

**Cementbouw/Commissie, T-282/02,**

Gerecht van Eerste Aanleg, 23 februari 2006, n.n.g. Begrip concentratie

(m. nt. mr P.P.J. van Ginneken)

Dit arrest volgt op een beroep van Cementbouw tegen de beschikking van de Commissie in het CVK-dossier. In de beschikking dwong de Commissie partijen tot een uitzonderlijk vergaande remedie. Het arrest van het Gerecht sauveert de beschikking van de Commissie. Onderwijl geeft het arrest ook nog een belangrijke regel over de bevoegdheid van de Commissie om gerelateerde transacties als een enkele concentratie aan te merken. Deze regel wordt door het Gerecht afgeleid uit de definitie van het begrip concentratie. Een voorstel van de Commissie voor een dergelijke regel in de concentratieverordening werd eerder afgewezen door de Raad.

**Feiten**

Hieronder beperk ik mij tot de relevante feiten voor het arrest van het Gerecht. Voor een uitgebreide beschrijving van de CVK-voorgeschiedenis verwijs ik naar twee eerdere bijdragen in *M&M*.<sup>1</sup>

CVK wordt in 1947 opgericht als een gezamenlijke verkooporganisatie voor de kalkzandsteensector. In 1989 wordt CVK omgevormd tot een coöperatie van de Nederlandse kalkzandsteenproducenten met als doel het verbeteren van de onderlinge samenwerking. De leden zijn ieder dochters van respectievelijk Haniel, NBM Amstelland (nu Cementbouw) of RAG, en in één lid hebben alledrie de partijen aandelen.

In 1998 wordt een nieuwe structuur voor CVK overeengekomen, te implementeren middels een aantal transacties (hierna te noemen de 'eerste groep van transacties'). CVK zal zeggenschap over haar leden krijgen door haar statuten te wijzigen en een poolingovereenkomst te sluiten. Deze transacties vormen volgens de NMa een concentratie, meldingsplichtig onder de Mededingingswet: CVK wordt van een coöperatie van drie onafhankelijke ondernemingen een onderneming waarin geen van de drie partijen zeggenschap heeft. Op 20 oktober 1998 wordt de transactie bij de NMa gemeld en goedgekeurd, hoewel CVK alle kalkzandsteenproducenten van Nederland omvat.<sup>2</sup>

Voordat de goedgekeurde transactie wordt uitgevoerd, wordt een aantal nieuwe transacties overeengekomen omdat RAG uit CVK wil treden (hierna te noemen de 'tweede groep van transacties'). Overeengekomen wordt dat Haniel en Cementbouw gezamenlijk de aandelen overnemen in de bij CVK aangesloten RAG-leden. Partijen wenden zich tot de NMa met de vraag of dit opnieuw een meldingsplichtige concentratie onder de Mededingingswet oplevert. Hierop laat de NMa middels een brief weten dat dit niet het geval is zolang de tweede groep van transacties na de eerste, goedgekeurde, groep van transacties wordt uitgevoerd. Er is volgens de NMa dan namelijk geen verandering in de zeggenschap binnen CVK door de tweede groep van transacties. Vervolgens zijn

beide transacties door partijen op 9 augustus 1999, in de door de NMa aangegeven volgorde, uitgevoerd.

In 2002 komt de Commissie hierachter naar aanleiding van een andere melding door één van de partijen. Volgens de Commissie is CVK van een coöperatie van drie onafhankelijke ondernemingen, via een onderneming waarin geen van de drie partijen zeggenschap heeft vanwege de mogelijkheid van 'wisselende coalities' (na de eerste groep van transacties), een onderneming onder gezamenlijke zeggenschap geworden (na de tweede groep van transacties). De analyse van de tweede groep van transacties is een andere dan die van de NMa. Bovendien ziet de Commissie de eerste en tweede groep transacties samen als een enkele concentratie. Deze concentratie heeft een communautaire dimensie en dient te worden gemeld bij de Commissie. Haniel en Cementbouw verrichten op 24 januari 2002, meer dan twee jaar na uitvoering van de transacties, alsnog een melding bij de Commissie.

De Commissie besluit vervolgens de concentratie niet goed te keuren zonder een uitzonderlijk vergaande remedie. Haniel en Cementbouw zeggen toe om CVK te ontbinden en de oude RAG-dochters onderling te verdelen, een remedie die betekent dat grotendeels wordt teruggekeerd naar de situatie van vóór de eerste groep van transacties. Hierop wordt de concentratie op 26 juni 2002 goedgekeurd door de Commissie<sup>3</sup> en worden de twee transacties waarbij de oude RAG-dochters worden verdeeld bij de NMa gemeld en goedgekeurd.<sup>4</sup>

**Arrest**

Op 11 september 2002 gaat Cementbouw bij het Gerecht in beroep tegen de beschikking van de Commissie. Haar beroep bestaat uit drie middelen. Het eerste middel stelt dat de Commissie onbevoegd was de betrokken transacties te onderzoeken. Het tweede middel stelt beoordelingsfouten van de Commissie bij de conclusie dat een economische machtspositie ontstaat door de concentratie. Het derde middel stelt schending van, onder andere, het evenredigheidsbeginsel.

In het eerste onderdeel van het eerste middel volgt Cementbouw in wezen de door de Commissie terzijde geschoven analyse van de NMa, namelijk dat er met de tweede groep van transacties geen verandering in de zeggenschap is. De Commissie is ervan uit gegaan dat er bij de tweede groep van transacties een verandering van zeggenschap plaatsvindt, namelijk van een situatie van wisselende coalities naar gezamenlijke zeggenschap in CVK. Cementbouw stelt primair dat er vóór de tweede groep van transacties geen sprake was van

1 Zie over de voorgeschiedenis D.J.M. de Grave en M. Chatelin, annotatie bij *CVK Kalkzandsteen* (zaaknr. 124), *Markt & Mededinging* 1999, pp. 46-48, en L.E.J. Korsten, M.A. Langman, M. Van Wanroij, *Kroniek concentratie 2003*, *Markt & Mededinging* 2004, pp. 102-103.

2 Besluit DG-NMa van 20 oktober 1998, zaaknr. 124, *CVK Kalkzandsteen*.

3 Beschikking van de Commissie van 26 juni 2002 in zaak M.2650, *Haniel/Cementbouw/JV* (CVK).

4 Besluit DG-NMa van 24 maart 2003, zaaknr. 3432, *Haniel-Kalkzandsteenfabrieken*, en besluit DG-NMa van 22 maart 2003, zaaknr. 3433, *Cementbouw-Kalkzandsteenfabrieken*.

wisselende coalities, maar van gezamenlijke zeggenschap. Subsidiair stelt ze dat ná de tweede groep van transacties er geen gezamenlijke zeggenschap was. Cementbouw gebruikt hier dus twee, onderling tegengestelde, argumenten. Het Gerecht oordeelt beide stellingen van Cementbouw onjuist en geeft de Commissie gelijk dat CVK van een coöperatie van drie onafhankelijke ondernemingen, via een onderneming met wisselende coalities, een gemeenschappelijke onderneming is geworden.

Als tweede onderdeel van het eerste middel stelt Cementbouw dat de Commissie ten onrechte de eerste en tweede groep van transacties als een enkele concentratie aanmerkt. Volgens Cementbouw is er geen algemene bevoegdheid om meerdere transacties als een enkele concentratie aan te merken onder de (oude) concentratieverordening. Er is slechts een specifieke regel over de omzetsberekening bij opeenvolgende transacties tussen dezelfde ondernemingen, die hier niet aan de orde is.<sup>5</sup> Cementbouw voert ook nog eigen uitlatingen van de Commissie aan.

Het Gerecht verwerpt het middel en sauveert de kwalificatie van de Commissie. De redenering van het Gerecht is gebaseerd op de definitie van artikel 3 lid 1 sub b van de (oude) concentratieverordening. Dit artikel bevat voor het begrip concentratie een op het doel – namelijk zeggenschap verkrijgen over een of meer ondernemingen – gerichte definitie. Daarom is volgens het Gerecht in casu van belang om te achterhalen welk doel de partijen hebben nagestreefd, en met name of partijen bereid zouden zijn geweest elke groep van transacties afzonderlijk te sluiten.

Uit de feiten wordt vervolgens afgeleid dat de eerste en de tweede groep van transacties van elkaar afhankelijk zijn geweest. Het Gerecht volgt de Commissie dat drie factoren hierop wijzen: de economische onderlinge samenhang van de transacties, de gelijktijdige totstandkoming van de transacties en Haniels bevestiging van de samenhang. Het Gerecht heeft voor wat betreft de eerste factor geen goede redenen gevonden waarom de door de NMa goedgekeurde eerste groep van transacties na goedkeuring negen maanden werd uitgesteld, anders dan dat de twee groepen van transacties van elkaar afhankelijk zijn geweest. Het Gerecht weegt ook nog mee dat de eerste groep van transacties zonder de tweede groep geen ratio heeft, omdat met de eerste groep van transacties iedere partij zijn zeggenschap opgaf zonder hier iets voor terug te krijgen. Voor de lezer van het arrest is moeilijk te beoordelen hoe overtuigend deze argumenten zijn zonder de informatie van mondelinge behandeling en dossier.

Door het oordeel van het Gerecht dat de twee groepen van transacties een enkele concentratie vormen, kunnen vervolgens veel van de overige middelen van Cementbouw moeilijk meer slagen. Het derde onderdeel van het eerste middel is dat de Commissie niet bevoegd was de eerste groep van transacties te onderzoeken, nu de NMa deze al had goedgekeurd. Het Gerecht oordeelt hierover dat nu de eerste en tweede groep transacties een enkele concentratie vormen, de NMa een andere concentratie heeft goedgekeurd.

Het tweede middel stelt beoordelingsfouten bij de conclusie dat een machtspositie ontstaat door de concentratie. Het eerste onderdeel van dit middel draait om de kwalificatie van uitkomsten van marktonderzoek. De Commissie trekt hier andere conclusies dan de NMa deed, en volgens het Gerecht is dit juist. In het tweede onderdeel stelt Cementbouw dat er geen causaal verband is tussen concentratie en ontstaan van een machtspositie, want de machtspositie zou al bij de eerste groep van transacties moeten zijn ontstaan. Ook dit middel kan niet meer slagen nu het oordeel van het Gerecht is dat sprake is van een enkele concentratie.

Ook het derde middel kan inmiddels moeilijk meer slagen. Cementbouw beroept zich op strijd met het evenredigheidsbeginsel, nu de Commissie partijen heeft gedwongen om grosso modo terug te gaan naar de toestand vóór de eerste groep van transacties. De door Cementbouw veronderstelde maximale remedie is terugkeer naar de toestand van voor de tweede groep van transacties. Het Gerecht oordeelt deze hypothese echter onjuist omdat het gaat om een enkele concentratie. Ook de bezwaren van Cementbouw omtrent de procedure waarin zij de remedie heeft aangeboden, worden verworpen.

Het Gerecht van Eerste Aanleg verwerpt daarmee uiteindelijk alle middelen van het beroep van Cementbouw en laat de beschikking van de Commissie in stand.

## Commentaar

Het meest interessante van het arrest is het oordeel van het Gerecht over de vraag of de Commissie een algemene bevoegdheid heeft om meerdere transacties als een enkele transactie aan te merken.

Cementbouw stelt dat het om twee concentraties gaat. De door Cementbouw beoogde consequentie is kennelijk om de beschikking vernietigd te krijgen (zo luidt ook het verzoek) en vervolgens in een nieuwe procedure hooguit de remedie te hoeven accepteren van het herstellen van de situatie in die van vóór de tweede groep van transacties. De overdracht van de aandelen in de RAG-leden aan Cementbouw en Haniel zou dan weliswaar moeten worden teruggedraaid, maar het bestaan van de onderneming CVK *an sich* zou dan gesauveerd kunnen worden.

Volgens het Gerecht heeft de Commissie echter de bevoegdheid om de twee groepen van transacties als een enkele concentratie aan te merken, dit vanwege de op het doel gerichte definitie van het begrip concentratie (het gaat om het zeggenschap verkrijgen over een of meer ondernemingen). Daarom is volgens het Gerecht enkel van belang ‘of de transacties onderling samenhangen, zodat de ene niet zonder de andere tot stand zou zijn gekomen’. Hiermee geeft het Gerecht in wezen een nieuwe regel voor de bevoegdheid van de Commissie bij gerelateerde transacties.

<sup>5</sup> Artikel 5, lid 2, tweede alinea van Verordening (EEG) Nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb EG* 30 december 1989, L 395, en *Pb EG* 21 september 1990, L 257.

Het Commissie-document dat is bedoeld om de interpretatie van het begrip concentratie toe te lichten, de Mededeling betreffende het begrip 'concentratie', zegt niets over gerelateerde transacties.<sup>6</sup> De eerdere beschikkingspraktijk van de Commissie wees verschillende kanten op. De Commissie heeft in eerdere beschikkingen bij gerelateerde transacties in sommige gevallen geconcludeerd dat de transacties een enkele concentratie vormden, met verschillende motiveringen hiervoor (gebaseerd op verwevenheid van ratio, onderlinge afhankelijkheid, maar ook op andere factoren).<sup>7</sup> In andere zaken over gerelateerde transacties heeft de Commissie beslist dat het niet ging om een enkele concentratie, ook met diverse motiveringen.<sup>8</sup>

In het Groenboek over de herziening van de concentratieverordening<sup>9</sup> heeft de Commissie aangegeven dat er een 'beleidswijziging' nodig was om te komen tot een algemene regel. Specifiek wordt genoemd dat een bruikbare regel nu ontbreekt bij de ruil van activa, een combinatie van transacties die vaak worden geregeld via één contract en waarbij sluiting van de ene transactie afhankelijk is van de sluiting van de andere.

In het enige tijd later volgende Voorstel van de Commissie voor een nieuwe concentratieverordening<sup>10</sup> heeft de Commissie een nieuw artikel 3, lid 4 voorgesteld. In het voorgestelde artikel wordt bepaald: 'Twee of meer transacties die van elkaar afhangen of die zo nauw verweven zijn dat de economische ratio ervan de behandeling als een enkele transactie verantwoordt, worden beschouwd als een en dezelfde concentratie, die totstandkomt op de datum van de laatste transactie, mits de transacties in hun geheel voldoen aan de voorwaarden van lid 1.' In de toelichting bij haar voorstel stelt de Commissie dat ze in het verleden meermalen heeft moeten beslissen of een aantal transacties die in verschillende opzichten met elkaar verband hielden, als een enkele concentratie moesten worden beschouwd. Vervolgens wordt gesteld dat met het voorgestane artikel de regel 'thans expliciet wordt bepaald'. Ook suggereert de Commissie dat verdere richtsnoeren kunnen worden gegeven bij de herziening van de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'concentratie'.

De voorgestane algemene regel die de Commissie wenste in het Groenboek en haar voorstel, is echter niet overgenomen door de Raad. Het nieuwe artikel 3 lid 4 is niet in de nieuwe concentratieverordening gekomen.<sup>11</sup> De nieuwe concentratieverordening bevat ook geen andere bepaling met daarin de door de Commissie voorgestane regel.

Het is, gezien die leemte, een pragmatische oplossing dat het Gerecht nu zelf een regel destilleert uit de definitie van het begrip concentratie. Het Gerecht geeft in het onderhavige arrest alsnog een vrijwel identieke regel als die door de Commissie werd voorgestaan in haar Groenboek en haar voorstel aan de Raad. Met het arrest krijgt de Commissie dus opmerkelijk genoeg alsnog van het Gerecht haar zin, nadat ze eerder geen democratische legitimiteit van de Raad kreeg voor de door haar voorgestelde regel.<sup>12</sup>

Naast een regel over de bevoegdheid van de Commissie bij gerelateerde transacties geeft het arrest natuurlijk in de eerste plaats een oordeel in een specifiek dossier. Het CVK-concentratiedossier is inmiddels zeer lang slepend: er zit zeven jaar en een aantal beschikkingen tussen de eerste beschikking van de NMa en dit arrest. Cementbouw is niet tegen het arrest in hoger beroep gegaan, dus vooralsnog lijkt dit het slot van de CVK-saga.

6 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'concentratie' in Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb EG C* 66/5 van 2 maart 1998.

7 Vgl. bijv. *EDF/TXU Europe/Westburton Powerstation en EDF/TXU Europe/24/7*, M.2675 en M.2679, 20 december 2001 (verwevenheid in ratio, zelfde partijen en gelijktijdig gesloten, geen onderlinge afhankelijkheid), *Royal Bank Private Equity/Cinven/Anbion*, M.2724, 13 maart 2002 (verwevenheid in ratio, gelijktijdig uitgevoerd, onderlinge afhankelijkheid), *IBM/Maersk Data/DEN Data*, M.2926, 16 september 2004 (gelijk na elkaar gesloten, onderlinge afhankelijkheid).

8 Vgl. bijv. *ABB/Renault Automation*, M.409, 9 maart 1994 (verschillen in soort van zeggenschap), *Valeo/Bosch*, M.2046, 28 juli 2000 (hoewel transactie onder zelfde businessplan, niet onderling afhankelijk), *Hilton/Accor/Forté/Travel Services JV*, M.2197, 16 februari 2001 (transacties niet afhankelijk van elkaar).

9 Groenboek over de herziening van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad, COM (2001) 745, van 11 december 2001.

10 Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb EG C* 20/4 van 28 januari 2003.

11 Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende controle op concentraties van ondernemingen, *Pb EG L* 24/1 van 29 januari 2004.

12 Ook onder de nieuwe concentratieverordening (Vo 139/2004) zal het arrest gelden, nu artikel 3, lid 1, sub b daarvan een vergelijkbare definitie van het begrip concentratie geeft.