt sökanden medförde RAG-transaktionen nämligen endast en förändring i hur kontrollen över CVK var strukturerad, utan att dennes ställning på marknaden påverkades.

257 Sökanden har för det andra påstått att kommissionen inte har visat ett orsakssamband mellan företagskoncentrationen i fråga och att en dominerande ställning har uppstått eller förstärkts, trots att den är skyldig att så göra enligt

artikel 2.2 i förordning nr 4064/89. Enligt sökanden utövade CVK redan före RAG-transaktionen, i egenskap av kooperativ bildat enligt nederländsk rätt, sin verksamhet som en enda enhet och antog strategiska beslut som påverkade medlemsföretagen vilka inte bara rörde försäljning av kalksandstensprodukter, utan även prissättning, försäljningsvillkor, tillverkning och inköp.

258 Sökanden menar, tvärtemot vad kommissionen har ansett i det omtvistade beslutet, att omständigheten att det är enklare att upplösa ekonomiska band inom en gemensam marknadsföringsorganisation än att upplösa banden inom ett gemensamt företag med diversifierad verksamhet är en uppgift som saknar relevans för frågan huruvida företagskoncentrationen har lett till att en dominerande ställning har uppstått. Kommissionen måste däremot enligt sökandens mening visa ett orsakssamband mellan företagskoncentrationen och att en dominerande ställning har uppstått. I förevarande fall har kommissionen i det omtvistade beslutet inte analyserat CVK:s marknadsandelar före respektive efter RAG-transaktionen. Enligt sökanden hade kommissionen om den hade gjort en sådan analys kommit fram till att denna åtgärd inte haft någon som helst inverkan på CVK:s marknadsandel, vilket framgår av en jämförelse mellan NMa:s beslut av den 20 oktober 1998 och det omtvistade beslutet.

259 Sökanden har slutligen anfört att skälen varför det i det omtvistade beslutet anges att RAG-transaktionen har lett till att sökandens andel på marknaden för storhandel med byggmaterial för väggar bör tillskrivas CVK inte är tydliga. Enligt sökanden hade en liknande bedömning redan kunnat göras innan aktierna överläts. I vilket fall som helst, anser sökanden att kommissionens åsikt att CVK skall tillskrivas sökandens andelar på marknaden för storhandel med väggbyggnadsmaterial inte kan leda till att en dominerande ställning uppstår.

260 Sökanden har för det tredje hävdad att kommissionen inte har anfört ytterligare bevisning vad gäller påståendet att RAG-transaktionen har lett till att en dominerande ställning har uppstått.

261 Sökanden ifrågasätter inledningsvis att prishöjningarna för kalksandsten, som beskrivs i skäl 117 i det omtvistade beslutet, kan leda till att en dominerande ställning uppstår. Sökanden har i likhet med CVK:s ståndpunkt vid förhandlingen den 16 maj 2002 hävdad att dessa prishöjningar har sin grund i höjda kostnader och beror på allmänna fluktuationer och inte på hur marknadens struktur har förändrats genom RAG-transaktionen. Sökanden har vidare anfört att de perioder som har beaktats i det omtvistade beslutet ligger efter RAG-transaktionen, utan att kommissionen har försökt jämföra priserna före respektive efter denna åtgärd, för att identifiera vilken verkan denna åtgärd faktiskt har kunnat medföra för CVK:s priser. Sökanden har i sin replik tillagt att konkurrenternas och köparnas uttalanden, som har återgetts i det omtvistade beslutet, att priserna på CVK:s produkter hade stigit onormalt mycket sedan år 1999, är inte heller avgörande, eftersom handlingarna i ärendet vid kommissionen som sökanden har haft tillgång till innehåller många uttalanden från andra aktörer av helt motsatt innehåll.

262 Sökanden hävdar vidare att aktörernas och kundernas uttalanden, som omnämns i skälen 119–121 i det omtvistade beslutet, rörande CVK:s beteende inte heller visar att RAG-transaktionen har lett till att dominerande ställning har uppstått. Enligt sökanden är uttalandena från aktörerna rörande Haniels beteende, som nämns i skäl 120 i det omtvistade beslutet, inte heller relevanta, eftersom de trots att de rör ett bolag som äger aktier i flera bolag som ingår i CVK, endast till en tredjedel rör den dominerande ställningen. Eftersom RAG-transaktionen inte har lett till att CVK:s marknadsandel har ökat, invänder sökanden mot kommissionens slutsats att CVK hade en större frihet att agera utan hänsyn till sina konkurrenter och sina kunder efter denna åtgärd.

263 Sökanden anser slutligen att hänvisningen till förfarandet avseende konkurrensbegränsande samverkan vid NMa, som nämns i skäl 125 i det omtvistade beslutet, saknar relevans för huruvida RAG-transaktionen har lett till att en dominerande ställning har uppstått. Sökanden har anfört att denna hänvisning dessutom är svårförenlig med kommissionens allmänna ståndpunkt att den inte är bunden av andra myndigheters beslut fattade med tillämpning av annan lagstiftning.

- 264 Kommissionen har erinrat om innehållet i de relevanta skälen i det omtvistade beslutet och tillagt att den ifrågasätter sökandens samtliga argument.
- 265 Kommissionen anser för det första att om sökandens påstående att CVK redan var verksam på marknaden i fråga som en enhetlig autonom enhet redan före företagskoncentrationen vore korrekt, skulle det ha varit meningslöst att överpröva företagskoncentrationen i efterhand. Enligt kommissionen skulle detta nämligen betyda att om oberoende företag som ingår i en gemensam marknadsföringsorganisation, samlar sin verksamhet i ett gemensamt självständigt fungerande företag, leder detta inte till att en dominerande ställning har uppstått. Kommissionen har hävdad att en omvandling av en gemensam marknadsföringsorganisation till ett gemensamt självständigt fungerande företag utgör en strukturell förändring inom marknaden som kan leda till att en dominerande ställning uppstår och omfattas således i princip av kommissionens överprövning av företagskoncentrationer.
- 266 I förevarande fall har kommissionen erinrat om att CVK till följd av företagskoncentrationen ensamt styr de elva medlemsföretagen vad avser hela sektorn för kalksandstensprodukter i Nederländerna, vilket ger CVK möjlighet att på ett centraliserat sätt manipulera konkurrensläget för att maximera det gemensamma företagets intäkter, genom att CVK har betydligt fler uppgifter än de som rör försäljning av produkter, vilket var CVK:s uppgift före företagskoncentrationen. Kommissionen har även anfört att sökandens påståenden att CVK redan före företagskoncentrationen hade uppgifter som rör tillverkning och inköp är otydliga och de anfördes aldrig under det administrativa förfarandet. Kommissionen noterar dessutom att sökanden inte har förklarat varför sökanden — om denne verkligen menar att CVK redan utgjorde "en enda ekonomisk enhet" före företagskoncentrationen — har ansett det nödvändigt att ingå ett samarbetsavtal med Haniel och göra en anmälan till NMa. Kommissionen har anfört att skillnaderna i stabilitet mellan det gemensamma företaget och en marknadsföringsorganisation är en relevant faktor som visar att marknaden har varit föremål för en beständig strukturförändring.

267 Vad gäller orsakssambandet har kommissionen för det andra avfärdat sökandens argument att man inte har analyserat marknadsandelarna före respektive efter RAG-transaktionen. Kommissionen erinrar om att denna åtgärd inte är skild från företagskoncentrationen och att CVK inte hade några marknadsandelar före företagskoncentrationen. Kommissionen har härvid understrukt att den marknadsandel som NMa har räknat fram i beslutet av den 20 oktober 1998, vilken sökanden har hänvisat till, är summan för de oberoende företagen före koncentrationen. Enligt kommissionen förklaras omständigheten att CVK tillgodoräknats sökandens andelar marknaden för storhandel med byggmaterial av att sökanden inte kan räknas som en konkurrent till CVK, eftersom denne tillsammans med Haniel har kontrollen över detsamma.

268 Kommissionen erinrar för det tredje, vad avser ”ytterligare bevis” för ett orsakssamband mellan företagskoncentrationen och den dominerande ställning som har uppstått, allmänt om att företagskoncentrationen redan hade genomförts när det omtvistade beslutet antogs, vilket är förklaringen till varför den i skälen 117–121 i det omtvistade beslutet har kunnat göra en analys i efterhand som har bekräftat att företagskoncentrationen har lett till att en dominerande ställning har uppstått. Kommissionen ifrågasätter även sökandens övriga argument.

Förstainstansrättens bedömning

269 Det skall inledningsvis anmärkas att det framgår av artikel 2.2 i förordning nr 4064/89 att när en koncentration inte är orsak till att en dominerande ställning som påtagligt skulle inverka på konkurrenssituationen på den relevanta marknaden skapas eller förstärks, skall koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden (domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet Kali och Salz, punkterna 109 och 110).

- 270 I förevarande fall skall det således prövas huruvida den företagskoncentration som genomfördes den 9 augusti 1999 har lett till den dominerande ställning som har undersökts inom ramen för prövningen av den första delen av förevarande grund. Förstainstansrättens prövning kan nämligen, tvärtemot vad sökanden hävdar, inte begränsas till bandet mellan CVK:s dominerande ställning och RAG-transaktionen, eftersom den första och den andra gruppen av åtgärder som beskrivs i punkt 8 ovan, såsom förstainstansrätten har funnit vid sin prövning av den andra delen av den första grunden, skall ses som en enhet, eftersom de är beroende av varandra, varför de utgör en enda företagskoncentration. Förstainstansrätten anmärker vidare att eftersom förstainstansrätten vid prövningen av den första delen av förevarande grund har konstaterat att CVK har en dominerande ställning på marknaden i fråga, vore det bara logiskt att finna att det inte finns något orsakssamband mellan företagskoncentrationen och den dominerande ställningen, såsom sökanden hävdar, om en dominerande ställning var för handen redan före åtgärden den 9 augusti 1999.
- 271 Förstainstansrätten erinrar vidare om att kommissionen i skälen 110–115 i det omtvistade beslutet har avfärdat tanken att CVK på egen hand har haft en dominerande ställning eller att de tre grupperna av kalksandstenstillverkare — det vill säga de tillverkare som sökanden hade kontrollen över, de som Haniel kontrollerade på egen hand och de som RAG ägde aktier i — redan före företagskoncentrationen den 9 augusti 1999 tillsammans hade en dominerande ställning, och angett vilka marknadsandelar de tre företagsgrupperna hade på marknaden i fråga. Förstainstansrätten vill dessutom understryka att kommissionen i skälen 116–125 i det omtvistade beslutet har identifierat vissa fakta som visar på orsakssambandet mellan företagskoncentrationen och CVK:s dominerande ställning.
- 272 Förstainstansrätten har för det första, vad gäller sökandens påstående att CVK hade en individuell dominerande ställning före företagskoncentrationen, inte övertygats av sökandens påståenden att det omtvistade beslutet inte innehåller någon analys av vilken marknadsandel CVK hade före företagskoncentrationen och angående kommissionens vägran, i skälen 113 och 114 i det omtvistade beslutet, att anse CVK som en autonom ekonomisk enhet före företagskoncentrationen.

273 Vad gäller den första punkten räcker det att anmärka att frågan hur man skall beräkna CVK:s marknadsandelar beror på svaret på det första ledet, nämligen huruvida CVK före företagskoncentrationen kunde anses som ett gemensamt självständigt fungerande företag enligt förordning nr 4064/89 och inte bara som ett samarbete mellan medlemmarna avseende försäljning av kalksandsten i Nederländerna, vilket i så fall betyder att marknadsandelarna skall tillskrivas de företagsgrupper som CVK:s medlemmar ingår i, och att det är detta som är förklaringen till varför beslutet inte innehåller någon sådan analys som sökanden efterlyser.

274 Vad avser det andra ledet erinrar förstainstansrätten om att, vilket också anges i poolingavtalet av den 9 augusti 1999, ”parterna ingår i en ekonomisk enhet som styrs av CVK, med syfte att tillverka och marknadsföra kalksandstensprodukter och annan understödande verksamhet” (skäl B i poolingavtalet). Det framgår av artikel 1 i detta avtal att ledningen är centraliserad hos CVK:s företagsledning, vilken sköter ”CVK:s förvaltning och fabriker vad gäller all tillverkning och marknadsföring av [...] kalksandsten och allt som bidrar därtill i en utvidgad betydelse, varvid företagsledningen ansvarar för den centrala ledningen av CVK och fabriker i enlighet med sina egna bedömningar och med beaktande av CVK:s och medlemmarnas intressen”. Enligt samma bestämmelse inbegriper företagsledningens uppgifter eventuella instruktioner till CVK:s medlemsföretag, särskilt rörande produktutveckling, marknadsföring och försäljning, inköp, investeringar och avvecklingar, beställningar, sandförädling och personal. Enligt artiklarna 5 och 6, skall vinster och förluster dessutom utjämnas mellan medlemsföretagen.

275 Inget i handlingarna i ärendet tyder däremot på att en sådan ekonomisk enhet förelåg före transaktionen den 9 augusti 1999. Före företagskoncentrationen existerade CVK som en gemensam marknadsföringsorganisation för att avsätta CVK:s medlemsföretags tillverkning av kalksandsten i Nederländerna, och hade ingen annan ekonomisk funktion. Före företagskoncentrationen kunde kommissionen således likna CVK vid en försäljningsdisk till medlemmarnas förfogande.

Sökanden har visserligen i sin replik hävdad att CVK redan vid denna tidpunkt hade uppgifter som rör tillverkningen av kalksandsten, men denne har inte visat att så verkligen var fallet.

276 Rent allmänt är det förstås inte uteslutet att en gemensam marknadsföringsorganisation eventuellt kan fungera som ett självständigt fungerande företag om man i detta led ägnar sig åt produktförädling eller tilläggstjänster som medför ett stort mervärde eller kan fungera som en verkligt självständig aktör på marknaden genom att göra en stor andel av sina inköp hos andra leverantörer som konkurrerar med de egna medlemsföretagen.

277 Sökanden har emellertid inte hävdad att så har skett i förevarande fall.

278 Sökanden ifrågasätter nämligen endast att kommissionen i skäl 114 i det omtvistade beslutet har jämfört den gemensamma marknadsföringsorganisationen med ett "självständigt fungerande" gemensamt företag. Härvid räcker det att konstatera att bedömningen i skäl 114 som inleds med ordet "[d]essutom" har anförts som en egentligen överflödiga kommentar. I övrigt har sökanden inte kunnat vederlägga kommissionens bedömning att det följde av företagskoncentrationen att CVK hade blivit till ett självständigt fungerande företag med uppgifter som tidigare var spridda på medlemsföretagen, vilket är skälet till att marknadsandelarna tillskrevs denna nya enhet och lades till grund för bedömningen av dess eventuella dominerande ställning på marknaden i fråga.

279 Vad gäller påståendet att de tre grupperna av tillverkare av kalksandsten inte hade en gemensam dominerande ställning, räcker det att konstatera att sökanden inte har påstått att de tre grupperna hade en sådan ställning. Det skall tilläggas att

handlingarna i målet, särskilt rörande de tre gruppernas marknadsandelar före företagskoncentrationen, nämligen [20–30] procent för Haniel och sökanden och [5–10] procent för RAG, inte i sig räckte för att man skulle kunna dra slutsatsen att de hade en gemensam dominerande ställning före företagskoncentrationen den 9 augusti 1999.

280 Vad gäller det eventuella orsakssambandet mellan företagskoncentrationen av den 9 augusti 1999 och CVK:s dominerande ställning, anser förstainstansrätten, för det tredje, att även om kommissionen har rätt att beakta sådana fakta i ett fall som det förevarande där företagskoncentrationen redan har genomförts när det omtvistade beslutet antas, är sådana fakta definitionsmässigt inte helt nödvändiga som grund för det av sökanden kritiserade konstaterandet att CVK:s dominerande ställning följde av företagskoncentrationen den 9 augusti 1999. Av detta följer att även om man antar att sökandens argument är välgrundade på denna punkt, så kan de inte anses vederlägga bedömningen i punkterna ovan.

281 Förstainstansrätten konstaterar i vilket fall som helst, vad gäller bland annat analysen i skäl 117 i det omtvistade beslutet rörande CVK:s attityd vad gäller prissättningen efter företagskoncentrationen, att sökanden inte med hjälp av tydliga och samstämmiga uppgifter har visat att denna bedömning var uppenbart oriktig.

282 Sökanden har närmare bestämt för det första inte förnekat påståendena om hur CVK sedan företagskoncentrationen har höjt priserna ([5–10] procent år 2001 och [5–10] procent år 2002) eller kommissionens preciseringar i sina skrivelser om att informationen om prisutvecklingen sedan år 1997 grundades på en metodisk studie hos samtliga tillverkare och hos 18 byggmaterialhandlare som säljer väggbyggnadsmaterial, där det förklarades att nivån på prishöjningarna åren 1999 och 2000 (0–5 procent) utgjorde exempel som visade på utvecklingen under tiden innan företagskoncentrationen började ge konkreta verkningar som slog igenom på marknaden. Sökanden har inte heller förnekat att det råder överkapacitet i segmentet för kalksandsten eller att efterfrågan på väggbyggnadsmaterial snarast

har minskat under den referensperiod som kommissionen har undersökt. Mot denna bakgrund framstår sökandens oundersökta påstående, att prisökningen endast hade sin grund i höjda tillverkningskostnader och den allmänna prisutvecklingen, som föga trovärdigt, eftersom det är mer troligt att efterfrågan skulle minska och att överkapaciteten borde leda till sänkta eller åtminstone stillaliggande priser på kalksandsten efter företagskoncentrationen.

283 Förstainstansrätten finner sig inte övertygad av sökandens kritik att de uppgifter som kommissionen har inhämtat hos aktörerna på marknaden rörande att priserna för andra byggmaterial varit stabila eller nedåtgående mellan 1999 och 2002 saknar relevans. Det framgår nämligen av uttalanden i februari 2002 från byggmaterialhandlaren Stennentrum Utrecht, i handlingarna från ärendet vid kommissionen och som sökanden har åberopat i sina skrivelser till stöd för sin ståndpunkt, att de priser på kalksandsten som CVK tillämpade inte har höjts eller att priserna på andra byggmaterial har ökat, att "de priser som vissa tegeltillverkare tillämpade hade minskat med [20–30] procent med hänsyn till villkoren på marknaden", att "samma ska ha hänt i sektorn för prefabricerad betong", medan "CVK, som är den enda leverantören av kalksandsten, inte hade samma handikapp och hade höjt sina priser betydligt åren 2001 och 2002". Detta uttalande stöder åtminstone inte sökandens påstående.

284 Dessutom har sökanden inte heller förklarat varför Raab Karchers uttalanden från utfrågningen vid kommissionen den 16 maj 2002 att det före företagskoncentrationen fortfarande var möjligt att i vissa fall individuellt prisförhandla med kalksandstenstillverkarna, medan dessa företag efter koncentrationen vägrade att föra någon individuell dialog med kunderna och hänvisade till CVK, skulle vara felaktiga.

- 285 Av detta följer att kommissionens bedömning rörande CVK:s prissättning efter företagskoncentrationen bekräftar att en dominerande ställning har uppstått genom företagskoncentrationen i fråga, och att denna koncentration gör det möjligt för detta företag att i hög grad agera utan hänsyn till sina konkurrenter och sina kunder. Sökandens övriga invändningar behöver således inte prövas.
- 286 Mot denna bakgrund kunde kommissionen, utan att åsidosätta artikel 2 i förordning nr 4064/89, i skäl 126 i det omtvistade beslutet konstatera att företagskoncentrationen i fråga har lett till att CVK har fått en dominerande ställning på marknaden i fråga, vilket har lett till att denna effektiva konkurrens avsevärt försvåras inom den gemensamma marknaden eller en betydande del av densamma.
- 287 Förstainstansrätten avfärdar därför den andra grundens andra del och därmed denna grund i dess helhet.

3. *Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 3 och artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 samt av proportionalitetsprincipen*

Parternas argument

- 288 Sökanden hävdar, för det första, att kommissionen saknade behörighet att kräva ytterligare åtaganden enligt förordning nr 4064/89, utöver vad som följde av Haniels och sökandens förslag till åtagande och vilket skulle leda till att deras gemensamma kontroll över CVK skulle upphöra, genom att nya koalitioner ges möjlighet att uppstå inom CVK, eftersom den enligt förordning nr 4064/89 anmälningspliktiga företagskoncentrationen skulle upphöra att existera genom att detta förslag genomfördes. Enligt sökanden skulle kommissionen sedan förslaget till åtagande

har genomförts inte längre ha någon koncentration att bedöma enligt förordning nr 4064/89 och har därför inte rätt enligt denna förordning begära ytterligare åtaganden som leder till att CVK skall avvecklas, såsom anges i det omtvistade beslutet. Sökanden har i sin replik preciserat att denna regel även gäller för en företagskoncentration som redan har genomförts, såsom här är fallet. Sökanden har även betonat att, i motsats till vad kommissionen hävdar, omständigheten att CVK, trots de första åtagandena, fortfarande hade en dominerande ställning på marknaden i fråga saknar relevans. Enligt sökanden är kommissionen nämligen enligt förordning nr 4064/89 endast skyldig att fatta rättsligt bindande beslut vad gäller företagskoncentrationer som har en gemenskapsdimension och kommissionen har inte rätt att beordra åtgärder som leder till att ett företag som påstås ha en dominerande ställning helt avvecklas Enligt sökandens mening har kommissionen således gått utöver sin behörighet genom att kräva ytterligare åtaganden som går utöver det ursprungliga förslaget till åtaganden, och åsidosatt artiklarna 3 och 8.2 i förordning nr 4064/89.

289 Sökanden anser för det andra att kommissionen genom att kräva åtaganden som innebär att CVK kommer att upplösas, vilket är mer långtgående än vad som gällde före företagskoncentrationen, även har åsidosatt proportionalitetsprincipen. Enligt sökanden måste kommissionen godta de minst ingripande åtaganden som erbjuds, förutsatt att de uppfyller villkoren i förordning nr 4064/89, vilken den inte har gjort i förevarande fall.

290 Vad gäller frågan om kommissionens behörighet, medger denna inledningsvis att om de parter som har anmält en företagskoncentration beslutar att inte genomföra densamma och drar tillbaka anmälan, får kommissionen inte verka för sådana åtaganden.

291 I förevarande fall anser kommissionen emellertid att det är fråga om en annan situation, eftersom transaktionen i fråga redan har genomförts. I ett sådant fall anser kommissionen att den måste agera enligt artikel 8.4 i förordning nr 4064/89 för att

upplösa företagskoncentrationen eller återställa effektiv konkurrens genom andra lämpliga åtgärder. Kommissionen erinrar även om att koncentrationen i förevarande fall består av två åtgärder. Enligt kommissionens mening räcker det inte att Haniel och sökanden gör sig av med sin gemensamma kontroll över CVK för att villkoren för effektiv konkurrens skall återställas, eftersom CVK fortsätter att ha en dominerande ställning på marknaden i fråga. Om parterna åtar sig att göra sig av med den gemensamma kontrollen, anser kommissionen att den därmed inte förlorar sin behörighet att pröva transaktionen enligt förordning nr 4064/89. Enligt kommissionen bestäms dess behörighet nämligen uteslutande med hänsyn till den transaktion som måste anmälas och inte av innehållet i ett förslag till åtaganden. Kommissionen drar därav slutsatsen att den var skyldig att förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 under förutsättning att de berörda företagen fullgör sina åtaganden enligt bilagan till det omtvistade beslutet.

- 292 Vad gäller påståendet att kommissionen har åsidosatt proportionalitetsprincipen anser kommissionen att den helt har följt denna princip. Enligt kommissionen var den första gruppen av åtaganden helt enkelt otillräcklig för att effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden skall kunna säkerställas, eftersom CVK alltid har haft en dominerande ställning på marknaden i fråga. Endast den andra gruppen av åtaganden var tillräcklig för att denna situation skulle kunna åtgärdas.

Förstainstansrättens bedömning

- 293 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om innehållet i artikel 8.2 i förordning nr 4064/89:

”Om kommissionen finner att en koncentration som har anmälts uppfyller det kriterium som anges i artikel 2.2, eventuellt sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar, skall den meddela ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

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

294 Förstainstansrätten vill också understryka att kommissionen enligt förordning nr 4064/89 endast är behörig att godta åtaganden som gör att koncentrationen kan anses förenlig med den gemensamma marknaden. Med andra ord måste de åtaganden som de berörda företagen föreslår vara av sådant slag att kommissionen kan dra slutsatsen att koncentrationen i fråga inte skapar eller förstärker en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 2.2 i denna förordning (domen i den ovan i punkt 195 nämnda domen Gencor mot kommissionen, punkt 318).

295 Vidare framgår det i förevarande fall av skäl 127 i det omtvistade beslutet och av punkt 13 i bilagan till detsamma att kommissionen till en början hade avslagit ett förslag till åtagande enligt vilket Haniel och sökanden skulle avsluta det samarbetsavtal som de hade ingått, överlåta sina andelar i företagen Anker, Vogelenzang och Van Herwaarden, som de hade förvärvat genom RAG-transaktionen, till en oberoende tredje part, medan poolingavtalet och CVK:s stadgar kunde kvarstå oförändrade.

296 I skäl 132 i det omtvistade beslutet har kommissionen motiverat avslaget på följande sätt:

”De åtaganden som parterna lade fram som förslag är enligt kommissionen inte tillräckliga för att eliminera farhågorna i fråga om konkurrensen på [marknaden i fråga]. Förslaget till åtaganden undanröjer nämligen endast Haniels och Cementbouws gemensamma kontroll över CVK utan att samtidigt undanröja CVK:s marknadsdominerande ställning som skapats i och med koncentrationen. Förslaget till åtaganden bygger på det enligt redogörelserna i avsnitt II i detta beslut felaktiga

antagandet att endast Haniels och Cementbouws förvärv av den gemensamma kontrollen över CVK är föremål för kommissionens prövning, medan CVK:s samtidigt genomförda kontrollförvärv över sina medlemsföretag på grund av NMa:s beslut av den 20 oktober 1998 inte är kommissionens befogenhet.”

297 Kommissionen godtog emellertid de slutgiltiga åtaganden som beskrivs i skälen 129–131 i det omtvistade beslutet, eftersom den ansåg att de var tillräckliga för att företagskoncentrationen skulle kunna anses förenlig med den gemensamma marknaden.

298 Innehållet i dessa åtaganden är följande:

- Poolingavtalet skall avslutas inom [konfidentiell uppgift], räknat från det att det omtvistade beslutet antas, ändringarna i CVK:s stadga skall tas bort och CVK skall upplösas.
- Samarbetsavtalet skall avslutas omedelbart.
- Parallellt med att poolingavtalet avslutas skall sökanden och Haniel åta sig att göra sig av med sin gemensamma kontroll över företagen Anker och Van Herwaarden, på det sätt som anges i skäl 129 i det omtvistade beslutet.
- Sökanden och Haniel skall åta sig att göra sig av med sin gemensamma kontroll över Vogelenzang på samma sätt som anges för Anker och Van Herwaarden, i fall att Vogelenzang skulle återuppta sin verksamhet.

- Sökanden och Haniel skall [åtagande gällande CVK:s interna organisation] ³.

- En god man skall utses, som skall kontrollera att parterna fullgör sina åtaganden.

299 Sökanden har, utan att ifrågasätta att anmälarna hade kunnat föreslå lämpliga åtgärder som gör att de "konkurrensproblem" som kommissionen har identifierat i meddelandet om invändningar undanröjts, i huvudsak hävdad att eftersom den andra gruppen av åtgärder borde ha anmälts till kommissionen med tillämpning av förordning nr 4064/89, innebär den första gruppen av föreslagna åtaganden, som innebar att den andra gruppen av åtgärder undanröjs och att den tidigare situationen före koncentrationen återskapas, såsom sökanden ser saken, en sådan förändring av transaktionen att den inte längre existerar. Sökanden har därför hävdad att kommissionen inte längre hade behörighet att begära att parterna skulle föreslå andra åtaganden, exempelvis att CVK skulle upplösas, eftersom grunden för kommissionens behörighet enligt förordning nr 4064/89 hade försvunnit. Sökanden har på samma sätt hävdad att kommissionen var skyldig att godta det första förslaget till åtagande, eftersom det var tillräckligt och mindre ingripande än de slutgiltiga åtagandena. Sökanden anser således att kommissionen har åsidosatt proportionalitetsprincipen.

300 Denna argumentering kan emellertid inte godtas.

301 För det första konstaterar förstainstansrätten att sökandens påståenden ånyo grundas på en felaktig utgångspunkt som förstainstansrätten har förkastat vid prövningen av den andra delen av den första grunden. Det föreligger nämligen en

3 — Konfidentiella uppgifter har strukits.

enda företagskoncentration, som genomfördes den 9 augusti 1999, och denna består av den första och den andra gruppen av åtgärder, vilka har gjort att kommissionen blivit behörig enligt förordning nr 4064/89. Följaktligen innebär, tvärtemot vad sökanden hävdar, inte det första förslaget till åtaganden att företagskoncentrationen ändras så att den inte längre existerar.

- 302 Argumentet att kommissionen saknade behörighet skall således avfärdas.
- 303 För det andra gör sig samma slutsats gällande vad avser invändningen att det första förslaget till åtaganden var proportionerligt och att de slutgiltiga åtaganden som kommissionen till slut godtog, särskilt att CVK skulle upplösas inom [konfidentiell uppgift] från det att det omtvistade beslutet antas, och vilka måste fullgöras, för att koncentrationen skall anses förenlig med den gemensamma marknaden.
- 304 Sökanden har inte förklarat hur det första förslaget till åtaganden, som beskrivs i punkt 295 ovan, hade kunnat leda till att kommissionen skulle förklara att företagskoncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden, eftersom det är utrett att CVK:s dominerande ställning, såsom denna följer av den företagskoncentration som genomfördes den 9 augusti 1999, inom ramen för detta förslag till åtaganden skulle kvarstå oförändrad. Även om parterna skulle göra sig av med den gemensamma kontrollen över CVK, skulle företaget, enligt avgränsningen av marknaden, fortsätta att inneha minst [50–60] procent av marknaden i fråga, utan att dess främsta konkurrenter skulle kunna öka sina marknadsandelar.
- 305 Kommissionen var därför, tvärtemot vad sökanden hävdar, inte skyldig att godta det första förslaget till åtaganden, med tillämpning av artikel 8.2 i förordning nr 4064/89, eftersom detta förslag inte säkerställde att företagskoncentrationen den 9 augusti 1999 inte skulle leda till att en dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 2.2 i denna förordning, skulle uppstå.

- 306 Denna bedömning har dessutom stöd i ordalydelsen i skäl 8 i förordning (EG) nr 1310/97, som sökanden har hänvisat till i sina skrivelser, enligt vilken kommissionen "under förfarandets andra etapp [kan] förklara att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden mot bakgrund av åtaganden av parterna som står i proportion till konkurrensproblemet och som helt löser detta ...".
- 307 Parternas åtaganden måste därför, för att kommissionen skall kunna godta dem när den fattar ett beslut enligt artikel 8.2 i förordning nr 4064/89, inte bara vara proportionerliga i förhållande till det konkurrensproblem som kommissionen har identifierat i sitt beslut, utan helt lösa problemet, och i förevarande fall är det uppenbart att det första förslaget till åtaganden som parterna gav in samtidigt med anmälan inte uppfyllde detta syfte.
- 308 Vad gäller det slutgiltiga förslaget till åtagande enligt vilket parterna föreslagit att upplösa CVK inom [konfidentiell uppgift] från det att det omtvistade beslutet antas — vilket är det enda åtagande som parterna verkligen har diskuterat i detta förfarande — anser förstainstansrätten att även om detta åtagande är mer långtgående än att återupprätta den situation som gällde före företagskoncentrationen, eftersom CVK när denna tidsfrist gick ut hade upphört att existera ens i sin tidigare funktion som försäljningsdisk, var anmälarna samtidigt inte skyldiga att begränsa sig till att föreslå åtaganden som bara syftar till att den konkurrenssituation som rådde före företagskoncentrationen skall återupprättas, i syfte att ge kommissionen möjlighet att förklara denna åtgärd förenlig med den gemensamma marknaden. Enligt artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 är kommissionen nämligen behörig att godta alla åtaganden från parterna som gör att denna kan anta ett beslut genom vilket företagskoncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.
- 309 Det skall dessutom anmärkas att kommissionen sedan den erhållit ett slutgiltigt förslag till åtaganden från anmälarna, såsom detta har sammanfattats i punkt 298 ovan, inte hade möjlighet att avslå detta förslag och antingen fatta ett beslut där företagskoncentrationen förklaras vara oförenlig med den gemensamma marknaden, enligt artikel 8.3 i förordning nr 4064/89, eller ett beslut där företagskoncentrationen

förklaras förenlig med den gemensamma marknaden, enligt artikel 8.2 i denna förordning, men i enlighet med villkor som denna själv ensidigt har bestämt och som innebär att den situation som rådde före företagskoncentrationen skall återupprättas.

- 310 Det första exemplet med ett avslagsbeslut innebär att kommissionen åsidosätter bestämmelserna i artikel 8.2 i förordning nr 4064/89, enligt vilken kommissionen skall meddela ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden om den finner att transaktionen uppfyller det kriterium som anges i artikel 2.2, eventuellt sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar.
- 311 Det andra exemplet med ett godkännandebeslut med villkor som endast och enbart syftar till att den tidigare situationen skall återupprättas skulle även det innebära att kommissionen åsidosätter lydelsen i artikel 8.2 andra stycket i förordning nr 4064/89, som inte medger kommissionen någon möjlighet att ensidigt fastställa villkor för att den skall förklara att en företagskoncentration är förenlig med en gemensam marknad, utan att ta hänsyn till vilka åtaganden som anmälarna har föreslagit.
- 312 Sökanden kan mot denna bakgrund hävda att proportionalitetsprincipen har åsidosatts. Med hänsyn till omständigheterna i detta fall hade endast anmälarnas slutgiltiga förslag till åtaganden gjort det möjligt för kommissionen att förklara företagskoncentrationen i fråga förenlig med den gemensamma marknaden, med tillämpning av artikel 8.2 i förordning nr 4064/89.
- 313 Denna slutsats vederläggs inte av sökandens påstående att kommissionen godtyckligt hade påtvingat anmälarna att föreslå åtagandet att upplösa CVK inom [konfidentiell uppgift] från det att det omtvistade beslutet antas.

- 314 Meddelandet om invändningar och sökandens svar på detsamma ger helt klart intrycket att kommissionen har kunnat utöva ett visst inflytande över de åtaganden som parterna föreslagit och som slutligen godtogs i det omtvistade beslutet. I meddelandet om invändningar angavs nämligen att kommissionen var beredd att med tillämpning av artikel 8.4 i förordning nr 4064/89 anta åtgärder som medför att en effektiv konkurrens uppstår, vari tanken att upplösa CVK ingick, om parterna inte föreslog korrigerande åtgärder.
- 315 Det är också korrekt att förslaget att upplösa CVK, vad gäller Haniel, kan ha motiverats av omständigheten att Haniel därigenom skulle ges möjlighet att förvärva andelar i företaget Ytong Netherlands, vilket tillverkar gasbetong, vilket framgår av skälen 141, 142 och 151 i kommissionens beslut 2003/292/EG av den 9 april 2002 om att en företagskoncentration är förenlig med den gemensamma marknaden och med EES-avtalet (ärende COMP/M.2568 — Haniel/Ytong) (EUT L 111, 2003, s. 1).
- 316 Det är emellertid utrett att parterna, såsom anges i skäl 138 i det omtvistade beslutet, har gått med på åtagandet att upplösa CVK inom nämnda tidsfrist "eftersom de ansåg att om poolingavtalet avslutas, är det inte rimligt att låta CVK fortsätta att existera som en gemensam marknadsföringsorganisation".
- 317 Vad gäller kommissionens beslut av den 9 april 2002 (se punkt 315 ovan), som endast rör Haniel, anmärker förstainstansrätten vidare att detta beslut inte innehåller något krav på särskilda åtgärder vad gäller CVK:s framtida struktur, för att Haniel skall tillåtas att förvärva andelar i Ytong Netherlands. I detta beslut anges nämligen att det åtagande om överlåtelse som Haniel har gått med på inte längre behöver uppfyllas, om CVK skulle upplösas eller om inga företag, som Haniel direkt eller indirekt äger andelar i, längre är medlemmar i CVK (skäl 142). I skäl 151 i

beslutet av den 9 april 2002 tilläggs att det ovannämnda åtagandet inte längre behöver uppfyllas om CVK skulle överlåtas. I vilket fall som helst går det inte att av skälen till detta beslut dra slutsatsen att sökanden har tvingats att föreslå de ovannämnda slutgiltiga åtagandena i förevarande ärende, eftersom sökanden inte berörs av beslutet av den 9 april 2002.

318 Sökanden har slutligen inte förklarat på vilket sätt åtagandet att inom [konfidentiell uppgift] från det att det omtvistade beslutet antas upplösa CVK, vilket kommissionen godtog med hänsyn till de särskilda omständigheterna i förevarande fall, har framtvingsats genom ett godtyckligt krav från kommissionen och är oproportionerligt.

319 Förstainstansrätten finner därför att det inte har styrkts att kommissionen genom ett godtyckligt krav har tvingat anmälarna att föreslå den korrigerande åtgärden att upplösa CVK inom [konfidentiell uppgift] från det att det omtvistade beslutet antogs. Det framgår inte heller av handlingarna i målet att kommissionen genom ett godtyckligt krav har tvingat anmälarna att föreslå övriga korrigerande åtgärder som ingår i dess slutgiltiga åtaganden för att återupprätta en effektiv konkurrens.

320 Mot denna bakgrund och eftersom sökanden inte hävdar att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att anse att de slutgiltiga åtaganden som parterna föreslog, inbegripet att upplösa CVK inom [konfidentiell uppgift] från det att det omtvistade beslutet antogs, gjorde att effektiv konkurrens kunde återupprättas, finner förstainstansrätten att kommissionen gjorde rätt när den ansåg att dessa åtaganden, förutsatt att parterna fullföljer dem, gjorde det möjligt för kommissionen att förklara företagskoncentrationen i fråga förenlig med den gemensamma marknaden och med EES-avtalet.

321 Av detta följer att den tredje grunden skall avfärdas och talan ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

322 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom sökanden har tappat målet, skall denna förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i enlighet med kommissionens yrkande.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **Sökanden förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.**

Legal

Lindh

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Vadapalas

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg, den 23 februari 2006.

E. Coulon

H. Legal

Justitiesekreterare

Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund	II - 332
Förfarandet och parternas yrkanden	II - 336
Rättslig bedömning	II - 338
1. Den första grunden: Kommissionen saknade behörighet att pröva åtgärderna i fråga enligt artikel 3 i förordning nr 4064/89	II - 338
Den första grundens första del: Kommissionen saknade behörighet att pröva RAG-transaktionen, eftersom inget har förändrats vad gäller kontrollen över CVK	II - 339
Parternas argument	II - 339
Inledande anmärkningar	II - 344
— Inledande anmärkningar	II - 344
— Sökandens påståenden om gemensam kontroll över CVK före den andra gruppen av åtgärder	II - 350
— Haniel och sökanden fick gemensam kontroll över CVK genom den andra gruppen av åtgärder	II - 356
— Påståendet om otillräcklig motivering	II - 361
Den första grundens andra del: Kommissionen saknade behörighet att betrakta två åtskilda åtgärder som en enda företagskoncentration och det rörde sig i förevarande fall inte om en företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89	II - 363
Parternas argument	II - 363
Inledande anmärkningar	II - 366
— Kommissionens möjlighet att betrakta flera åtgärder som en enda företagskoncentration, med tillämpning av artikel 3 i förordning nr 4064/89	II - 367
— Huruvida åtgärderna den 9 augusti 1999 är beroende av varandra	II - 373

Den första grundens tredje del: Kommissionen saknade behörighet att pröva huruvida CVK hade tagit kontrollen över sina medlemsföretag på grund av att NMa hade lämnat sitt tillstånd därtill	II - 382
Parternas argument	II - 382
Inledande anmärkningar	II - 383
2. Den andra grunden: Kommissionen har gjort en oriktig bedömning vad gäller att företagskoncentrationen har lett till att en dominerande ställning har uppstått, med åsidosättande av artikel 2 i förordning nr 4064/89	II - 386
Den andra grundens första del: Kommissionen har gjort en oriktig bedömning vad gäller huruvida CVK hade en dominerande ställning	II - 386
Parternas argument	II - 386
Inledande anmärkningar	II - 395
— Inledande anmärkningar	II - 395
— Faktorn att tillverkarna av platsgjuten betong inte utövade ett betydande konkurrenstryck på CVK	II - 400
— Faktorn att det förelåg avgörande hinder för inträde på marknaden	II - 404
— Faktorn att CVK:s kunder saknade köparmakt	II - 409
— Faktorn rörande att det inte fanns några gränser för CVK:s handlingsutrymme på marknaden för byggmaterial för bärande väggar, till följd av konkurrensläget på den angränsande marknaden för byggmaterial för icke bärande väggar	II - 414
— Faktorn rörande de strukturella banden mellan CVK och sökanden som gjorde att de hade ett betydligt större handlingsutrymme än sina konkurrenter vad gäller både utbud och leverans av byggmaterial för bärande väggar	II - 417
	II - 443

Den andra grundens andra del: Det har inte visats att det föreligger ett orsakssamband mellan företagskoncentrationen och den dominerande ställning som har uppstått	II - 420
Parternas argument	II - 420
Inledande anmärkningar	II - 424
3. Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 3 och artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 samt av proportionalitetsprincipen	II - 430
Parternas argument	II - 430
Inledande anmärkningar	II - 432
Rättegångskostnader	II - 441