

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA  
(Quarta Secção alargada)

23 de Fevereiro de 2006 \*

No processo T-282/02,

**Cementbouw Handel & Industrie BV**, com sede em Le Cruquius (Países Baixos),  
representada por W. Knibbeler, O. Brouwer e P. Kreijger, avocats,

recorrente,

contra

**Comissão das Comunidades Europeias**, representada inicialmente por  
A. Nijenhuis, K. Wiedner e W. Mölls, e em seguida por Nijenhuis, É. Gippini  
Fournier e A. Whelan, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no  
Luxemburgo,

recorrida,

\* Língua do processo: inglês.

que tem por objecto a anulação da Decisão 2003/756/CE da Comissão, de 26 de Junho de 2002, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, que declara uma operação de concentração compatível com o mercado comum e com o acordo EEE [processo COMP/M.2650 — Haniel/ /Cementbouw/JV (CVK)] (JO 2003, L 282, p. 1, rectificativo no JO 2003, L 285, p. 52),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA  
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Quarta Secção alargada),

composto por: H. Legal, presidente, P. Lindh, P. Mengozzi, I. Wiszniewska-Białecka e V. Vadapalas, juízes,

secretário: K. Andová, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 6 de Julho de 2005,

profere o presente

**Acórdão**

**Antecedentes do litígio**

- 1 Em 24 de Janeiro de 2002, a empresa Franz Haniel & Cie GmbH (a seguir «Haniel») e a recorrente notificaram à Comissão, nos termos do artigo 4.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo

das operações de concentração de empresas (JO L 395, p. 1, com nova publicação, no seguimento de rectificações, no JO 1990, L 257, p. 13), alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 180, p. 1), uma operação de concentração. Segundo esta notificação, a Haniel e a recorrente adquiriram, em 1999, o controlo conjunto, na acepção do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 4064/89, da empresa neerlandesa Coöperatieve Verkoop- en Produktievereniging van Kalkzandsteenproducenten (a seguir «CVK») e das suas onze empresas associadas por contrato e compra das participações sociais detidas pela empresa alemã RAG AG (a seguir «RAG»).

- 2 A Haniel é uma *holding* alemã diversificada que, no sector dos materiais de construção, fabrica e distribui materiais de construção para paredes, tais como blocos sílico-calcários, betão celular e betão pronto. A Haniel exerce essencialmente as suas actividades na Alemanha. Relativamente aos Países Baixos, antes da operação de concentração, a Haniel detinha participações em várias empresas fabricantes de blocos sílico-calcários, que integram a CVK.
- 3 A recorrente, que fazia anteriormente parte do grupo neerlandês NBM Amstelland BV, exerce as suas actividades nos Países Baixos, no sector do comércio de materiais de construção e, mais genericamente, nos mercados da construção, da logística e do comércio de matérias-primas. Quando a Decisão 2003/756/CE relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89, que declara uma operação de concentração compatível com o mercado comum e com o acordo EEE [processo COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK)] (a seguir «decisão recorrida») foi adoptada, a recorrente era detida pela CVC Capital Partners Group Ltd., uma sociedade gestora de participações sociais .
- 4 A CVK existe desde 1947 e estava inicialmente encarregada da venda da produção das suas empresas associadas, as fabricantes neerlandesas de blocos sílico-calcários. Em 1989, a CVK foi transformada em cooperativa de direito neerlandês a fim de melhorar a cooperação entre as suas associadas.

- 5 Antes da realização da operação de concentração, cinco das onze empresas associadas da CVK — a Kalkzandsteenfabriek De Hazelaar BV (a seguir «De Hazelaar»), a Kalkzandsteenindustrie Loevestein BV (a seguir «Loevestein»), a Steenfabriek Boudewijn BV (a seguir «Boudewijn»), a Kalkzandsteenfabriek Hoogdonk BV (a seguir «Hoogdonk») e a Kalkzandsteenfabriek Rijsbergen BV (a seguir «Rijsbergen») — eram filiais da Haniel. Três fábricas de produtos sílico-calcários — a Kalkzandsteenfabriek Harderwijk BV (a seguir «Harderwijk»), Kalkzandsteenfabriek Roelfsema BV (a seguir «Roelfsema») e a Kalkzandsteenfabriek Bergumermeer BV (a seguir «Bergumermeer») — eram filiais da recorrente, ao passo que duas fabricantes — a Anker Kalkzandsteenfabriek BV (a seguir «Anker») e a Vogelenzang Fabriek van Bouwmaterialen BV (a seguir «Vogelenzang») — eram filiais da RAG. Finalmente, um fabricante, a empresa Van Herwaarden Hillegom BV (a seguir «Van Herwaarden»), era conjuntamente detida pela Haniel ([*confidencial*] %),<sup>1</sup> a recorrente ([*confidencial*] %) e a RAG ([*confidencial*] %).
- 6 Em 1998, a Nederlandse Mededingingsautoriteit (autoridade neerlandesa em matéria de concorrência, a seguir «NMa») recebeu uma notificação de um projecto de concentração, por meio do qual a CVK pretendia adquirir controlo sobre as suas associadas. O controlo devia ser transferido no âmbito da celebração de um acordo de *pooling* e de uma alteração dos estatutos da CVK. Em 23 de Abril de 1998, a NMa decidiu iniciar o processo dito de «segunda fase». Por decisão de 20 de Outubro de 1998, a NMa encerrou o processo de segunda fase e autorizou o projecto em causa.
- 7 Antes de esta operação ser realizada, a RAG tinha tomado a decisão de vender à Haniel e à recorrente as participações que detinha nas empresas associadas da CVK. Em Março de 1999, as partes comunicaram as suas intenções à NMa. Esta, por ofício de 26 de Março de 1999, informou-as de que a alienação prevista não constituiria uma operação de concentração na acepção do artigo 27.º da wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) (lei de 22 de Maio de 1997 que fixa novas regras relativas à concorrência económica) (Stb. 1997, n.º 242), desde que a operação autorizada pela decisão de 20 de Outubro de 1998 fosse realizada até ao momento da referida alienação.

<sup>1</sup> — Dados confidenciais não divulgados.

- 8 Em 9 de Agosto de 1999, a CVK e as suas empresas associadas celebraram o acordo de *pooling* acima referido no n.º 6. Os estatutos da CVK foram alterados nesse mesmo dia de modo a ter em conta as disposições do acordo de *pooling* (refere-se a seguir que estas duas transacções constituem «o primeiro grupo de transacções»). Também nesse dia, a RAG alienou as participações que detinha em três associadas da CVK (a Anker, a Vogelenzang e a Van Herwaarden) à Haniel e à recorrente (a seguir «transacção RAG»), tendo estas, por outro lado, celebrado um acordo de cooperação que regula a sua cooperação na CVK (estas duas transacções, tomadas em conjunto, designam-se a seguir «segundo grupo de transacções»).
- 9 Tendo tomado conhecimento da operação de 9 de Agosto de 1999 durante o exame de duas outras operações de concentração notificadas pela Haniel (processos COMP/M.2495 — Haniel/Fels e COMP/M.2568 — Haniel/Ytong), a Comissão, por ofício de 22 de Outubro de 2001, comunicou à recorrente e às outras empresas participantes que a operação tinha de lhe ser notificada nos termos do artigo 4.º do Regulamento n.º 4064/89.
- 10 Como acima referido no n.º 1, em 24 de Janeiro de 2002, a Haniel e a recorrente notificaram a operação nos termos do artigo 4.º do Regulamento n.º 4064/89.
- 11 Em 25 de Fevereiro de 2002, a Comissão adoptou uma decisão, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 4064/89, na qual considerou que a operação de concentração notificada levantava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum e com o acordo sobre o Espaço Económico Europeu (a seguir «acordo EEE»).
- 12 Em 25 de Abril de 2002, a Comissão enviou às partes que procederam à notificação uma comunicação das objecções. A recorrente respondeu-lhe por carta de 13 de Maio de 2002.

- 13 Em 16 de Maio de 2002, a Comissão procedeu à audição das partes interessadas.
- 14 Tendo sido apresentado um primeiro projecto de compromissos em 28 de Maio de 2002, considerado insuficiente pela Comissão para resolver o problema em matéria de concorrência que tinha identificado, a Haniel e a recorrente apresentaram compromissos definitivos em 5 de Junho de 2002.
- 15 Em 26 de Junho de 2002, a Comissão adoptou a decisão recorrida, na qual considerou que a concentração notificada era compatível com o mercado comum e com o funcionamento do acordo EEE (artigo 1.º da decisão recorrida), na condição de a Haniel e a recorrente cumprirem na íntegra os compromissos assumidos nos pontos 27, 28, 32 a 35 e 40 do anexo da referida decisão (artigo 2.º da decisão recorrida) e sob reserva do pleno cumprimento dos restantes compromissos assumidos no anexo (artigo 3.º da decisão recorrida). De entre os compromissos referidos no artigo 2.º da decisão recorrida consta designadamente a dissolução da CVK num prazo de [confidencial] a contar da adopção da decisão recorrida. A decisão recorrida, sem os dados confidenciais, foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* de 30 de Outubro de 2003 (JO L 282, p. 1, rectificativo no JO L 285, p. 52).

### **Tramitação processual**

- 16 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 11 de Setembro de 2002, a recorrente interpôs o presente recurso nos termos do artigo 230.º CE.

- 17 Nos termos do artigo 14.º do Regulamento de Processo do Tribunal e sob proposta da Quarta Secção, o Tribunal, ouvidas as partes nos termos do artigo 51.º do referido regulamento, decidiu atribuir o processo a uma secção alargada.
- 18 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal (Quarta Secção alargada) decidiu dar início à fase oral e, a título de medidas de organização do processo, pediu às partes que respondessem por escrito a determinadas questões e que apresentassem determinados documentos. As partes deram cumprimento a estes pedidos no prazo fixado.
- 19 Foram ouvidas as alegações das partes e as respostas às questões colocadas pelo Tribunal na audiência de 6 de Julho de 2005.
- 20 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:
- anular a decisão recorrida;
  - condenar a Comissão nas despesas.
- 21 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:
- negar provimento ao recurso;
  - condenar a recorrente nas despesas.

## Questão jurídica

22 A recorrente invoca essencialmente três fundamentos de recurso. O primeiro fundamento é relativo à falta de competência da Comissão para examinar as transacções em causa por força do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89. O segundo fundamento é relativo a erros de apreciação da Comissão relativos à criação de uma posição dominante decorrente da operação de concentração, em violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89. Por último, o terceiro fundamento é relativo à violação do artigo 3.º e do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 e do princípio da proporcionalidade.

*1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo à incompetência da Comissão para examinar as transacções em causa por força do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89*

23 Este fundamento divide-se em três partes. A primeira parte baseia-se na incompetência da Comissão para examinar a transacção RAG por não haver uma alteração do controlo da CVK. A segunda parte baseia-se na incompetência da Comissão para qualificar como operação de concentração única duas transacções distintas e na inexistência, no presente caso, de uma operação de concentração na acepção do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89. A terceira parte baseia-se na incompetência da Comissão para examinar a aquisição do controlo pela CVK das suas empresas associadas, no seguimento da autorização que esta recebeu da NMA.

*Quanto à primeira parte do primeiro fundamento, baseada na incompetência da Comissão para examinar a transacção RAG por não haver uma alteração do controlo da CVK*

#### Argumentos das partes

- 24 A recorrente sustenta que a Comissão não tem competência, nos termos do Regulamento n.º 4064/89, para examinar a transacção RAG, uma vez que esta operação não levou ao estabelecimento de um controlo conjunto da Haniel e da própria recorrente sobre a CVK.
- 25 Em primeiro lugar, a recorrente contesta a afirmação contida na decisão recorrida segundo a qual, antes da transacção RAG, era possível uma alteração de maiorias na assembleia geral da CVK.
- 26 Desde logo, a recorrente considera esta afirmação surpreendente, uma vez que as decisões da NMa de 23 de Abril e de 20 de Outubro de 1998 não referem de forma alguma esta eventualidade.
- 27 Em seguida, a recorrente estranha que a decisão recorrida não contenha qualquer análise sobre a questão de saber se, *in concreto*, uma alteração de maiorias era possível na assembleia geral da CVK antes da transacção RAG. A Comissão não se limitou, segundo a recorrente, como fez na decisão recorrida, a declarar que tinha havido uma alteração de maiorias antes desta transacção, sem apresentar o menor elemento de prova relativo à falta de interesses sólidos partilhados pelos accionistas ou à falta de uma maioria estável, nos termos n.º 35 da comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas em conformidade com o Regulamento n.º 4046/89 (JO 1998, C 66, p. 5). A recorrente é da opinião que a

Comissão não conseguiu demonstrar que, antes da transacção RAG, existia uma situação «de falta de controlo» da CVK. Ora, a recorrente especifica que cabia à Comissão demonstrar a falta de controlo anterior à transacção RAG, atendendo à comunidade de interesses que existia entre os «accionistas» da CVK antes desta transacção, em especial com base no acordo de *pooling*.

28 Em segundo lugar, a recorrente considera que os alegados direitos de veto, que, segundo a decisão recorrida, detinha com a Haniel, não conduzem a um controlo conjunto da CVK, que é uma entidade económica independente.

29 Em primeiro lugar, a Comissão limitou-se a presumir a existência dos direitos de veto da recorrente e da Haniel nos órgãos de decisão da CVK.

30 Assim, desde logo, a recorrente afirma que a Comissão não teve em conta as garantias que a recorrente e a Haniel deram à NMa no âmbito da notificação do projecto do acordo de *pooling* aprovado pela decisão de 20 de Outubro de 1998. Estas garantias previam, por um lado, que o conselho de administração da CVK devia ser exclusivamente composto por representantes das associadas da CVK ou por pessoas independentes e que não podia ter nenhum representante das sociedades pertencentes a um grupo a que a empresa-mãe de uma ou várias associadas da CVK pertencessem. Por outro, relativamente ao conselho fiscal da CVK, este devia ser composto por uma maioria de membros independentes. Segundo a recorrente, estas regras garantiam que nem a recorrente nem a Haniel podiam influenciar as decisões comerciais estratégicas da CVK.

31 Em seguida, a recorrente sustenta que, segundo o Código Civil neerlandês, os órgãos de decisão de uma cooperativa como a CVK devem aprovar as suas decisões no

interesse exclusivo da empresa e não no dos seus accionistas. Consequentemente, de acordo com o afirmado pela recorrente, nem esta nem a Haniel podiam, de direito ou de facto, influenciar as decisões comerciais estratégicas dos órgãos de decisão da CVK. Daqui resulta que, segundo a recorrente, a decisão de 20 de Outubro de 1998, que aceitou as garantias apresentadas por si e pela Haniel, criaram-lhe uma confiança legítima, quando cabia à Comissão demonstrar concretamente a possibilidade de a Haniel e a própria recorrente exercerem uma influência decisiva nas decisões da CVK.

32 Em segundo lugar, a recorrente contesta o entendimento da Comissão constante no considerando 19 da decisão recorrida segundo a qual o acordo de cooperação celebrado entre a própria recorrente e a Haniel, o encerramento de três empresas fabricantes de blocos sílico-calcário, associadas da CVK, e determinados documentos internos da Haniel constituíam elementos reveladores do controlo conjunto que a própria recorrente e a Haniel exerciam sobre a CVK. Relativamente ao acordo de cooperação celebrado entre a Haniel e a recorrente, esta indica que as disposições referidas na decisão recorrida se referem apenas à utilização de [*confidencial*], pelo que não se pode automaticamente concluir que estão em causa decisões estratégicas da CVK. No que se refere ao encerramento de três empresas associadas da CVK, a recorrente recorda que não foi celebrado nenhum acordo entre si e a Haniel relativamente a esta questão e que, depois da assinatura do acordo de *pooling*, foi a CVK que, baseando-se nas suas próprias análises comerciais, decidiu proceder a esse encerramento. Relativamente aos documentos internos da Haniel, a recorrente sustenta que, tendo sido autorizada a tomar conhecimento desses documentos, pode afirmar que estes últimos não demonstram a existência ou a inexistência de um controlo conjunto para efeitos de aplicação do Regulamento n.º 4064/89, mas que expõe pelo contrário os interesses subjectivos e não relevantes para o presente caso da Haniel.

33 Finalmente, em terceiro lugar, a recorrente considera que a Comissão não cumpriu a sua obrigação de fundamentar suficientemente a decisão recorrida relativamente a três aspectos: desde logo, quanto à alegada existência de uma alteração das coligações na CVK antes da transacção RAG, em especial por não expor os motivos pelos quais a Comissão tomou uma posição diferente da que foi tomada pela NMa ;

em seguida, quanto aos motivos pelos quais a Comissão considera que as garantias apresentadas pela Haniel e por si à NMa são insuficientes para suprimir a possibilidade de um controlo conjunto e, finalmente, quanto à constatação segundo a qual o acordo de cooperação entre a Haniel e a recorrente, o encerramento de determinadas empresas de fabricantes de blocos sílico-calcário e os documentos internos da Haniel são reveladores de um controlo conjunto da CVK.

34 A Comissão relembra, a título liminar, que, na decisão recorrida, não considerou a transacção RAG uma operação distinta. O acordo de *pooling*, ou seja a tomada do controlo da CVK sobre as suas empresas associadas, e a transacção RAG, a saber a tomada de controlo da Haniel e da recorrente sobre a CVK através da aquisição das participações sociais anteriormente detidas pela RAG no capital social das sociedades associadas da CVK, constituem uma única e mesma operação de concentração.

35 Dito isto, a Comissão contrapõe, em primeiro lugar, que, em regra, quando dois accionistas dividem em partes iguais os direitos de voto de uma empresa, esta situação, descrita no n.º 20 da comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração acima referida no n.º 27, confere-lhes um direito de veto e, conseqüentemente, o controlo conjunto da empresa. No presente caso, antes da operação de concentração, nem a recorrente, nem a Haniel, nem a RAG tinham direito de veto. Além disso, a Comissão sublinha que, embora não se possa excluir que, em circunstâncias excepcionais, accionistas — minoritários — que não sejam titulares de um direito de veto possam exercer um controlo conjunto de facto da empresa, a recorrente não sustentou na sua petição que existiam poderosos interesses partilhados entre os referidos três accionistas antes da realização da operação de concentração. A este propósito, a Comissão refere também que a tentativa de argumentação que a recorrente esgrimiou neste sentido na réplica, segundo a qual existiram interesses partilhados, tendo em consideração, em especial, o acordo de *pooling*, abstraindo o facto de que este último não é parte integrante da operação de concentração e não é portanto relevante para o período anterior a 9 de Agosto de 1999. Nestas condições, há que considerar, segundo a Comissão, que as três accionistas tinham interesses diferentes e há que supor que as alterações de maioria na CVK eram possíveis antes da operação de concentração.

36 Em seguida, relativamente ao argumento relativo à violação da decisão da NMa de 20 de Outubro de 1998 e das garantias que lhe foram apresentadas pela recorrente e pela Haniel, a Comissão sublinha que a NMa examinou outra operação de concentração relativamente a outras regras jurídicas. Por um lado, a operação de concentração notificada à NMa não foi executada enquanto tal e que uma outra operação de concentração — que compreendia os primeiro e segundo grupos de transacções —, que devia ter sido submetida à obrigação de notificação nos termos do Regulamento n.º 4064/89, foi concluída em 9 de Agosto de 1999. Por outro, a NMa analisou o conceito de controlo à luz do direito neerlandês da concorrência, ao passo que a Comissão o analisou à luz das disposições do Regulamento n.º 4064/89. Assim, de acordo com o afirmado pela Comissão, embora a questão das alterações de maiorias não tenha sido relevante para a NMa, pelo contrário, ao aplicar o Regulamento n.º 4064/89 a uma outra operação de concentração, esta deu importância a estas alterações de maiorias, considerando que o facto de se terem tornado possíveis, devido à operação, excluiu qualquer controlo conjunto anterior da CVK. As garantias referidas pela recorrente não alteram em nada este entendimento, uma vez que têm apenas por objectivo restringir a possibilidade de as pessoas que exercem funções nas «accionistas finais» de pertencerem aos seus órgãos de direcção. Os membros destes órgãos são, no entanto, nomeados pela assembleia das associadas da CVK, sob proposta dos directores destas últimas, também estes nomeados pelos respectivos accionistas. Assim, a Comissão sustenta que não é de forma alguma provável que os membros dos órgãos de direcção da CVK actuem sem tomar em consideração os interesses daqueles que decidem em última instância das suas designações ou das suas destituições — ou seja a recorrente e a Haniel, como «accionistas finais».

37 Além disso, a Comissão sublinha que as disposições do Código Civil neerlandês não alteram o entendimento segundo o qual a recorrente e a Haniel detêm o controlo conjunto da CVK. Com efeito, a Comissão sustenta, por um lado, que, embora seja verdade que, no direito neerlandês, as decisões dos órgãos de direcção de uma empresa devem ser tomadas no interesse desta última, o interesse dos accionistas é sempre um factor a tomar em consideração para determinar aquilo que é o interesse da empresa. Por outro, a Comissão indica que as relações entre a CVK e a recorrente são equiparáveis às que mantêm uma filial e a sua empresa-mãe; ora, uma vez que o direito neerlandês das sociedades obriga as filiais a seguirem as instruções da

sociedade-mãe, o mesmo deverá suceder quando duas empresas — a recorrente e a Haniel — controlarem conjuntamente uma empresa comum.

38 De igual modo, a Comissão contesta as críticas da recorrente relativas ao considerando 19 da decisão recorrida, segundo o qual o acordo de cooperação, o encerramento de três empresas associadas da CVK e os documentos internos da Haniel constituem elementos reveladores do controlo conjunto exercido pela recorrente e pela Haniel sobre a CVK. A este propósito, a Comissão recorda que estes elementos servem apenas para ilustrar a existência do controlo conjunto, demonstrado nos considerandos 13 a 17 da decisão recorrida, o que foi aliás admitido pela recorrente na réplica. Assim, os direitos de veto que a recorrente e a Haniel possuem relativamente à nomeação dos órgãos da administração da CVK bastam só por si para determinar o controlo conjunto da CVK. De qualquer modo, a Comissão considera que os dois primeiros elementos são efectivamente reveladores da possibilidade de a recorrente e a Haniel intervirem nas actividades e nas decisões estratégicas da CVK. Relativamente aos documentos internos da Haniel, a Comissão considera que corroboram a sua tese segundo a qual a Haniel e a recorrente tinham intenção de adquirir conjuntamente o controlo da CVK.

39 Finalmente, a Comissão refuta também as alegações da recorrente relativas à insuficiência da fundamentação da decisão recorrida.

## Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

### — Observações preliminares

40 A título liminar, há que recordar que, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, intitulado «Definição da concentração»,

«1. Realiza-se uma operação de concentração:

a) quando duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem

ou

b) quando:

— uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa,

ou

— uma ou mais empresas

adquirem directa ou indirectamente, por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controlo do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

2. A criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma constitui uma operação de concentração, na acepção da alínea b) do n.º 1.

3. Para efeitos da aplicação do presente regulamento, o controlo decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa e, nomeadamente:

- a) direitos de propriedade ou de usufruto sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa;
  
- b) direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

4. O controlo é adquirido pela pessoa ou pessoas ou pelas empresas:

- a) que sejam titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos;

ou

- b) que não sendo titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos, tenham o poder de exercer os direitos deles decorrentes.

[...]»

- 41 Daqui resulta que uma operação de concentração é, designadamente, realizada pela aquisição do controlo de uma ou várias empresas, seja através de uma empresa que actue sozinha, seja através de duas ou mais empresas que actuem conjuntamente, e que, independentemente da forma que revista a tomada de controlo, este último, atendendo às circunstâncias de facto e de direito próprias de cada caso, deve conferir a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade da empresa adquirida decorrente de direitos, contratos ou de qualquer outro meio.
- 42 Como foi referido pela Comissão no n.º 19 da sua comunicação relativa ao conceito de concentração acima referida no n.º 27 — retomado, essencialmente, no considerando 14 da decisão recorrida e não contestado pela recorrente —, existe controlo conjunto se duas ou mais empresas ou pessoas dispuserem da possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma outra empresa, o que significa poder bloquear medidas que determinam o comportamento comercial estratégico de uma empresa. Assim, o controlo conjunto permite ultrapassar uma situação de impasse decorrente do poder, detido por duas ou mais empresas-mãe, de rejeitar as decisões estratégicas propostas. Daí a necessidade de esses accionistas chegarem a acordo sobre a política empresarial da empresa comum.
- 43 No presente caso, a Comissão refere, nos considerandos 15 a 17 da decisão recorrida, as seguintes precisões:

«(15) Com a aquisição das participações da RAG, a Haniel e a Cementbouw adquiriram o controlo conjunto da CVK. As suas participações indirectas de, respectivamente, 50 % na CVK conferem à Haniel e à Cementbouw a possibilidade de exercerem direitos de veto na assembleia geral (ledenvergadering) da CVK. Estes direitos de veto resultaram da retirada da RAG, cuja presença na assembleia-geral teria permitido alterações de maiorias e, conseqüentemente, teria excluído a eventualidade de os accionistas deterem o controlo sobre a assembleia geral.

(16) A assembleia geral da CVK decide sobre a composição dos órgãos de decisão da CVK, a saber, o Conselho de Administração (Raad van Bestuur) e o Conselho de Fiscalização (Raad van Commissarissen). Os estatutos e o acordo de *pooling* impõem-lhe restrições a nível desta escolha, na medida em que nenhum membro do Conselho de Administração pode exercer simultaneamente funções nas sociedades de accionistas das associadas da CVK e, no caso do Conselho de Fiscalização, isso só é permitido a uma minoria.

(17) O poder de decidir sobre a composição dos órgãos de decisão de uma empresa é uma decisão estratégica essencial. Nos termos do regulamento das concentrações, o direito de veto sobre uma decisão dessa natureza confere, assim, ao seu titular o controlo de uma empresa, ou seja, no presente caso da CVK. Com efeito, ao tomarem as suas próprias decisões, os membros destes órgãos de decisão têm em conta os pontos de vista dos titulares dos direitos de veto.»

44 No considerando 19 da decisão recorrida, a Comissão também indicou o seguinte:

«(19) A aquisição do controlo da CVK pela Haniel e a Cementbouw traduz-se igualmente pelo acordo de cooperação celebrado por estas empresas no quadro do acordo de *pooling*. A Haniel e a Cementbouw especificam neste acordo alguns aspectos da sua cooperação no seio da CVK (considerando 11). Já antes da operação, a Haniel e a Cementbouw tinham debatido em pormenor algumas decisões estratégicas tomadas pela direcção da CVK após a realização da operação em apreço, nomeadamente o encerramento de três das onze empresas fabricantes de blocos sílico-calcários; as partes basearam-se assim, manifestamente, nestas decisões para celebrarem o acordo de *pooling*. De um modo geral, os documentos elaborados para a direcção do grupo Haniel, para fins de decisão interna relativa à presente operação, evidenciam que, pelo menos do ponto de vista da Haniel, a celebração do acordo de *pooling* conferirá às partes a possibilidade de controlarem em conjunto a CVK.»

- 45 Resulta das citadas passagens da decisão recorrida que a Comissão apurou a existência de uma tomada de controlo da CVK pela Haniel e pela recorrente, independentemente da questão, suscitada na segunda parte do presente fundamento, de saber se existem no presente caso uma ou várias operações de concentração. Assim, ainda que a Comissão tenha observado nos seus articulados que, na decisão recorrida, não se pronunciou exclusivamente sobre a transacção RAG mas sim sobre uma operação de concentração que inclui os primeiro e segundo grupos de transacções acima referidos no n.º 8, há que concluir ainda assim que, para constatar a tomada de controlo conjunto da CVK pela Haniel e pela recorrente, a Comissão se baseou unicamente no segundo grupo de transacções.
- 46 Há que precisar que, em substância, a recorrente deu a entender, num primeiro momento, que existia, antes da celebração do segundo grupo de transacções, designadamente antes da transacção RAG, um controlo conjunto da CVK exercido pelas suas três accionistas, a saber a recorrente, a Haniel e a RAG — como resulta da sua alegação de que existia «uma forte comunidade de interesses entre os accionistas da CVK» (v. n.º 27, *supra*), do tipo da que é indicada nos n.ºs 30 a 35 da comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração acima referida — e acusa a Comissão de não ter demonstrado «a inexistência de interesses partilhados» pelas accionistas da CVK antes da celebração do segundo grupo de transacções, em momento anterior à verificação de uma «tomada de controlo» da CVK pela Haniel e pela recorrente. Num segundo momento, a recorrente sustenta que as garantias apresentadas à NMa, no âmbito da notificação do projecto do primeiro grupo de transacções acima referido no n.º 8, no que se refere à composição dos conselhos de administração e fiscal da CVK, excluem qualquer controlo conjunto desta última, a saber a inexistência de direitos de veto detidos pela Haniel e pela recorrente relativamente às decisões estratégicas da empresa.
- 47 O exame que se segue terá portanto por objecto, em primeiro lugar, a alegação da recorrente de que existia um controlo conjunto na CVK efectuado pelas suas três accionistas antes da celebração do segundo grupo de transacções. Em caso de resposta negativa, o Tribunal analisará, em segundo lugar, se, como observado na decisão recorrida, o segundo grupo de transacções, designadamente a transacção

RAG, levou à aquisição do controlo conjunto da CVK pela Haniel e pela recorrente. Finalmente, em terceiro lugar, o Tribunal examinará as alegações da recorrente de fundamentação insuficiente da decisão recorrida relativamente à tomada de controlo conjunto da CVK.

— Quanto às alegações da recorrente relativas à existência de um controlo conjunto da CVK antes da celebração do segundo grupo de transacções

48 Há que referir que a constatação, feita no considerando 15 da decisão recorrida, segundo a qual a presença da RAG na assembleia geral dos membros da CVK teria permitido alterações de maiorias e excluído a eventualidade de os accionistas deterem o controlo sobre a assembleia geral, se baseia necessariamente na interpretação de dados relativos à repartição do capital social e dos correspondentes direitos de voto que constam do considerando 5 da decisão recorrida.

49 Estes dados, reproduzidos a seguir, representam a participação, em pontos percentuais, que cada uma das onze associadas da CVK detém no capital social desta última — e os respectivos direitos de voto —, nos termos dos estatutos da CVK:

— De Hazelaar [confidencial] %

— Loevestein [confidencial] %

— Boudewijn [confidencial] %

— Hoogdonk [confidencial] %

— Rijsbergen [confidencial] %

- Harderwijk [confidencial] %
- Roelfsema [confidencial] %
- Bergumermeer [confidencial] %
- Anker [confidencial] %
- Vogelenzang [confidencial] %
- Van Herwaarden [confidencial] %.

50 Há que recordar que, antes da celebração do segundo grupo de transacções, a Haniel era proprietária das cinco primeiras empresas acima referidas, a recorrente era a sociedade-mãe da Harderwijk, da Roelfsema e da Bergumermeer, ao passo que a RAG detinha a Anker e a Vogelenzang. Quanto à empresa Van Herwaarden, a Haniel detinha [confidencial] % do seu capital social, a recorrente [confidencial] % e a RAG [confidencial] %.

51 Daqui resulta que, antes da celebração do segundo grupo de transacções, a Haniel detinha, indirectamente, [40 a 45] %<sup>2</sup> do capital social da CVK ([confidencial] % correspondente à parte cumulada das cinco primeiras empresas + [confidencial] % correspondente à sua participação de [confidencial] % na Van Herwaarden), ao passo que a recorrente e a RAG detinham respectivamente [40 a 45] % ([confidencial] % correspondente à parte cumulada das suas três filiais + [confidencial] %

2 — Dados confidenciais não divulgados.

correspondente à sua participação de [confidencial] % na Van Herwaarden) e [15 a 20] % ([confidencial] % correspondente à parte cumulada das suas duas filiais + [confidencial] % correspondente à sua participação de [confidencial] % na Van Herwaarden).

- 52 Atendendo às modalidades de voto na assembleia das associadas da CVK, daqui teria resultado, em princípio, que, se a RAG tivesse conservado as suas participações na CVK, nenhuma das três accionistas da CVK teria tido a possibilidade de bloquear a adopção das decisões dessa assembleia, em especial a das decisões estratégicas da CVK.
- 53 Esta observação não é posta em causa pela alegação da recorrente de que existiam interesses importantes partilhados entre as accionistas, semelhantes aos que foram indicados pela Comissão na sua comunicação relativa ao conceito de concentração de empresas acima referida, pelo que existia, de facto, um controlo conjunto da CVK efectuado pelas três accionistas antes desta transacção.
- 54 Há que sublinhar que, no n.º 30 da comunicação acima referida, a Comissão expôs que, mesmo em caso de ausência de direitos de veto específicos, duas ou mais empresas que adquiram participações minoritárias numa outra empresa podem obter o seu controlo conjunto. Resulta desta comunicação que este caso pressupõe uma concertação entre estes accionistas minoritários, que poderá resultar da existência de um acordo juridicamente vinculativo ou de circunstâncias de facto. Segundo a comunicação, o meio jurídico de assegurar o exercício comum de direitos de voto pode revestir diversas formas, como seja uma sociedade gestora de participações sociais ou de um acordo nos termos do qual os accionistas se comprometem a actuar em comum (*pooling agreement*). Relativamente às circunstâncias de facto demonstrativas de uma acção concertada, a comunicação indica, no n.º 32, que, muito excepcionalmente, essa acção dos accionistas minoritários se pode verificar quando existam importantes interesses comuns entre os accionistas minoritários que os impeçam de se oporem uns aos outros no exercício dos seus direitos relativos à empresa comum.

- 55 A comunicação específica, por um lado, que no caso de aquisições de participações minoritárias numa empresa comum preexistente, a existência prévia de relações entre os accionistas minoritários ou a aquisição das participações através de uma acção concertada constituirão factores indicativos desse interesse comum. Por outro, aquando da criação de uma nova empresa comum, ao contrário do que sucede na aquisição de uma participação minoritária numa empresa já existente, existem maiores probabilidades de as empresas-mãe adoptarem uma política comum deliberada, designadamente quando a contribuição de cada empresa-mãe para a empresa comum é essencial para o seu funcionamento (tecnologias específicas, saber-fazer, acordos de fornecimento, etc.). Por último, a comunicação refere, no n.º 35, que, na falta de importantes interesses partilhados como os acima delineados, o facto de os accionistas minoritários poderem coligar-se de forma diferente entre si excluirá normalmente a presunção da existência de controlo conjunto. Sempre que não se verifique qualquer maioria estável no processo de tomada de decisões, podendo a maioria em cada caso resultar de diversas combinações possíveis entre os accionistas minoritários, não se pode presumir que os accionistas minoritários controlam em conjunto a empresa.
- 56 A recorrente não contesta as apreciações gerais sobre a existência de interesses partilhados que a Comissão fez na sua comunicação relativa ao conceito de concentração acima referida, mas sustenta que, no presente caso, antes da celebração do segundo grupo de transacções, as três accionistas já possuíam esses interesses, na acepção dessa comunicação.
- 57 Ora, há que referir que, nos seus articulados, a recorrente não apresenta qualquer elemento de prova que permita sustentar concretamente a sua afirmação. Para mais, indica que esses interesses partilhados se baseiam no acordo de *pooling*, ou seja, numa das transacções que faz parte do primeiro grupo de transacções. No entanto, a este propósito, importa recordar que o acordo de *pooling* só foi celebrado em 9 de Agosto de 1999, ou seja no mesmo dia do segundo grupo de transacções. Assim, contrariamente ao que a recorrente sustenta, este acordo não pode constituir o fundamento da demonstração da existência de interesses partilhados pelas três accionistas, antes da celebração do segundo grupo de transacções, que permite determinar se existia, à época, a possibilidade de exercer uma influência

determinante sobre as decisões estratégicas da empresa CVK. O facto de o projecto de acordo de *pooling* ter sido notificado à NMa não altera minimamente esta afirmação, porque a possibilidade, decorrente do referido acordo, de a recorrente e de a Haniel, exercerem uma influência determinante sobre as decisões estratégicas da CVK não era efectiva antes da celebração do segundo grupo de transacções.

- 58 Com efeito, há que referir que embora a influência determinante, na acepção do artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, não tenha necessariamente de ser exercida para existir, em contrapartida, para que se verifique um controlo na acepção do artigo 3.º, n.º 3, do regulamento, a possibilidade de exercer essa influência tem de ser efectiva. Ora, o simples facto de o projecto do acordo de *pooling* ter sido notificado à NMa não prova que as três accionistas adquiriram devido a essa notificação a possibilidade de exercerem uma influência determinante sobre a CVK, antes da celebração do segundo grupo de transacções.
- 59 Daqui resulta que, contrariamente ao alegado pela recorrente, a Comissão não pode ser acusada, no presente caso, de não ter demonstrado a inexistência de interesses partilhados importantes entre as accionistas minoritárias da empresa comum CVK antes da celebração do segundo grupo de transacções, porque, mesmo na audiência, a recorrente não pôde indicar em que elementos de prova nos quais esses alegados interesses comuns se baseiam.
- 60 Por outro lado, é irrelevante a alegação da recorrente de que as decisões de 23 de Abril e de 20 de Outubro de 1998 da NMa não referiam a possibilidade de uma alteração das coligações entre accionistas e consideravam a CVK uma única entidade económica autónoma.
- 61 Com efeito, por um lado, mesmo que se admita que as decisões da NMa possam ser oponíveis às da Comissão, há que observar que a NMa se pronunciou nessas decisões sobre a questão de saber se a operação projectada, que foi objecto do

acordo de *pooling*, constituía uma concentração na acepção da lei neerlandesa. A NMa não foi chamada a pronunciar-se sobre o segundo grupo de transacções, que não conhecia no momento da adopção das referidas decisões. Seja como for, ao mesmo tempo que não faz referência às alterações de coligações, a NMa não indica, na sua decisão final de 20 de Outubro de 1998, que as três accionistas detinham o controlo conjunto da CVK, antes da celebração do segundo grupo de transacções, tese que a recorrente apresenta no âmbito da presente parte.

- 62 Por outro lado, a recorrente equivoca-se sobre o conceito de entidade económica autónoma. O facto de uma empresa comum poder ser uma empresa de pleno exercício e, portanto, do ponto de vista funcional, economicamente autónoma, não significa que goze de autonomia no que se refere à adopção das suas decisões estratégicas. Uma conclusão inversa levaria a uma situação na qual nunca existiria um controlo conjunto numa «empresa comum» desde que esta passasse a ser economicamente autónoma. Ora, a condição imposta pelo artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 – para que a criação de uma empresa comum, isto é, controlada por duas ou várias empresas, seja considerada uma concentração – segundo a qual essa empresa comum deve «desempenh[ar] de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma», prova que não estamos perante esta situação.
- 63 Consequentemente, com base nos dados constantes da decisão recorrida e nos elementos do processo disponíveis no momento da adopção desta última, a recorrente não demonstrou a existência de um controlo conjunto da CVK pelas suas três accionistas antes da celebração do segundo grupo de transacções que tenha sido indevidamente ignorada pela Comissão.
- 64 Há que verificar, portanto, se a celebração do segundo grupo de transacções levou a uma tomada de controlo da CVK pela Haniel e pela recorrente, ao atribuir-lhes um direito de veto sobre as suas decisões estratégicas.

— Quanto à tomada de controlo conjunto da CVK pela Haniel e pela recorrente no momento da celebração do segundo grupo de transacções

65 Desde logo, é facto assente que, através da transacção RAG, a Haniel e a recorrente adquiriram o controlo conjunto das três empresas Anker, Vogelenzang e Van Herwaarden, todas associadas da CVK. Esta operação, constituída pela aquisição das participações, respectivamente exclusivas e minoritária, da RAG nessas empresas, constitui uma operação de concentração em si mesma. O contrato de cessão contém, entre outras, cláusulas restritivas tipicamente associadas às operações de concentração, como seja uma cláusula de não concorrência à qual a RAG vincula todas as empresas do seu grupo no mercado neerlandês da produção de materiais de construção de paredes estruturais.

66 Em seguida, há que referir que, tomada em consideração a repartição do capital social da CVK entre os seus membros, constante do considerando 5 da decisão recorrida, a Haniel e a recorrente, ao adquirirem, por um lado, cada uma [confidencial] % das participações sociais da Anker e da Vogelenzang e ao chegarem a acordo, por outro, sobre a aquisição pela recorrente dos [confidencial] % que a RAG detinha no capital social da Van Herwaarden, adquiriram cada uma indirectamente 50% do capital social da CVK.

67 Ora, a detenção em partes iguais do capital social e dos respectivos direitos de voto na CVK permite, em princípio, a cada uma das accionistas bloquear as decisões estratégicas da empresa comum, tais como as relativas à designação dos órgãos de decisão da empresa comum que são o conselho de administração e o conselho fiscal. Assim, para evitar que tal situação de bloqueio se apresente no momento da adopção das decisões estratégicas da empresa comum, os accionistas são obrigados a cooperar de forma permanente.

68 A este propósito, a recorrente sustenta, em primeiro lugar, que as garantias apresentadas à NMa relativamente à composição dos órgãos de decisão da CVK

excluem um direito de veto de cada uma das accionistas no que respeita a essas decisões. Considera, em segundo lugar, que o Código Civil neerlandês impõe que os órgãos de decisão da CVK tomem as suas decisões unicamente no interesse desta última e não no das accionistas. Em terceiro lugar, contesta a apreciação da Comissão segundo a qual o acordo de cooperação que celebrou com a Haniel e os outros exemplos, constantes do considerando 19 da decisão recorrida, traduzem a existência de um controlo conjunto da CVK.

69 Estes argumentos não podem vingar.

70 Relativamente à primeira alegação, há que sublinhar que, nos termos dos artigos 9.º e 12.º dos estatutos da CVK, versão alterada, adoptados em 9 de Agosto de 1999, cada membro dos conselhos de administração e fiscal é escolhido pela assembleia geral de membros. Estes estatutos, nos termos das garantias apresentadas à NMa, prevêem determinadas restrições relativas às pessoas que podem pertencer aos órgãos de decisão. Assim, no que se refere ao conselho de administração, o artigo 9.º, n.º 1, dos estatutos prevê que este órgão será unicamente constituído por representantes das associadas da CVK ou por pessoas independentes e não terá qualquer representante dos grupos de sociedades a que a sociedade-mãe de um ou de várias associadas da CVK pertencem. Relativamente ao conselho fiscal, o artigo 12.º, n.º 2, dos estatutos indica que a maioria dos membros deste órgão, incluindo o presidente, é constituída por representantes dos membros ou de pessoas independentes, podendo ser constituída por uma minoria de membros representantes de grupos de sociedades às quais a sociedade-mãe de um ou de vários membros da CVK pertençam.

71 Ora, uma vez que este tipo de restrições só se refere à escolha das pessoas que pertencem aos órgãos de decisão da CVK, não se pode excluir qualquer possibilidade de os accionistas das associadas da CVK exercerem uma influência determinante sobre esta última.

72 É certo que há que reconhecer que os accionistas das associadas da CVK não são directamente titulares dos direitos de voto na assembleia geral da CVK, que são exercidos pelos próprios membros. No entanto, há que recordar que o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 4064/89 precisa que o controlo pode ser adquirido «directa ou indirectamente» por uma ou várias pessoas, ao passo que o artigo 3.º, n.º 4, alínea b), deste mesmo regulamento admite que os detentores do controlo podem também ser as pessoas que, apesar de não serem titulares dos direitos ou beneficiários dos contratos, têm o poder de exercer os direitos deles decorrentes. Ora, por um lado, devendo as sociedades comerciais respeitar, seja como for, as decisões dos seus accionistas exclusivos, maioritários, ou que exerçam o controlo conjunto da sociedade e, por outro, no presente caso, sendo todas as sociedades associadas da CVK filiais detidas a título exclusivo ou conjuntamente pela recorrente ou pela Haniel, daqui resulta necessariamente que a designação dos órgãos de decisão da CVK pressupõe o acordo das duas accionistas. Caso contrário, as associadas não poderão proceder à designação dos órgãos de decisão da CVK e a empresa comum não poderá funcionar.

73 O facto de os representantes das sociedades-mães não poderem pertencer ao conselho de administração da CVK ou de apenas poderem representar uma minoria no conselho fiscal desta empresa não tem consequências no facto de serem os membros da CVK a decidir da composição dos órgãos de decisão e, por intermédio dessas associadas, as suas duas accionistas.

74 Há que referir além disso que, relativamente à composição dos dois órgãos de decisão da CVK, não está excluída a possibilidade de todas as pessoas pertencentes a estes órgãos exercerem funções nos órgãos de decisão das empresas associadas da CVK, tal como é permitido pela fórmula alternativa dos artigos 9.º e 12.º dos estatutos da CVK, segundo a qual os órgãos de decisão da CVK «serão unicamente constituídos por representantes das associadas da CVK ou por pessoas independentes». Ora, se tal suceder, estes representantes terão, necessariamente, nas suas funções nas empresas associadas da CVK, sido nomeados pelos accionistas das associadas da CVK e terão necessariamente, nas funções que exercem nos órgãos de decisão da CVK, de tomar em consideração o ponto de vista dessas accionistas.

- 75 Nestas condições, a recorrente não apresentou qualquer elemento susceptível de pôr em causa o entendimento da Comissão de que qualquer possibilidade de a Haniel e a recorrente exercerem uma influência determinante sobre a CVK, no seguimento da conclusão do segundo grupo de transacções, não está excluída.
- 76 Além disso, a recorrente não pode opor à Comissão uma alegada confiança legítima baseada na interpretação do conceito de controlo que a NMa adoptou em aplicação da lei neerlandesa da concorrência.
- 77 A este propósito, há que recordar que o direito de reclamar a protecção da confiança legítima pressupõe a reunião de três condições. Em primeiro lugar, garantias precisas, incondicionais e concordantes, emanadas de fontes autorizadas e fiáveis, devem ter sido fornecidas ao interessado pela administração comunitária. Em segundo lugar, essas garantias devem ser de molde a criar uma expectativa legítima no espírito daquele a quem se dirigem. Em terceiro lugar, as garantias dadas devem estar em conformidade com as normas aplicáveis (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Junho de 2005, Branco/Comissão, T-347/03, Colect., p. II-2555, n.º 102, e jurisprudência aí referida).
- 78 No presente caso, basta referir que a recorrente não recebeu qualquer garantia precisa por parte da administração comunitária de que a Comissão, admitindo que podia legalmente vincular-se desse modo, analisaria o conceito de controlo, nos termos do Regulamento n.º 4064/89, de forma idêntica à que foi adoptada pela NMa na decisão de 20 de Outubro de 1998 nos termos da lei neerlandesa sobre a concorrência. Além disso, a recorrente também não recebeu garantias precisas da NMa, em especial no ofício de 26 de Março de 1999 acima referido no n.º 7, que tivessem sido aceites pela Comissão e nos termos das quais a Comissão adoptaria um critério idêntico ao que constava desse ofício, depois de ter sido celebrado o segundo grupo de transacções. Seja como for, ainda que se admita que a recorrente tivesse recebido essas garantias, estas não lhe poderiam ter criado expectativas fundadas, pois, segundo o raciocínio acima exposto, essas garantias não se basearam numa apreciação conforme com o artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89.

79 O segundo argumento, relativo à aplicação do Código Civil neerlandês, também convence. Com efeito, embora, tal como sustenta a recorrente, o Código Civil neerlandês preveja que as decisões de uma cooperativa devam ser tomadas no interesse desta sociedade, não deixa de ser verdade que são as pessoas que detêm, directa ou indirectamente, os direitos de voto nessa sociedade que têm o poder de adoptar essas decisões. Assim, os argumentos da recorrente relativos às disposições do Código Civil neerlandês não põem em causa a existência de uma influência determinante da Haniel e da recorrente sobre a CVK depois da celebração do segundo grupo de transacções.

80 Finalmente, no que se refere à terceira alegação, tal como reconhece a recorrente na réplica, o acordo de cooperação que celebrou com a Haniel, o encerramento de três empresas associadas da CVK e determinados documentos internos da Haniel, aos quais se refere o considerando 19 da decisão recorrida, não constituem no essencial a fundamentação jurídica da decisão recorrida relativa ao controlo conjunto da CVK — que se centra na existência dos direitos de veto a favor da Haniel e da recorrente — antes servindo para o ilustrar. Consequentemente, ainda que se admita, como alega a recorrente, que esses exemplos não demonstram o exercício de uma influência determinante sobre a CVK — cuja possibilidade decorre da existência dos direitos de veto, anteriormente verificada nos considerandos 13 a 17 da decisão recorrida e acima analisada — e que, consequentemente, a decisão recorrida está ferida de erros de apreciação relativamente a estes elementos apresentados a título de exemplo, isso não levaria à anulação da decisão recorrida, uma vez que o princípio da possibilidade de uma influência determinante sobre a CVK continuaria inteiramente válido.

81 Por acréscimo, o Tribunal refere que o encerramento das três empresas associadas da CVK (a Boudewijn, a Bergumermeer e a Vogelenzang), que a recorrente não contesta seriamente que constitui uma decisão estratégica, ilustra suficientemente a tomada de controlo da CVK pela Haniel e pela recorrente.

82 Com efeito, no que se refere mais concretamente à empresa Vogelenzang — que, antes da transacção RAG, era sua filial — a contar da celebração do segundo grupo de

transacções, nem a Haniel nem a recorrente podiam decidir sozinhas o encerramento desta empresa, cujas partes sociais são detidas em partes iguais pelas suas duas accionistas. Além disso, em nenhum momento durante o processo que corre neste Tribunal a recorrente pôde sustentar a alegação de que foi a CVK, com base na sua própria política comercial, que tomou a decisão de encerrar essa empresa. Daqui decorre que só a Haniel e a recorrente podem ter decidido o encerramento da empresa Vogelenzang.

- 83 Por todos estes motivos, há que concluir que foi com razão que a Comissão considerou que, através da celebração do segundo grupo de transacções, a Haniel e a recorrente adquiriram o controlo conjunto da CVK, na acepção do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89.

— Quanto à insuficiência da fundamentação alegada

- 84 A recorrente invoca três argumentos relativos à insuficiência da fundamentação da decisão recorrida no que se refere à verificação da aquisição de controlo conjunto da CVK pela Haniel e pela própria recorrente (v. n.º 33, *supra*).
- 85 Há que recordar que, segundo jurisprudência constante, o alcance do dever de fundamentação depende da natureza do acto em causa e do contexto em que foi adoptado. A fundamentação deve evidenciar de forma clara e inequívoca o raciocínio seguido pela instituição, de forma a, por um lado, fornecer aos interessados uma indicação suficiente para saber se o acto está fundamentado ou se está, eventualmente, afectado por um vício que permita contestar a sua validade e, por outro, permitir ao juiz comunitário exercer a sua fiscalização da legalidade (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Novembro de 2002, Lagardère e Canal+/Comissão, T-251/00, Colect., p. II-4825, n.º 155, e jurisprudência citada).

- 86 No presente caso, não obstante a fundamentação implícita da decisão recorrida relativa à inexistência de um controlo conjunto da CVK pelas três accionistas, antes da celebração do segundo grupo de transacções e, em especial, da transacção RAG, a decisão recorrida pode ser entendida no contexto em que foi adoptada, em especial nos termos constantes do considerando 5 da decisão recorrida, dos estatutos da CVK e dos outros contratos concluídos em 9 de Agosto de 1999. Como decorre da análise acima efectuada, a fundamentação da decisão recorrida relativa a este ponto também não cria obstáculos à fiscalização da legalidade exercida pelo Tribunal.
- 87 A recorrente também não pode acusar a Comissão de ter explicado de forma insuficiente os motivos pelos quais considerou que as garantias apresentadas à NMA não eram suficientes. Com efeito, resulta dos considerandos 25 e 27 da decisão recorrida que a Comissão indicou os motivos pelos quais não podia estender a interpretação do conceito de controlo, feita pela NMA, designadamente na decisão de 20 de Outubro de 1998, com base na legislação neerlandesa da concorrência, à interpretação do artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, cuja competência pertence à Comissão, sem prejuízo da fiscalização exercida pelo juiz comunitário. Estas explicações são, em si mesmas, suficientes. Além disso, esta questão também não cria obstáculos à fiscalização da legalidade, tal como resulta do acima exposto.
- 88 Impõe-se uma conclusão idêntica no que se refere aos exemplos reveladores da existência de um controlo conjunto, referido no considerando 19 da decisão recorrida. Apesar de a fundamentação da decisão recorrida ser, quanto a este ponto, sucinta, a recorrente pôde perceber perfeitamente os motivos que levaram a Comissão a entender que estes elementos se podiam traduzir na existência de um controlo conjunto sobre a CVK pela própria recorrente e pela Haniel, sem que, por outro lado, a fiscalização judicial seja limitada.
- 89 Nestas condições, não procedem as alegações de insuficiência da fundamentação da decisão recorrida.

90 Consequentemente, também não procede a primeira parte do primeiro fundamento.

*Quanto à segunda parte do primeiro fundamento, relativa à incompetência da Comissão para qualificar como operação única duas transacções distintas e à inexistência, no presente caso, de uma operação de concentração na acepção do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89*

#### Argumentos das partes

91 Em primeiro lugar, a recorrente critica a Comissão por ter considerado, na decisão recorrida, que a tomada de controlo da CVK sobre as suas empresas associadas, através do acordo de *pooling*, por um lado, e da transacção RAG, por outro, constituíam uma única e mesma operação de concentração, devido à sua interdependência de um ponto de vista temporal e económico. Ora, segundo os articulados da recorrente, o Regulamento n.º 4064/89 só atribui competência geral à Comissão para decidir que duas transacções distintas devem ser consideradas uma única operação de concentração.

92 A este propósito, a recorrente indica que só o artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 — que autoriza, em determinadas condições, a Comissão a considerar que duas ou mais das transacções são uma única operação de concentração para efeitos do cálculo do volume de negócios das empresas em causa que adquirem partes de uma ou de várias empresas — se refere a essa situação. No entanto, a recorrente sublinha que esta disposição não é relevante no presente caso. Por um lado, o artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 pretende evitar que as empresas iludam a aplicação do referido regulamento através de uma cisão artificial de uma operação em várias transacções, de modo a que essa operação fique abaixo dos limiares do volume de negócios previstos nesse

regulamento. Ora, no presente caso, a decisão recorrida não contém qualquer elemento de prova que indique que a recorrente ou a Haniel tentaram contornar a aplicação do Regulamento n.º 4064/89. Por outro, a recorrente refere que, no considerando 23 da decisão recorrida, a Comissão concluiu que o artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 não é directamente aplicável ao caso em apreço. Seja como for, a recorrente sustenta que os limites actuais do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 4064/89 foram reconhecidos pela própria Comissão no «Livro Verde» relativo à revisão do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho [COM(2001) 745 final] e na proposta de regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2003, C 20, p. 4), apresentada pela Comissão a fim de alterar o referido regulamento.

93 Em segundo lugar, a recorrente sublinha que, ainda que se admita que o Regulamento n.º 4064/89 atribui competência à Comissão para qualificar transacções múltiplas de operações de uma concentração única, a Comissão não fundamentou suficientemente a sua apreciação segundo a qual, no presente caso, existe uma interdependência entre os dois grupos de transacções em causa, de modo a serem considerados uma única operação de concentração.

94 Segundo a recorrente, o facto de os primeiro e segundo grupos de transacções terem sido celebrados no mesmo dia – 9 de Agosto de 1999 – na presença do mesmo notário não assume uma importância especial no que se refere à sua interdependência. A recorrente sublinha a este propósito que já tinha comunicado à Comissão que tanto a colocação em comum dos lucros e das perdas da CVK, que implicava diversas operações técnicas e comerciais de grande envergadura, como diversos estudos ambientais tinham atrasado a celebração do acordo de *pooling* até 9 de Agosto de 1999.

95 Além disso, a recorrente contesta a apreciação da Comissão segundo a qual a celebração do acordo de *pooling* ficou subordinada à realização do segundo grupo de transacções, mais concretamente à transacção RAG. A este propósito, a recorrente

recorda, em primeiro lugar, que o acordo de *pooling* foi notificado em 26 de Fevereiro de 1998 à NMa, o que implica que a intenção de celebrar esse acordo era suficientemente precisa, sem que, à época, a venda das partes sociais da RAG nas empresas associadas da CVK fosse por ela conhecida e, conseqüentemente, seja relevante no que se refere à interdependência das duas transacções. A recorrente sublinha em seguida que não existe qualquer acordo contratual obrigatório ou outra negociação que vincule as duas transacções. Por último, a recorrente alega que deve também considerar-se não relevante a opinião da Haniel segundo a qual existe uma interdependência entre as transacções, na medida em que a Comissão, para apreciar essa interdependência, se deve basear em factos e não nas apreciações subjectivas de uma das partes e em que, atendendo ao contexto no qual se inscreve o presente processo, a Haniel podia ter um interesse na dissolução da CVK, tal como exigido na decisão recorrida. A recorrente entende que existem portanto duas operações de concentração distintas.

<sup>96</sup> No que se refere, em primeiro lugar, ao argumento relativo à competência genérica da Comissão para tratar diversas transacções como uma única operação de concentração única, a Comissão responde que o artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao conceito de concentração, não exclui que uma concentração possa abranger mais de uma transacção. Com efeito, uma operação de concentração pode consistir, em função da realidade económica, numa ou em várias transacções. Segundo a Comissão, a sua própria prática decisória é indiciadora de diversos exemplos que vão neste sentido.

<sup>97</sup> Além disso, segundo a Comissão, a referência feita pela recorrente ao artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 não é relevante. Esta disposição refere-se apenas ao cálculo do volume de negócios a fim de determinar se uma operação de concentração é ou não de dimensão comunitária e pretende impedir as empresas de se subtraírem à aplicação do Regulamento n.º 4064/89 através da fragmentação das suas transacções em diversas operações de concentração distintas, realizadas durante um período de dois anos e que não atingem individualmente os limiares do volume de negócios. O conceito de concentração é abrangido, em sua opinião, pelo artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89.

- 98 A Comissão contesta também a remissão feita pela recorrente para o «Livro Verde» acima referido e para a proposta da Comissão que visa alterar o Regulamento n.º 4064/89. Segundo a Comissão, o «Livro Verde», não obstante ter proposto alargar a competência da Comissão a determinados tipos especiais de transacções, confirmou a definição genérica e ampla do conceito de operação de concentração, ao passo que a proposta da Comissão visava apenas clarificar a prática decisória existente.
- 99 Em segundo lugar, a Comissão não subscreve a crítica da recorrente segundo a qual a Comissão não demonstrou suficientemente a interdependência entre as duas transacções principais em causa.
- 100 Segundo a Comissão três elementos, globalmente considerados, permitem concluir que essa interdependência existe, como foi demonstrado nos considerandos 20 a 22 da decisão recorrida.

#### Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 101 No âmbito da presente parte, não obstante ter relativizado a sua posição no decurso da audiência, a recorrente contesta, em primeiro lugar, a competência genérica da Comissão para qualificar como operação de concentração única várias transacções, em aplicação do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89. Em segundo lugar, a recorrente considera errada a apreciação da Comissão segundo a qual as transacções celebradas em 9 de Agosto de 1999 eram interdependentes e constituíam um todo de um ponto de vista económico.

— Quanto à possibilidade de a Comissão qualificar como operação de concentração única várias transacções, em aplicação do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89

- 102 Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 4064/89, realiza-se uma operação de concentração quando uma ou mais empresas anteriormente independentes se fundem [artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 4064/89] ou quando uma ou mais pessoas que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa ou mais, adquirem directa ou indirectamente, por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controlo do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas [artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 4064/89].
- 103 Enquanto o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 4064/89 qualifica como operação de concentração um fenómeno relativamente simples e identificável — o de uma fusão entre duas ou várias empresas anteriormente independentes — esta disposição, alínea b), visa englobar todas as outras situações nas quais uma ou várias empresas adquirem o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas.
- 104 Esta definição geral e finalística de uma operação de concentração — sendo o resultado o controlo de uma ou de várias empresas — implica que é indiferente que a aquisição, directa ou indirecta, desse controlo tenha sido realizada em uma, duas ou várias etapas através de uma, duas ou várias transacções, desde que o resultado atingido constitua uma única operação de concentração.
- 105 Que as partes, quando notificam uma concentração à Comissão, projectem concluir duas ou mais transacções, ou que as tenham já concluído antes da sua notificação é igualmente indiferente. Cabe à Comissão, em todas as situações, apreciar se essas

transacções apresentam um carácter unitário de modo a constituírem uma única operação de concentração na acepção do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89.

106 Esta abordagem visa identificar, em função das circunstâncias de facto e de direito próprias de cada situação e com uma preocupação de procurar a realidade económica subjacente às operações, a finalidade económica prosseguida pelas partes, examinando, na presença de diversas transacções juridicamente distintas, se as empresas em causa teriam estado dispostas a concluir cada transacção individualmente considerada ou se, pelo contrário, cada transacção constitui apenas um elemento de uma operação mais complexa, sem a qual não teria sido concluída pelas partes.

107 Por outras palavras, para determinar o carácter unitário das transacções em causa, há que apreciar, em cada situação, se essas transacções são interdependentes, de modo que uma não teria sido realizada sem a outra.

108 Este passo destina-se, por um lado, a garantir às empresas que notificam uma operação de concentração o direito à segurança jurídica relativamente a todas as transacções que realizam essa operação e, por outro, a permitir à Comissão exercer uma fiscalização eficaz sobre as operações de concentração susceptíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas duas finalidades constituem, de resto, o objectivo principal do Regulamento n.º 4064/89 (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Novembro de 1997, *Kaysersberg/Comissão*, T-290/94, Colect., p. II-2137, n.º 109; despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Dezembro de 1994, *Union Carbide/Comissão*, T-322/94 R, Colect., p. II-1159, n.º 36; v., igualmente neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Março de 1994, *Air France/Comissão*, T-3/93, Colect., p. II-121, n.º 48).

109 Daqui resulta que uma operação de concentração, na acepção do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 4064/89, pode ser realizada mesmo na presença de uma pluralidade de transacções jurídicas formalmente distintas quando essas transacções sejam interdependentes, pelo que não seriam realizadas umas sem as outras e cujo resultado consista em conferir a uma ou a várias empresas o controlo económico, directo ou indirecto, sobre a actividade de uma ou de várias outras empresas.

110 Esta apreciação não é posta em causa pelos diferentes argumentos invocados pela recorrente.

111 Em primeiro lugar, relativamente à alegação, relativa ao artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89, de que, por ser o único a referir explicitamente as transacções múltiplas e por a Comissão ter considerado que esta disposição não é directamente aplicável ao presente caso, privaria a Comissão da competência para qualificar como a operação de concentração única, na acepção do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 duas ou mais transacções, há que julgá-la improcedente.

112 Há que recordar que o artigo 5.º do Regulamento n.º 4064/89, intitulado «Cálculo do volume de negócios», dispõe:

«1. O volume total de negócios referido no n.º 2 do artigo 1.º inclui os montantes que resultam da venda de produtos e da prestação de serviços realizadas pelas empresas em causa durante o último exercício e correspondentes às suas actividades normais, após a dedução dos descontos sobre vendas, do imposto sobre o valor

acrescentado (IVA) e de outros impostos directamente relacionados com o volume de negócios. O volume total de negócios de uma empresa em causa não inclui as transacções ocorridas entre as empresas referidas no n.º 4 do presente artigo.

[...]

2. Em derrogação do n.º 1, se a concentração consistir na aquisição de parcelas, com ou sem personalidade jurídica própria, de uma ou mais empresas, só será tomado em consideração, no que se refere ao cedente ou cedentes, o volume de negócios respeitantes às parcelas que foram objecto de transacção.

Todavia, caso entre as mesmas pessoas ou empresas sejam efectuadas, num período de dois anos, duas ou mais das transacções referidas no primeiro parágrafo, tais operações serão consideradas como uma única operação de concentração efectuada na data daquela que tenha ocorrido em último lugar.

[...]»

<sup>113</sup> Resulta da própria redacção desta disposição que esta regula uma questão diferente da que é visada pelo artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89.

<sup>114</sup> Enquanto o artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 define as condições de existência de uma «operação de concentração» e se limita a definir, de forma genérica e material, o que se deve entender por «concentração»; esta disposição não regula a questão da competência da Comissão sobre as operações de concentração (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Dezembro de 1999, *Kesko/Comissão*, T-22/97, *Colect.*, p. II-3775, n.º 138). De entre as operações que

correspondem à definição do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, só as operações ditas de «dimensão comunitária», como as que estão definidas no artigo 1.º deste regulamento, são da competência exclusiva da Comissão, salvo disposição em contrário do referido regulamento. Consequentemente, não é por uma operação corresponder à definição do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 que essa operação cai necessariamente no âmbito da competência exclusiva da Comissão; é também necessário que essa transacção seja de «dimensão comunitária».

- 115 Decorre do artigo 1.º do Regulamento n.º 4064/89 que o legislador comunitário entendeu que, no âmbito da missão que lhe é atribuída em matéria de concentrações, a Comissão só intervém se a operação projectada – ou já realizada – atingir uma determinada dimensão económica e extensão geográfica, ou seja uma «dimensão comunitária». Além disso, resulta da sistemática do artigo 5.º do Regulamento n.º 4064/89 que o legislador comunitário quis especificar o âmbito de aplicação desse regulamento definindo, designadamente, o volume de negócios dos participantes na operação de concentração que dever ser tomado em consideração para efeitos de determinar a sua «dimensão comunitária», na acepção do artigo 1.º do Regulamento n.º 4064/89.
- 116 Assim, resulta do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 que, no âmbito da aquisição de parcelas de uma empresa, só o volume de negócios que se refere a essas parcelas da empresa deve ser tido em conta para apreciar a dimensão da operação em causa (acórdão *Air France/Comissão*, n.º 108 *supra*, n.º 103).
- 117 Esta apreciação engloba igualmente a interpretação do artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89, pelo que, quando a aquisição de parcelas de uma ou de várias empresas é efectuada mediante várias transacções durante um período de dois anos entre as mesmas pessoas ou empresas, o volume de negócios deve referir-se a essas parcelas adquiridas consideradas no seu conjunto.

- 118 O motivo que preside à inserção do artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 – cuja análise, aliás, é comum às partes do presente litígio – consiste em evitar que as mesmas empresas ou as mesmas pessoas fragmentem artificialmente uma operação em várias cessões parciais de activos, escalonadas no tempo, com o objectivo de se subtraírem aos limiares estabelecidos no Regulamento n.º 4064/89 que determinam a competência da Comissão na aplicação deste regulamento.
- 119 Assim, o facto de o artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 permitir que a Comissão considere que duas ou várias transacções constituem uma única operação de concentração para efeitos de calcular o volume de negócios das empresas em causa, a fim de evitar que se contorne a competência que o regulamento lhe atribui, não significa que essa disposição, contrariamente ao que sustenta a recorrente, prive a Comissão do direito de determinar, a montante, em aplicação do artigo 3.º do referido regulamento, se diversas transacções que lhe foram notificadas constituem uma única operação de concentração ou se, pelo contrário, se deve considerar que essas transacções constituem uma pluralidade de operações de concentração.
- 120 Se resultar do exame a que a Comissão procede que essas duas transacções notificadas à Comissão não são interdependentes, essas transacções serão apreciadas individualmente. Se uma e/ou outra não tiverem dimensão comunitária, a Comissão declinará a sua competência para apreciar uma e/ou outra. Se resultar desse exame que as transacções apresentam um carácter unitário que permite que sejam consideradas uma única operação de concentração, em aplicação do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, a Comissão verificará em seguida se a operação assim identificada é de dimensão comunitária, para efeitos de determinar a sua competência e apreciar os efeitos da operação sobre a concorrência.
- 121 Seja como for, a aplicação do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 a uma situação concreta não tem por consequência nem efeito permitir conclusões sobre a competência da Comissão para examinar as operações de concentração identifica-

das, mas antes verificar se as transacções que foram objecto de uma notificação constituem uma ou várias operações de concentração.

- 122 Nestas condições o argumento da recorrente relativo ao artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 não tem consequências relativamente à interpretação do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, que permite à Comissão examinar se as transacções em causa são abrangidas pelo âmbito de aplicação desta disposição devido ao seu carácter unitário.
- 123 Em segundo lugar, relativamente à alegação da recorrente segundo a qual a Comissão, no contexto da revisão do Regulamento n.º 4064/89, reconheceu não ser competente para qualificar como operação de concentração, na acepção do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, duas ou mais transacções, basta referir que, ainda que assim fosse, essa posição da Comissão não prejudicaria a aplicação do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 acima feita pelo Tribunal de Primeira Instância.
- 124 Daqui resulta que há que julgar improcedente a alegação da recorrente relativa à incompetência da Comissão para qualificar como operação de concentração única várias transacções, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89.

— Quanto ao carácter interdependente das transacções celebradas em 9 de Agosto de 1999

- 125 A recorrente acusa a Comissão de ter cometido um erro de apreciação ao considerar que, no presente caso, os primeiro e segundo grupos de transacções celebrados em 9 de Agosto de 1999, acima referidos no n.º 8, eram interdependentes, pelo que constituíam um todo do ponto de vista económico.

126 Desde logo, há que recordar que, na decisão recorrida, a Comissão precisa o seguinte:

«(20) [...] Estas operações desenrolaram-se em estreita ligação, quer no tempo quer do ponto de vista económico. Tanto os actos jurídicos que permitiram à Haniel e à Cementbouw adquirir o controlo sobre a CVK, como os actos jurídicos que levaram à aquisição do controlo pela CVK sobre as onze empresas fabricantes de produtos sílico-calcários tiveram lugar no mesmo dia, em 9 de Agosto de 1999, tendo sido registados pelo notário num único documento. As partes tiveram também a intenção de interligar as duas operações de aquisição de controlo de forma a que uma não ocorresse sem a outra. A celebração dos acordos apresentados à NMa foi protelada até à conclusão das negociações sobre a cessão das participações sociais da RAG. Esta decisão foi tomada a fim de ter em conta o desejo entretanto manifestado pela RAG de se retirar da CVK, uma vez que a RAG já não tinha a intenção de fazer parte da nova estrutura empresarial prevista para a CVK. Também em termos económicos, estas duas aquisições de controlo devem, por conseguinte, ser consideradas como uma entidade. Mesmo que se considere que se trata de duas operações distintas, separadas do ponto de vista cronológico só por um 'segundo', estas estão de tal forma interligadas que devem ser consideradas como uma única operação de concentração.

(21) A Haniel defendeu igualmente esta posição nas suas observações sobre a comunicação de objecções e durante a audição. Inversamente, a Cementbouw defendeu que caso se considerasse a saída da RAG como uma aquisição do controlo conjunto sobre a CVK pela Haniel e a Cementbouw (o que a Cementbouw contesta), a competência da Comissão apenas poderia, de qualquer modo, referir-se a esta aquisição de controlo. Considera ainda que a aquisição do controlo pela CVK das suas associadas constitui, pelo contrário, uma operação de concentração juridicamente distinta. Em sua opinião, o facto de o acordo de *pooling* e [a transacção RAG] terem sido realizados no mesmo dia não pode levar à conclusão de que se trata de um único processo jurídico ou económico; pelo contrário, terão sido unicamente dificuldades práticas não especificadas que impediram a celebração do acordo de *pooling* imediatamente após a decisão de autorização da NMa em 20 de Outubro de 1998. A decisão tomada pela NMa em 20 de Outubro de 1998, que tem carácter definitivo, legalizou porém a aquisição do controlo pela CVK sobre as suas associadas, de modo que o exame da Comissão no presente processo não poderia, em caso algum, estender-se a esta operação.

(22) A Comissão não pode subscrever a tese da Cementbouw. Todos os acordos celebrados em 9 de Agosto de 1999 constituem uma única operação económica, uma vez que tiveram como resultado a transformação de uma organização comercial comum constituída por onze empresas de produção de blocos sílico-calcários, até agora juridicamente autónomas, pertencendo no total a três diferentes sociedades-mãe, numa empresa de pleno exercício sob o controlo conjunto da Haniel e da Cementbouw. A Haniel confirmou em várias ocasiões que, para as partes envolvidas na operação de 9 de Agosto de 1999, ou seja, a Haniel, a Cementbouw e a RAG, todos estes acordos estavam interligados e constituíam uma entidade económica. Inquirida a este respeito, a Cementbouw também não deu uma explicação concludente sobre a razão pela qual a execução da decisão autorizada pela NMa foi adiada por mais de nove meses e apenas se tornou efectiva com o abandono da RAG. A Comissão parte assim do princípio que a RAG não estaria na disposição de participar na execução do acordo de *pooling* enquanto accionista indirecto da CVK.

(23) É certo que, de um ponto de vista formal, a RAG ainda subscreveu o acordo de *pooling* antes de a alienação das suas participações sociais à Haniel e à Cementbouw ter sido concretizada. Todavia, a autenticação através de acto notarial do acordo de *pooling* e da alteração dos estatutos, efectuada pouco antes da certificação oficial da alienação das participações sociais da RAG durante a mesma reunião, pelo mesmo notário que redigiu a este respeito um protocolo único, revela que se pode, quando muito superficialmente e de um ponto de vista formal, considerar que a nova estrutura da CVK, autorizada pela NMa, foi implementada com a participação da RAG. Esta apreciação puramente formal não pode ser decisiva para determinar, em conformidade com o regulamento das concentrações, se uma ou mais operações de aquisição constituem uma operação de concentração sujeita ao controlo comunitário. De igual modo, o disposto no n.º 2, [segundo parágrafo], do artigo 5.º do regulamento das concentrações, que não é directamente aplicável ao caso em apreço, evidencia que se impõe uma abordagem económica. Por conseguinte, deve partir-se do princípio que os acordos celebrados em 9 de Agosto de 1999 constituem uma única operação de concentração através da qual a CVK adquiriu o controlo sobre as suas associadas, enquanto que a Haniel e a Cementbouw adquiriam ao mesmo tempo o controlo sobre a CVK.»

127 Resulta dos fundamentos acima referidos da decisão recorrida que a Comissão concluiu que existia uma interdependência entre as transacções com base nos três seguintes factores: a interdependência económica, a simultaneidade da celebração das transacções perante o mesmo funcionário e a confirmação pela Haniel do carácter interdependente das transacções.

128 É facto assente que a recorrente não contesta que o segundo grupo de transacções (transacção RAG e acordo de cooperação entre a Haniel e a recorrente) ficou subordinado à realização do primeiro. Assim, verifica-se que o segundo grupo de transacções não teria sido celebrado se o primeiro não existisse.

129 Pelo contrário, a recorrente acusa a Comissão de ter considerado erradamente que o primeiro grupo de transacções dependia do segundo. A recorrente relembra que no momento da notificação do projecto do acordo de *pooling* da CVK com as suas empresas associadas no mês de Fevereiro de 1998 a RAG detinha participações em três das empresas associadas. A recorrente baseia-se neste elemento para sustentar que, nesse momento, ignorava que a RAG iria querer desfazer-se das suas participações nessas empresas, o que demonstra que o primeiro grupo de transacções, no qual se inclui o acordo de *pooling*, é uma operação de concentração autónoma. Além disso, a recorrente sustenta que, no momento da celebração de todas as operações, em 9 de Agosto de 1999, o contrato por meio do qual a transacção RAG foi celebrada precisou que as partes o tinham subscrito depois da celebração do acordo de *pooling* entre a CVK e as empresas associadas, com o objectivo de respeitarem – pelo menos formalmente –, a posição da NMa, expressa na carta de 26 de Março de 1999, segundo a qual, para que a transacção RAG não fosse considerada uma concentração, na acepção da lei neerlandesa da concorrência, o acordo de *pooling* entre a CVK e as suas empresas associadas devia ser celebrado, o mais tardar, até ao momento da transacção RAG.

130 Estes argumentos não procedem.

- 131 Em primeiro lugar, embora se deva admitir que nenhum elemento do processo permite pôr em causa a afirmação da recorrente segundo a qual esta ignorava, no momento da notificação do projecto do primeiro grupo de transacções à NMa, em Fevereiro de 1998, que a RAG iria querer ceder as suas participações em três empresas associadas da CVK, não deixa de ser verdade que esta transacção só foi celebrada em 9 de Agosto de 1999, ou seja, no mesmo dia da celebração do segundo grupo de transacções. Ora, nesta data, não só era claro que a RAG tinha decidido ceder as suas participações nas empresas associadas da CVK à Haniel e à recorrente, como, além disso, o primeiro grupo de transacções tinha sofrido uma sensível alteração devido à celebração, no mesmo dia, do segundo grupo de transacções, entre as quais consta, em especial, a transacção RAG, por meio da qual a Haniel e a recorrente assumiram o controlo conjunto da CVK.
- 132 Perante esta situação, a Comissão teve razão em questionar os motivos pelos quais o primeiro grupo de transacções não foi celebrado antes de 9 de Agosto de 1999, como fez durante a fase administrativa e novamente, perante a falta de respostas satisfatórias das partes, nos fundamentos da decisão recorrida acima referidos.
- 133 Com efeito, embora, de modo geral, a simultaneidade da celebração de diversas transacções não seja necessariamente determinante para identificar o seu carácter interdependente, em contrapartida, no presente caso, o adiamento da celebração do primeiro grupo de transacções para o momento da celebração do segundo é um factor importante, uma vez que pode significar que a RAG não estava disposta a participar no primeiro e que, para que esse grupo de transacções pudesse ainda assim ser celebrado, este ficava forçosamente subordinado à saída da RAG do capital social da CVK ou seja, por outras palavras, à celebração do segundo grupo de transacções.
- 134 Para explicar esse adiamento da celebração do primeiro grupo de transacções para o momento da celebração do segundo, a recorrente invoca, nos seus articulados, as dificuldades técnicas e comerciais relacionadas com a colocação em comum das perdas e dos lucros da CVK entre as empresas associadas. Na réplica, a recorrente

refere igualmente que tinham de ser efectuados diversos estudos ecológicos e que as férias de Verão no sector da construção também retardaram essa celebração.

- 135 Estas razões não podem, no entanto, ser aceites para explicar o adiamento em mais de nove meses depois da autorização da NMa de uma decisão tão importante como a que tinha por objecto a conclusão de um reagrupamento da totalidade das actividades das empresas associadas da CVK numa estrutura comum.
- 136 Por um lado, no que se refere aos alegados estudos ecológicos e às férias de Verão que retardaram a celebração do primeiro grupo de transacções, estas justificações, que aliás só são invocadas pela recorrente no momento da réplica, não estão fundamentadas.
- 137 Por outro lado, quanto à alegação relativa às dificuldades técnicas e comerciais relacionadas com a colocação em comum das perdas e dos lucros das empresas associadas da CVK, há que referir que, para além do facto de esta alegação também não estar fundamentada, a importância desta justificação é nitidamente enfraquecida pelos próprios elementos dos autos. Com efeito, há que notar — sem impugnação da recorrente, inquirida especificamente pelo Tribunal sobre este ponto na audiência — que, mesmo no momento da celebração da totalidade das transacções, em 9 de Agosto de 1999, o acordo de cooperação entre a Haniel e a recorrente referia que a colocação em comum das contas e dos fundos próprios das empresas associadas da CVK não estava totalmente resolvida, designadamente no que se referia às empresas de que a RAG era a antiga proprietária. Ora, se esta questão tivesse sido tão importante ao ponto de implicar o adiamento da celebração do primeiro grupo de transacções, teria certamente tido de justificar o adiamento da celebração desse grupo de transacções para depois de 9 de Agosto de 1999. Este não foi certamente o caso, devido aos indícios significativos de que esse adiamento, para depois da data da celebração do segundo grupo de transacções, também constitui relativamente à dependência do primeiro grupo de transacções face ao segundo.

- 138 Em face da inexistência de outros fundamentos invocados pela recorrente, há que declarar que o elemento que condicionava a celebração do primeiro grupo de transacções era a celebração do segundo grupo de transacções, ou seja, a saída da RAG do capital social da CVK.
- 139 Em segundo lugar, o facto de o contrato pelo qual se celebrou a transacção RAG mencionar a celebração prévia do acordo de *pooling* não leva a que se reconheça autonomia ao primeiro grupo de transacções relativamente ao segundo e, conseqüentemente, que se verifique que a Comissão cometeu um erro de apreciação.
- 140 É certo que há que referir que, contrariamente ao que a Comissão indicou no considerando 23 da decisão recorrida, o notário perante o qual os contratos foram concluídos não redigiu um protocolo único.
- 141 Contudo, este erro não é susceptível de levar à anulação da decisão recorrida.
- 142 Com efeito, no presente caso, este erro não enfraquece a importância da constatação fundamental segundo a qual os contratos foram celebrados no mesmo dia por a RAG não estar disponível para dar o seu acordo à celebração do primeiro grupo de transacções independentemente da celebração do segundo, celebração esta que punha termo à sua participação no primeiro. Do ponto de vista da apreciação económica da interdependência entre as transacções, o facto de o primeiro grupo ter precedido em alguns minutos, ou mesmo horas, o segundo não é relevante.

- 143 A este propósito, a recorrente não pode opor à Comissão uma alegada confiança legítima resultante do ofício da NMa de 26 de Março de 1999, segundo o qual esta modalidade de execução dos dois grupos de transacções lhe terá sido sugerida por esta última de forma a que o segundo grupo de transacções, incluindo a transacção RAG, não constituísse uma concentração na acepção da lei neerlandesa sobre a concorrência.
- 144 Sem que seja necessário tomar em consideração o raciocínio feito pela NMa nesse ofício, há que declarar que a recorrente nunca recebeu garantias precisas de que a operação que compreendesse dois grupos de transacções ficaria fora do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 4064/89 e da competência da Comissão. Uma vez que a competência da Comissão não é apenas limitada pelas operações de concentração que lhe são previamente notificadas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Setembro de 2004, MCI/Comissão, T-310/00, Colect., p. II-3253, n.º 93), cabia às partes, a fim de poderem eventualmente beneficiar da segurança jurídica ligada às decisões de aprovação da Comissão, comunicarem-lhe a sua intenção de celebrarem a operação de concentração de 9 de Agosto de 1999. Ora, tal não sucedeu.
- 145 Em terceiro lugar, não obstante sustentar que o primeiro grupo de transacções é uma operação de concentração autónoma, a recorrente não explicou quais foram a finalidade e a lógica económicas prosseguidas pelas três accionistas ao consentirem que as empresas associadas da CVK se reunissem numa unidade económica sob a direcção da CVK, sem que essas accionistas pudessem assumir o controlo dessa empresa, quando a celebração do primeiro grupo de transacções teria todo o sentido económico quando, devido à saída da RAG do capital social da CVK, a Haniel e a recorrente assumissem o controlo conjunto da CVK.
- 146 Em quarto lugar, há que referir que resulta do acordo de cooperação celebrado entre a Haniel e a recorrente que essas duas empresas consideravam desejável uma fusão jurídica das empresas associadas e da CVK numa empresa única e que examinariam atentamente a possibilidade dessa fusão, pelo que a CVK seria transformada numa

empresa única, detida conjuntamente pela Haniel e pela recorrente. Este elemento vem fortalecer a tese da Comissão, pondo em evidência que o primeiro grupo de transacções era, definitivamente, apenas uma única etapa de uma operação mais vasta, sem autonomia real.

147 Por último, em quinto lugar, também reforça a análise da Comissão a circunstância de a Haniel ter alegado, durante o procedimento administrativo, que as transacções eram interdependentes, sem que a recorrente tenha contestado a realidade destas afirmações constantes da decisão recorrida. É certo que há que admitir que, como sustenta a recorrente, a posição defendida por cada uma das partes que procederam à notificação, é, por definição, subjectiva, e que reflecte necessariamente os seus próprios interesses. No entanto, esta circunstância não pode conduzir a que a Comissão, na sua preocupação de procurar a realidade económica de uma operação de concentração, se prive das explicações das partes que lhe permitem identificar qual era realmente, no momento da conclusão das transacções em causa, a finalidade económica prosseguida por essas partes. Ainda que as explicações não contestadas de uma das partes que procederam à notificação não sejam em si mesmas determinantes, a Comissão deve, contudo, como no presente caso, poder basear-se nessas explicações quando elas lhe permitam reforçar os elementos de apreciação nos quais a sua análise se baseia.

148 Daqui resulta que a recorrente não demonstrou que a Comissão cometeu um erro de apreciação ao concluir, na decisão recorrida, que os dois grupos de transacções em causa no presente processo eram interdependentes no sentido de que constituíam juntos uma operação única de concentração, na acepção do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89.

149 Em consequência, a segunda parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.

*Quanto à terceira parte do primeiro fundamento, relativa à incompetência da Comissão para examinar a aquisição do controlo pela CVK das suas associadas, no seguimento da autorização que esta recebeu da NMa*

## Argumentos das partes

150 No âmbito desta parte, a recorrente considera, por um lado que, ainda que se admita que a Comissão tem competência para examinar, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, a transacção RAG, a Comissão não pode examinar a aquisição do controlo pela CVK das suas empresas associadas através de um acordo de *pooling*, uma vez que esta operação já foi autorizada pela NMa.

151 Em apoio da sua tese, a recorrente indica, em primeiro lugar, que, contrariamente ao que a Comissão alega na decisão recorrida, não existe qualquer diferença entre a operação tal como foi notificada, e em seguida aprovada, pela NMa em 20 de Outubro de 1998 e a operação que veio a ser concluída em 9 de Agosto de 1999. Além disso, a recorrente nota que a Comissão reconheceu que a apresentação não apresentava dimensão comunitária e não contestou oficialmente a decisão da NMa, como deveria ter feito nos termos dos artigos 226.º CE e 228.º CE, o que gerou uma confiança legítima na recorrente. Em seguida, a recorrente considera pouco convincente o argumento da Comissão segundo o qual a decisão da NMa não é relevante por se basear em legislação nacional. Com efeito, é esquecer, segundo a recorrente, que as disposições da legislação neerlandesa sobre a concorrência derivam das do direito comunitário e devem ser interpretadas em conformidade com este. Por último, a recorrente contesta a insinuação da Comissão, constante do considerando 30 da decisão recorrida, segundo a qual as partes interessadas não respeitaram as garantias que tinham oferecido à NMa para que esta última autorizasse a operação em causa. A recorrente é da opinião de que esta insinuação não tem fundamento.

- 152 Por outro lado, a recorrente sustenta que a Comissão não cumpriu a sua obrigação de expor os motivos pelos quais considerou a decisão da NMa errada.
- 153 A Comissão contesta todos estes argumentos e considera que não violou o artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 nem faltou ao seu dever de fundamentar a decisão recorrida.

#### Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 154 Em primeiro lugar, como foi considerado no âmbito da segunda parte do presente fundamento, acima examinada, a recorrente não demonstrou que a Comissão cometeu um erro de apreciação ao considerar que os primeiro e segundo grupos de transacções acima referidos no n.º 8 constituíam uma operação única na acepção do Regulamento n.º 4064/89.
- 155 Consequentemente, a autorização dada pela NMa para a realização do primeiro grupo de transacções não permitiam com segurança às partes realizar a operação de concentração concluída em 9 de Agosto de 1999. Devido à dimensão comunitária da operação de concentração realizada através de todas as transacções celebradas em 9 de Agosto de 1999, apreciação que consta do considerando 33 da decisão recorrida e que a recorrente não contestou, a Comissão era assim a única entidade competente para examinar, e sendo caso disso, autorizar essa operação.
- 156 Em segundo lugar, a recorrente não pode invocar uma confiança legítima baseada no facto de a Comissão não ter contestado a autorização concedida pela NMa para a realização do primeiro grupo de transacções.

157 Com efeito, a autorização concedida pela NMa para a realização do primeiro grupo de transacções, que se baseia numa interpretação das disposições da lei neerlandesa da concorrência, não é minimamente constitutiva de um direito de exigir a protecção da confiança legítima junto da Comissão, uma vez que esta autorização não emana da administração comunitária em conformidade com as disposições aplicáveis ao caso, a saber designadamente com o artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 (v., neste sentido, acórdão Branco/Comissão, n.º 77 *supra*, n.º 102). Seja como for, o primeiro grupo de transacções não foi celebrado nas mesmas condições que tinham sido notificadas à NMa. O adiamento da sua celebração para o dia da celebração do segundo grupo de transacções levou a uma alteração sensível dos elementos de facto e de direito nos quais a NMa se tinha baseado para autorizar o primeiro grupo de transacções projectado. Como a Comissão defendeu com razão, por meio da operação de concentração concluída em 9 de Agosto de 1999, as partes não realizaram apenas uma operação de fusão de facto entre as associadas da CVK e esta última, tendo pelo contrário criado uma empresa comum de pleno exercício controlada conjuntamente pela Haniel e pela recorrente. Em definitivo, a NMa autorizou a realização de um grupo de transacções que não foi efectivamente realizado sob essa forma.

158 Uma vez que os dois grupos de transacções não podem ser cindidos devido ao seu carácter unitário, a Comissão só se podia pronunciar sobre a operação de concentração, em termos globais considerada, devido à sua dimensão comunitária.

159 Há que acrescentar que este critério não tem como consequência a violação da repartição de competências entre as autoridades nacionais da concorrência e a Comissão, como prevista no Regulamento n.º 4064/89.

160 É certo que o resultado a que é susceptível conduzir a abordagem da Comissão pode, em determinadas situações, ter como consequência que uma transacção, ainda que não preencha os critérios da dimensão comunitária, na acepção do Regulamento

n.º 4064/89, entre no seu âmbito de aplicação, devido à interdependência que a liga a uma ou várias outras transacções.

161 No entanto, nesta situação, seria artificial considerar que a primeira transacção é autónoma do ponto de vista económico.

162 Em terceiro lugar, é inoperante o argumento da recorrente segundo o qual a Comissão devia ter iniciado um processo por incumprimento, nos termos do artigo 226.º CE. Em primeiro lugar, não resulta de nenhum elemento dos autos que a Comissão tenha contestado a competência da NMa para se pronunciar, na decisão de 20 de Outubro de 1998, adoptada nos termos da legislação nacional, sobre o primeiro grupo de transacções, de forma que essa decisão pudesse eventualmente constituir um incumprimento do direito comunitário por parte do Reino dos Países Baixos. Bem pelo contrário, a Comissão reconheceu essa competência e sublinhou diversas vezes que a decisão recorrida não tem por objecto a mesma operação de concentração, devido ao adiamento da celebração do primeiro grupo de transacções para o dia da celebração, ou seja, 9 de Agosto de 1999. Em segundo lugar, atendendo à margem de apreciação de que a Comissão dispõe relativamente à utilização dos seus recursos e à sua actuação, nada obriga a Comissão a iniciar um processo nos termos do artigo 226.º CE contra um Estado-Membro antes de adoptar uma decisão sobre a apreciação de uma operação de concentração de dimensão comunitária.

163 Por último, em quarto lugar, relativamente às observações da recorrente acima expostas no n.º 151, relativas, por um lado, à semelhança das disposições da legislação neerlandesa da concorrência com as do Regulamento n.º 4064/89 e, por outro, ao respeito das garantias apresentadas à NMa pelas partes que procederam à notificação, estas observações, já julgadas improcedentes no âmbito da primeira parte do presente fundamento (v. n.ºs 70 a 78, *supra*), de forma alguma podem levar à anulação da decisão recorrida. Além disso, a alegação da recorrente segundo a qual

a decisão recorrida está insuficientemente fundamentada deve também ser rejeitada. Com efeito, tomando em consideração as circunstâncias do presente caso, a Comissão não era obrigada a explicar as razões pelas quais a decisão da NMa, adoptada com base na legislação nacional, foi alegadamente errada.

164 Consequentemente, há que julgar improcedente a terceira parte do primeiro fundamento e ao próprio fundamento na íntegra.

*2. Quanto ao segundo fundamento, relativo a erros de apreciação da Comissão quanto à criação de uma posição dominante decorrente da operação de concentração, em violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89*

165 O presente fundamento divide-se em duas partes. A primeira parte baseia-se em erros de apreciação da Comissão sobre a existência de uma posição dominante da CVK. A segunda parte baseia-se na falta de demonstração de um nexo de causalidade entre a operação de concentração e a criação da posição dominante alegada pela Comissão.

*Quanto à primeira parte do segundo fundamento, relativa à apreciação da Comissão quanto à existência de uma posição dominante da CVK*

Argumentos das partes

166 A recorrente contesta a apreciação efectuada pela Comissão relativamente a cinco factores que a levaram a constatar a existência de uma posição dominante da CVK no mercado neerlandês dos materiais de construção de paredes estruturais (a seguir «mercado em causa»).

- 167 Em primeiro lugar, a recorrente acusa a Comissão de ter apreciado erradamente o papel exercido pelos materiais concorrentes dos blocos sílico-calcários para a construção de paredes estruturais.
- 168 Por um lado, a recorrente considera que a constatação da Comissão, exposta no considerando 96 da decisão recorrida, segundo a qual a CVK é o único fabricante e fornecedor de blocos sílico-calcários nos Países Baixos, não toma em consideração o facto de os produtos sílico-calcários serem importados da Alemanha e de, segundo a própria decisão recorrida, não existir um mercado de blocos sílico-calcários.
- 169 Por outro lado, a recorrente contesta a conclusão da Comissão, formulada no considerando 97 da decisão recorrida, segundo a qual não se pode considerar que o sector do betão exerce uma pressão concorrencial sobre a CVK. A recorrente sustenta que as informações comunicadas por terceiros sobre a estabilidade da quota de mercado dos materiais de construção de paredes não podem, em si mesmas, levar a essa conclusão. Segundo a recorrente, a Comissão não procedeu a um exame da evolução progressiva das quotas de mercado de forma a determinar a pressão concorrencial exacta exercida sobre a CVK, nem tomou em consideração a dimensão do sector do betão e as capacidades financeiras e económicas importantes dos operadores activos nesse sector. Estes elementos, segundo a recorrente, obrigam a CVK a tomar em consideração o sector do betão a fim de determinar o seu comportamento no mercado em causa. Em último lugar, para avaliar a pressão concorrencial exercida pelo sector do betão vazado *in situ*, a recorrente alega, na réplica, que há que tomar em consideração a quota de mercado do betão vazado *in situ* no mercado em causa ([10 a 15] %) e não apenas a quota detida pelo mais importante fabricante concorrente do betão vazado *in situ* ([2 a 5] %).
- 170 Em segundo lugar, a recorrente contesta a apreciação da Comissão, constante dos considerandos 99 a 101 da decisão recorrida, segundo a qual há obstáculos importantes à entrada no mercado em causa. Na sua análise, a Comissão, segundo a recorrente, procedeu a um exame da totalidade dos custos e dos outros obstáculos

potenciais no que se refere a todos os produtos concorrentes aos blocos sílico-calcários. Pelo contrário, a recorrente sustenta que a Comissão limitou essencialmente a sua análise aos custos de investimento e aos longos prazos necessários para a construção e funcionamento das fábricas produtoras de blocos sílico-calcários. A recorrente contesta ainda que os prazos e as necessidades de equipamento possam constituir verdadeiros obstáculos à entrada no mercado, para efeitos da aplicação do Regulamento n.º 4064/89, em especial se os mercados de capitais funcionarem de forma eficaz. Além disso, a recorrente acusa a Comissão de não ter examinado claramente os custos em que outros fabricantes de materiais de construção teriam incorrido se tivessem de substituir uma parte das suas produções por materiais concorrentes dos blocos sílico-calcários, quando a própria recorrente indicou em resposta à comunicação de objecções que o betão podia ser produzido para diferentes utilizações, incluindo a construção de paredes, bem como os outros materiais como o tijolo, o gesso e a madeira. Em último lugar, a recorrente refere que o simples facto de subsistirem, como indica o considerando 101, excessos de capacidade de produção de blocos sílico-calcários, que torna o acesso ao mercado menos interessante, não basta para qualificar esses excessos de capacidade como obstáculos à entrada no mercado em causa.

171 Em terceiro lugar, a recorrente contesta diversos elementos da apreciação da Comissão desenvolvida na decisão recorrida segundo a qual nem os distribuidores de materiais de construção nem os empreiteiros possuem poder de compra susceptível de compensar a posição dominante da CVK do lado da oferta.

172 Relativamente ao poder de compra dos distribuidores, a recorrente lembra que estes pertencem a grupos internacionais ou que se constituem em cooperativas de compras, situação que lhes confere uma posição de força relativamente à CVK. A recorrente acrescenta que o facto, indicado no considerando 102 da decisão recorrida, de os cinco principais distribuidores grossistas de materiais de construção nos Países Baixos representarem cerca de [60 a 80] % das vendas da CVK, sendo que [20 a 30] % pertencem ao comprador mais importante, demonstram claramente que os distribuidores grossistas possuem um grande poder de compra e, exceptuado o betão vazado *in situ*, podem desviar a sua actividade para produtos sucedâneos dos blocos sílico-calcários. Aliás, segundo a recorrente, a impossibilidade de os

distribuidores proporem para revenda o betão vazado *in situ* incentivá-los-ia a obterem da CVK preços e condições que lhes permitiriam fazer concorrência com os fabricantes de betão. Em último lugar, a recorrente mantém que os distribuidores grossistas também podem importar materiais sílico-calcários da Alemanha.

173 Relativamente às relações entre a CVK, os distribuidores grossistas e os empresários, a recorrente contesta diversas apreciações feitas nos considerando 75 e 103 da decisão recorrida. A recorrente contradiz assim a afirmação da Comissão segundo a qual a CVK está geralmente bem informada sobre a identidade dos utilizadores e o destino dos seus produtos, designadamente através do acesso aos planos dos arquitectos, relativamente a entregas de materiais de construção que representam metade do seu volume de negócios. Além disso, não obstante a recorrente admitir que a CVK fornece directamente determinadas empresas de construção, contesta que a CVK possa conhecer a utilização que é dada aos produtos fornecidos, incluindo as situações em que tem conhecimento da espessura dos produtos sílico-calcários fornecidos. Para mais, a recorrente indica que os descontos concedidos pela CVK aos distribuidores grossistas, em função das vendas para determinados projectos ou para determinadas empresas de construção, são raros e ocasionais. Acrescenta que esta circunstância não põe em causa, seja como for, a existência de um poder de compra dos distribuidores grossistas.

174 Em quarto lugar, a recorrente afirma que a análise efectuada pela Comissão relativamente à inexistência de influência exercida pelo mercado adjacente dos materiais de construção de paredes não estruturais, mercado esse no qual a CVK detém uma posição mais fraca, está errada. Por um lado, a recorrente sublinha que a CVK não é capaz de conhecer o destino dos seus produtos para a construção de paredes estruturais ou de paredes não estruturais. Segundo a recorrente, a CVK era portanto obrigada a tomar em consideração a sua situação concorrencial no mercado das paredes não estruturais para determinar o seu comportamento no mercado em causa, independentemente do facto de escoar [60 a 80] % dos seus blocos sílico-calcários neste último mercado. Por outro, a recorrente sustenta que a existência de um «efeito inibidor» exercido pelo mercado dos materiais de construção de paredes não estruturais no mercado em causa resulta da análise económica efectuada no relatório dos professores von Wieszäcker e Elberfeld, que foi comunicado à Comissão, mas ao qual a decisão recorrida não se refere.

175 Em quinto lugar, a recorrente contesta a apreciação da Comissão segundo a qual a posição dominante da CVK é reforçada pelas ligações estruturais existentes entre esta sociedade e a recorrente. Em primeiro lugar, a recorrente lembra que não controla a CVK, que exerce a sua actividade de forma totalmente independente. A recorrente sustenta em seguida que a Comissão lhe atribuiu erradamente uma «posição forte» no mercado neerlandês do fornecimento dos materiais de construção de paredes, uma vez que a sua quota de mercado, de [2 a 5] %, é comparável à que é detida por vários outros operadores e não lhe confere essa posição. Aplica-se o mesmo raciocínio no que se refere às actividades da recorrente no mercado da distribuição grossista dos materiais de construção, tendo-se a Comissão limitado a fazer simples alegações e suposições, designadamente quanto à referência ao relatório anual da NBM Amstelland, grupo a que a recorrente pertencia, quando a quota de mercado desta última é apenas de [2 a 5] %. Em último lugar, a recorrente nega que a CVK lhe tenha concedido um tratamento privilegiado na fase da distribuição grossista dos materiais de construção, contrariamente às afirmações de terceiros constantes da decisão recorrida. Seja como for, ainda que se admita que esse tratamento privilegiado existe, a recorrente sustenta que os elementos de prova provenientes desses terceiros não são, em si mesmos, aptos para que se presuma a existência de uma posição dominante para efeitos da aplicação do Regulamento n.º 4064/89.

176 Finalmente, em sexto lugar, a recorrente acusa a Comissão de não ter fundamentado suficientemente a decisão recorrida relativamente às razões que a conduziram a afastar-se da conclusão da NMa constante da decisão de 20 de Outubro de 1998 relativa à inexistência de uma posição dominante da CVK, quando essa mesma decisão e os estudos de mercado da NMa tinham menos de três anos no momento da adopção da decisão recorrida.

177 A título liminar, a Comissão observa que a recorrente não contestou o factor relativo à estrutura do mercado examinado nos considerandos 90 a 95 da decisão recorrida. Ora, segundo a Comissão, os elementos em que se baseou relativamente às quotas de mercado da CVK, da recorrente e da Haniel já constituíam, em si mesmos, um indício claro da existência de uma posição dominante.

- 178 Feita esta observação, a Comissão contesta todas as críticas formuladas pela recorrente contra a apreciação dos outros factores nos quais se baseia a conclusão de que a CVK ocupa uma posição dominante no mercado em causa.
- 179 Em primeiro lugar, por um lado, no que se refere ao papel dos diferentes materiais de construção de paredes, a Comissão refere que a recorrente não contesta nem que o mercado geográfico se limita aos Países Baixos, uma vez que as importações provenientes da Alemanha têm apenas um carácter marginal, nem que a CVK é a única fabricante de blocos sílico-calcários nos Países Baixos, que é o material de construção mais popular neste Estado, como indicado no considerando 98 da decisão recorrida. Esta situação, segundo a Comissão, contribui para reforçar a posição da CVK no mercado em causa, uma vez que o betão vazado *in situ*, se se admitir que faz parte do mesmo mercado, devido grandes aos custos de investimentos fixos, apenas faz concorrência aos produtos sílico-calcários nos grandes projectos de construção.
- 180 Por outro lado, a Comissão refuta a alegação da recorrente de que a decisão recorrida não demonstrou suficientemente que o sector do betão não exercia pressão concorrencial sobre a CVK. A este propósito, a Comissão observa que a redacção do considerando 97 da decisão recorrida refere unicamente a inexistência de pressão concorrencial significativa do betão vazado *in situ* e não do sector do betão em geral. A Comissão precisa também que esta conclusão não se baseia apenas na tomada em consideração do sector do betão vazado *in situ*. Para o exame da pressão concorrencial exercida pelos produtores de betão vazado *in situ*, a Comissão reitera a sua posição, indicada nos fundamentos da decisão recorrida, segundo a qual há que tomar em consideração as quotas de mercado dos produtores concorrentes de betão vazado *in situ*, no qual nenhum excede [2 a 5] % sobre o mercado em causa, e não a quota de mercado do betão vazado *in situ*, enquanto produto ([10 a 15] %), desse mercado. Tal abordagem justifica-se designadamente, segundo a Comissão, por o mercado em causa ser um mercado diferenciado de produtos e por a percentagem de [10 a 15] % «de quotas de mercado» tender a subestimar a pressão concorrencial sobre a CVK, uma vez que inclui a quota de mercado detida pela própria recorrente no sector do betão vazado *in situ*. Feita esta

precisão, a Comissão sustenta que, durante os três anos que precederam a adopção da decisão recorrida, nenhum fornecedor de betão pôde obter uma quota de mercado superior a [2 a 5] %, ao passo que a quota de mercado da CVK se manteve em [50 a 60] % do mercado em causa. A Comissão contesta assim o argumento da recorrente segundo o qual a importância do sector do betão e o peso dos operadores nesse sector podem afectar a actividade de produtor de blocos sílico-calcários da CVK e a posição desta última no mercado em causa.

181 Em segundo lugar, a Comissão rejeita as alegações da recorrente segundo as quais a Comissão não apreciou correctamente os obstáculos à entrada no mercado assinalados na decisão recorrida.

182 Em primeiro lugar, a Comissão lembra que, contrariamente ao alegado pela recorrente, a decisão recorrida faz referência aos obstáculos existentes para a produção de todos os materiais de construção de paredes estruturais, e não apenas de produtos sílico-calcários.

183 Em seguida, a Comissão refuta a afirmação da recorrente segundo a qual os custos de investimentos e os prazos para entrar no mercado não constituem verdadeiros obstáculos à entrada, para efeitos da aplicação do Regulamento n.º 4064/89. Segundo a Comissão, como foi precisado na decisão recorrida, esses custos e prazos são consideráveis. Na tréplica, a Comissão lembra que as entradas no mercado do betão foram raras e limitadas, observação não impugnada pela recorrente. Além disso, a Comissão considera que a alegação da recorrente de que esta não efectuou uma análise dos eventuais custos em que incorrem outras empresas que produzem materiais de construção para transferir uma parte da sua produção (tijolo, gesso, madeira) para produtos concorrentes, como o betão, para os produtos sílico-calcários não procede. Com efeito, a Comissão sustenta que esta análise não é relevante, porque, atendendo à estrutura e às características do sector da construção nos Países Baixos, os produtores de materiais de construção que não de betão não teriam simplesmente tido de transferir a sua produção, mas sim começar do zero para produzirem materiais que concorressem com os produtos sílico-calcários.

- 184 Em último lugar, ao contrário da recorrente, a Comissão considera que a existência de excessos de capacidade num determinado mercado desempenha um papel importante para determinar se uma entrada nesse mercado é possível, ou seja, se será suficientemente rentável. Ora, no presente caso, segundo a Comissão, os excessos de capacidade existentes no mercado em causa, devido à CVK, tornam essa entrada pouco atractiva.
- 185 Em terceiro lugar, a Comissão afirma que é correcta a análise efectuada na decisão recorrida, segundo a qual a posição dominante da CVK não é compensada por um poder de compra dos distribuidores grossistas dos materiais de construção.
- 186 Em primeiro lugar, de forma geral, a Comissão considera que, no contexto do Regulamento n.º 4064/89, o poder de compra deve ser entendido como a capacidade de grandes clientes — no presente caso, os distribuidores grossistas de materiais de construção — recorrerem, num prazo razoável, a alternativas credíveis se o fornecedor decidir aumentar os seus preços ou se deteriorar as condições de entrega. No presente caso, a Comissão sublinha que, mesmo que os distribuidores grossistas de materiais possam ser incentivados no sentido de a CVK oferecer preços competitivos comparativamente aos praticados pelos fabricantes de betão, esses distribuidores não dispõem de qualquer alternativa, uma vez que não comercializam o betão vazado *in situ*, que representa [10 a 15] % do mercado em causa, e não têm o poder de compra necessário relativamente à CVK.
- 187 Em seguida, relativamente ao argumento da recorrente segundo o qual os distribuidores podem importar produtos sílico-calcários provenientes da Alemanha, a Comissão lembra que a recorrente não contestou que essas importações eram marginais e que, na audição, um distribuidor indicou que essas importações eram dificultadas pela Haniel ou pela CVK.

188 Finalmente, a Comissão reitera a sua apreciação segundo a qual a CVK está normalmente informada sobre a identidade dos utilizadores e o destino dos seus produtos, contrariamente ao que a recorrente sustenta, não sem cometer algumas contradições e imprecisões. Neste contexto, a Comissão sublinha que os descontos feitos pela CVK a favor dos distribuidores grossistas para o abastecimento de projectos de construção ou de empresas de construção específicas indicam que a CVK pode exercer uma influência sobre a política dos preços dos distribuidores relativamente a empresas clientes e, portanto, sobre as suas margens no âmbito de projectos determinados, o que limita, ou mesmo exclui, as suas capacidades de utilizar o volume de compras para exercer uma pressão global sobre a política dos preços da CVK.

189 Em quarto lugar, relativamente às críticas da recorrente relativas à influência da concorrência no mercado adjacente dos materiais de construção de paredes não estruturais, a Comissão considera que fez prova bastante de que, por um lado, a CVK podia determinar ou prever se os seus produtos seriam utilizados para paredes estruturais ou não estruturais e que, por outro e seja como for, a CVK estabelecia a sua estratégia em matéria de preços principalmente quanto ao mercado em causa. No que se refere ao relatório dos professores von Wieszäcker e Elberfeld que, segundo a recorrente, demonstra um efeito de disciplina exercido pela posição da CVK no mercado de materiais de construção de paredes não estruturais sobre a sua posição no mercado em causa, a Comissão, ao mesmo tempo que admite que não examinou expressamente esse relatório na decisão recorrida, apresenta três observações. Em primeiro lugar, sublinha que o modelo de avaliação dos preços apresentado nesse relatório não constitui uma descrição adequada do mercado em causa, designadamente porque esta descrição parte da premissa de que a CVK devia aplicar os mesmos preços nos mercados em causa e no dos materiais de construção de paredes não estruturais. Em segundo lugar, a Comissão indica que o relatório examina a questão, que não considera relevante, de saber em que circunstâncias a CVK fixaria os seus preços a um nível tão elevado que deixaria de realizar qualquer venda no mercado dos materiais de construção de paredes não estruturais. Em terceiro lugar, a Comissão sublinha que, mesmo que se admita que os mesmos preços sejam praticados nos dois mercados, o relatório corresponde totalmente às conclusões da decisão recorrida segundo as quais a CVK estabelece os seus preços principalmente em função da sua posição no mercado em causa. É por este motivo que, segundo a Comissão, não era necessário examinar expressamente o relatório na decisão recorrida.

- 190 Em quinto lugar, a Comissão mantém a sua análise efectuada na decisão recorrida segundo a qual a posição dominante da CVK é reforçada pelas ligações estruturais existentes entre esta e a recorrente.
- 191 Em sexto lugar, a Comissão contesta também o argumento da recorrente relativo à insuficiência da fundamentação da decisão recorrida.

## Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

### — Observações liminares

- 192 Antes de proceder ao exame da posição dominante da CVK, há que referir em primeiro lugar que a recorrente não contesta a delimitação do mercado em causa considerado na decisão recorrida, a saber, o mercado de materiais de construção de paredes estruturais nos Países Baixos, delimitação que se justifica devido à função estrutural das paredes. Há que precisar a este propósito que a decisão recorrida deixou em aberto a questão de saber se o betão vazado *in situ* – devido designadamente aos grandes custos de investimento que a sua utilização gera (v. considerando 77 da decisão recorrida), que implica que este material só é concorrente dos blocos sílico-calcários em determinados projectos de grande envergadura – devia entrar na definição do mercado dos produtos em causa, uma vez que a Comissão considerou que esta questão não produzia qualquer efeito na apreciação da operação de concentração (v. considerando 81 da decisão recorrida).
- 193 Importa também notar que resulta da decisão recorrida – sem que isso tenha sido impugnado pela recorrente – que os materiais mais utilizados no mercado em causa são, por ordem decrescente, os seguintes: o bloco sílico-calcário sendo que ([50 a

60] % de todas das paredes estruturais são construídas com este material), o betão vazado *in situ* ([10 a 15] %), os elementos pré-fabricados em betão ([5 a 10] %), o tijolo ([2 a 5] %) e o betão celular ([0 a 2] %).

194 Em seguida, há que recordar que o artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, intitulado «Apreciação das operações de concentração», dispõe:

«1. As operações de concentração abrangidas pelo presente regulamento serão apreciadas de acordo com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum.

Nessa apreciação, a Comissão terá em conta:

- a) a necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;
  
- b) a posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.

2. Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as operações de concentração que não criem ou não reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

3. Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.»

<sup>195</sup> A posição dominante, referida no artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, diz respeito a uma situação de poder económico detida por uma ou várias empresas que lhes dê a faculdade de obstar à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, fornecendo-lhes a possibilidade de adoptarem comportamentos independentes numa medida apreciável em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Março de 1999, Gencor/Comissão, T-102/96, Colect., p. II-753, n.º 200; v. igualmente, neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colect., p. 217, n.º 38).

<sup>196</sup> É jurisprudência constante que as regras de fundo do Regulamento n.º 4064/89, em especial o seu artigo 2.º, conferem à Comissão um certo poder discricionário, designadamente, no que respeita às apreciações de ordem económica. Consequentemente, a fiscalização, pelo juiz comunitário, do exercício desse poder, que é essencial na aplicação das regras em matéria de concentrações, deve ser efectuado tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações [acórdãos do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão (Kali e Salz), C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375, n.ºs 223 e 224, e de 15 de Fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, Colect., p. I-987, n.º 38; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância Gencor/Comissão, n.º 195 *supra*, n.ºs 164 e 165, e de 6 de Junho de 2002, Airtours/Comissão, T-342/99, Colect., p. II-2585, n.º 64].

197 Daqui decorre que a fiscalização exercida pelo juiz comunitário sobre as apreciações económicas complexas efectuadas pela Comissão no exercício do poder de apreciação que lhe é conferido pelo Regulamento n.º 4064/89 se deve limitar à verificação do respeito das regras processuais e da fundamentação, bem como da exactidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder. Mais especificamente, não cabe ao Tribunal substituir a apreciação económica da Comissão pela sua própria apreciação (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Abril de 2003, *Petrolessence e SG2R/Comissão*, T-342/00, *Colect.*, p. II-1161, n.º 101).

198 Em último lugar há também que referir que, nos considerandos 90 a 108 da decisão recorrida, a Comissão se baseou em seis factores para considerar provada a posição dominante da CVK. Estes factores são: em primeiro lugar, a estrutura do mercado; em segundo lugar, a inexistência de pressão concorrencial significativa exercida sobre a CVK pelos produtores de betão vazado *in situ*, quando a CVK é a única produtora e fornecedora de blocos sílico-calcários, tradicionalmente utilizados nos Países Baixos para a construção de paredes; em terceiro lugar, a existência de importantes obstáculos à entrada no mercado; em quarto lugar, a falta de poder de compra dos clientes da CVK; em quinto lugar, a falta de limitação da margem de manobra da CVK no mercado em causa devido às condições de concorrência no mercado adjacente dos materiais de construção de paredes não estruturais e; em sexto lugar, a existência de uma ligação estrutural entre a CVK e a recorrente que lhes permite, tanto ao nível da oferta como da distribuição dos materiais de construção de paredes estruturais, beneficiar de uma margem de manobra sensivelmente mais ampla do que aquela de que os seus concorrentes beneficiam.

199 A este propósito, é facto assente que a recorrente não contesta nenhuma das apreciações expostas nos considerandos 90 a 95 da decisão recorrida relativas ao primeiro factor, que diz respeito à estrutura do mercado, ou seja às quotas de mercado da CVK, das partes que procederam à notificação e dos seus concorrentes.

200 Há que precisar que resulta dos fundamentos acima referidos da decisão recorrida que a CVK detém mais de [50 a 60] % de quota de mercado no mercado em causa, se

este mercado incluir o betão vazado *in situ*, ao passo que, na mesma delimitação do mercado, o segundo operador é a recorrente com cerca de [2 a 5] % de quota de mercado, detendo o concorrente principal das partes que procederam à notificação apenas uma quota de mercado de cerca de [2 a 5] %, e possuindo os outros concorrentes apenas quotas de mercado entre [0 e 2] %. Resulta dos dados expostos no considerando 91 da decisão recorrida que esta situação é a que é mais favorável às partes que procederam à notificação, porque, se se admitir que o betão vazado *in situ* é totalmente excluído do mercado em causa, a quota de mercado da CVK atingiria mais de [60 a 70] %, ao passo que as quotas de mercado de todos os seus concorrentes seriam, no máximo, de [0 a 2] %. É igualmente facto assente que a configuração do mercado em causa não se alterou substancialmente no decurso dos últimos anos.

201 Ora, a existência de quotas de mercado muito grandes é altamente significativa e a relação entre as quotas de mercado detidas pela ou pelas empresas participantes na concentração e pelos seus concorrentes, em especial os que estão imediatamente a seguir, constitui um indício válido da existência de uma posição dominante. Com efeito, este factor permite avaliar a capacidade concorrencial dos concorrentes da empresa em causa (acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, n.º 195 *supra*, n.ºs 39, 40 e 48, e acórdão Gencor/Comissão, n.º 195 *supra*, n.ºs 201 e 202). Além disso, uma quota de mercado especialmente elevada pode, em si mesma, constituir a prova da existência de uma posição dominante, sobretudo quando os outros operadores no mercado possuem partes menores (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Abril de 1999, Endemol/Comissão, T-221/95, Colect., p. II-1299, n.º 134).

202 Por todas estas razões, a detenção pela CVK de uma quota de mercado que é pelo menos catorze vezes superior à do seu maior concorrente, facto que a recorrente não contesta, constitui um forte indício de que a CVK ocupa uma posição dominante no mercado em causa.

203 Há que examinar se a recorrente conseguiu, no entanto, demonstrar que a Comissão efectuou uma apreciação manifestamente errada dos cinco outros factores analisados na decisão recorrida, susceptível de conduzir à sua anulação.

— Quanto ao factor relativo à inexistência de pressão concorrencial importante exercida sobre a CVK pelos produtores de betão vazado *in situ*

204 Há que recordar que, nos considerandos 96 a 98 da decisão recorrida, a Comissão indicou que nem o betão vazado *in situ* nem os produtores deste material podiam exercer uma pressão concorrencial significativa sobre a CVK, que é a única produtora de blocos sílico-calcários nos Países Baixos, material tradicional para a construção de paredes e massivamente utilizado para a construção de paredes estruturais. Esta apreciação baseia-se designadamente nas quotas de mercado dos concorrentes da CVK e na natureza diferenciada dos produtos do mercado em causa, que permitem a uma empresa como a CVK reforçar a sua influência para lá da sua quota de mercado aparente, por ser a única a oferecer um produto que é especialmente apreciado pelos consumidores ou para determinadas utilizações.

205 Em substância, sem contestar a relevância do factor que a Comissão toma em conta, a recorrente sustenta, por um lado, que a constatação, exposta no considerando 97 da decisão recorrida, segundo a qual a CVK é o único fabricante de blocos sílico-calcários ignora o facto de que são importados da Alemanha produtos sílico-calcários, e que não existe um mercado de blocos sílico-calcários. Por outro lado, a recorrente refuta a conclusão da Comissão, formulada no considerando 97 da decisão recorrida, segundo a qual o sector do betão não exerce uma pressão concorrencial sobre a CVK. A Comissão devia, segundo a recorrente, ter examinado a evolução das quotas de mercado e ter, designadamente, tomado em consideração as capacidades financeiras e económicas dos operadores deste sector. Além disso, a recorrente considera que não há apenas que tomar em consideração a quota de mercado ([2 a 5] %) do maior concorrente produtor de betão vazado *in situ*.

206 Há que rejeitar estas alegações.

207 Em primeiro lugar, tratando-se do alegado desconhecimento por parte da Comissão do facto de que os produtos sílico-calcários são importados para os Países Baixos a partir da Alemanha, há que observar que, no considerando 84 da decisão recorrida, a Comissão a, no âmbito da delimitação do mercado geográfico, fez a seguintes precisão:

«Embora haja importações na região fronteiriça neerlandesa de materiais de construção [...] da Alemanha, estas são marginais, não justificando a inclusão de partes do [...] território [alemão] no mercado geográfico relevante. O estudo de mercado revelou alguns obstáculos à entrada no mercado, sobretudo devido a diferentes normas de construção e de segurança no trabalho [...] na Alemanha, este tipo de paredes tem de ter obrigatoriamente uma maior espessura, ao abrigo das normas de construção em vigor, o que obriga a usar mais material, tornando o preço do produto mais caro do que nos Países Baixos [...]»

208 Ora, há que recordar igualmente que a recorrente não contesta nem a definição do mercado relevante nem a afirmação de que a CVK é o único produtor de blocos sílico-calcários nos Países Baixos. Além disso, a recorrente limita-se a indicar que os grossistas de materiais de construção escoam produtos sílico-calcários no mercado neerlandês, sem fazer qualquer precisão quanto ao volume e ao valor dessas importações, tendo-se a recorrente limitado, na resposta à comunicação de objecções para a qual remeteu nos seus articulados, a expor que a panóplia de produtos sílico-calcários oferecida por um desses grossistas ou importadores e aquela que era oferecida pela CVK eram extremamente similares.

209 Em segundo lugar, a recorrente procede a uma leitura errada da decisão recorrida quando considera que esta última constatou a inexistência de pressão concorrencial no sector do betão. Com efeito, há que referir que o considerando 97 da decisão recorrida indica, mais precisamente, que não existe uma pressão concorrencial importante do sector do betão vazado *in situ* e dos seus produtores e não do sector do betão. Consequentemente, nos fundamentos relevantes da decisão recorrida, a Comissão não negou a existência de uma pressão concorrencial do betão vazado *in situ*, antes a tendo considerado insuficiente relativamente à posição da CVK. A este

propósito, há que referir que a análise da Comissão, centrada no betão vazado *in situ*, se justifica pelo facto de, seja como for, os dois concorrentes imediatos da CVK no mercado em causa só produzirem betão vazado *in situ*, circunstância que devia permitir à Comissão examinar se a posição da CVK, nos termos que resultam das suas quotas de mercado, poderia ser contrabalançada pela presença de concorrentes que oferecessem este tipo de materiais no mercado em causa.

- 210 Foi igualmente com razão que a Comissão não tomou em consideração apenas a quota que representa o sector do betão vazado *in situ* em geral ([10 a 15] %) na construção de paredes estruturais nos Países Baixos e tomou também em consideração a quota de mercado do primeiro concorrente da CVK ([2 a 5] %). Com efeito, uma vez que o primeiro dado ([10 a 15] %) também inclui a quota de mercado da recorrente, que, devido ao controlo – acima verificado – que exerce sobre a CVK não pode ser considerada uma empresa concorrente desta última, há que fazer uma ponderação desta percentagem tomando igualmente em consideração a quota de mercado do concorrente imediato da CVK, a fim de não sobrestimar a eventual pressão concorrencial exercida sobre a CVK.
- 211 Por outro lado, relativamente à alegação de que a Comissão devia tomar em consideração as quotas de mercado do sector do betão, na medida em que este argumento se refira ao betão vazado *in situ*, bastava à Comissão, como foi por esta referido no considerando 97 da decisão recorrida, precisar que a quota do betão vazado *in situ* parecia ter permanecido estável, segundo os dados fornecidos por uma associação profissional neerlandesa, ou parecia mesmo ter ligeiramente diminuído segundo determinados operadores, sem que isso possa levar à conclusão de que a pressão concorrencial desse segmento do mercado sobre a CVK era importante. Além disso, no que se refere às quotas das empresas no mercado, é facto assente que, entre o ano 2000 e a adopção da decisão recorrida, a posição da CVK e a das suas concorrentes, acima referidas, não sofreu praticamente quaisquer alterações, como sublinha o considerando 95 da decisão recorrida. Ora, esta apreciação refere-se necessariamente ao segmento do betão vazado *in situ*, segmento no qual, como resulta do quadro constante do considerando 91 da

decisão recorrida, os dois maiores concorrentes da CVK tinham actividade, mas detinham, um, uma quota de mercado inferior a [2 a 5] % e, o outro, uma quota de mercado entre [0 e 2] %.

- 212 A este propósito, há que sublinhar que, de um modo geral, a presença de concorrentes só pode constituir um factor eventualmente susceptível de atenuar ou mesmo eliminar a posição dominante da entidade em causa se esses concorrentes tiverem uma posição forte, susceptível de exercer um verdadeiro contrapeso (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Abril de 2003, BaByliss/Comissão, T-114/02, Colect., p. II-1279, n.º 329). Ora, a recorrente não apresentou elementos de prova que permitam pôr em causa a apreciação que resulta do considerando 97 da decisão recorrida segundo a qual os produtores de betão vazado *in situ* – aliás concorrentes imediatos da CVK no mercado em causa – não exercem esse contrapeso.
- 213 Em último lugar, há que observar que a inexistência de uma pressão concorrencial significativa do sector do betão vazado *in situ* pode também, em parte, inferir-se do carácter diferenciado dos produtos do mercado em causa, tal como sublinhado pela Comissão no considerando 98 da decisão recorrida. Com efeito, o carácter diferenciado dos produtos significa que cada produto não é um sucedâneo perfeito do outro e que, conseqüentemente, o aumento do preço de um não implica necessariamente que a empresa que procede a esse aumento perca quotas de mercado a favor dos seus concorrentes que produzem o outro produto, como sucederia para os produtos perfeitamente substituíveis. O facto de o betão vazado *in situ* não se substituir perfeitamente aos blocos sílico-calcários, designadamente devido aos custos elevados que a utilização do primeiro material ocasiona, como foi exposto nos considerandos 58 e 77 da decisão recorrida, sem que tal tenha sido contestado pela recorrente, permite portanto também relativizar a pressão concorrencial que esse material e os seus produtores exerceriam sobre a CVK.
- 214 Acresce que, ainda que se admita que a apreciação da Comissão tenha tido por objecto o sector do betão em geral, a recorrente não foi capaz de demonstrar, com

indícios precisos e concordantes, que os produtores desse segmento do mercado em causa podiam exercer um verdadeiro contrapeso à posição da CVK.

215 Daqui resulta que a apreciação feita pela Comissão sobre o segundo factor tomado em consideração na decisão recorrida não está ferida de erro manifesto.

— Quanto ao factor relativo à existência de importantes obstáculos à entrada no mercado

216 Nos considerandos 99 a 101 da decisão recorrida, a Comissão indicou o seguinte:

«(99) Apesar das observações apresentadas pelas partes e pela CVK sobre a comunicação de objecções e das explicações dadas na audição, a Comissão considera que existem obstáculos importantes à entrada no mercado. A CVK controla todas as fábricas de produtos sílico-calcários nos Países Baixos e, conseqüentemente, a produção destes materiais de construção para paredes que são, de longe, os materiais mais importantes no mercado do produto relevante. O estudo de mercado realizado pela Comissão revelou que os fabricantes de outros materiais de construção para paredes teriam de efectuar grandes investimentos e despende muito tempo para poderem iniciar a produção de produtos sílico-calcários, à semelhança aliás do que aconteceria com outros materiais de construção para paredes como o betão celular. Os processos de produção e, por conseguinte, as respectivas fábricas, variam conforme os materiais de construção.

(100) A Haniel avaliou os custos de investimento para uma fábrica de produtos sílico-calcários em apenas cerca de [confidencial] de euros. O custo de construção de

uma nova fábrica de betão pronto eleva-se, segundo a Haniel, a [confidencial] de euros; a Cementbouw, porém, estimou que estes custos de investimento eram sensivelmente mais elevados. Além disso, os concorrentes inquiridos no quadro do estudo de mercado consideraram, em geral, que só muito dificilmente poderiam aumentar as suas actuais capacidades de produção ou mesmo lançar a produção de um outro material de construção para paredes. Uma empresa inquirida especificou que a criação de uma nova fábrica de produtos sílico-calcários requer um investimento de [confidencial], que a autorização administrativa necessária é difícil de obter e que a simples construção da instalação demora dois anos. Contrariamente à opinião expressa pelas partes, segundo a qual os obstáculos à entrada no mercado seriam insignificantes, a Comissão considera, nestas circunstâncias, que as possíveis entradas no mercado não exerceriam uma pressão concorrencial suficiente para limitar a margem de manobra da CVK no mercado relevante. Nos últimos tempos, apenas foram constatadas algumas raras entradas no mercado exclusivamente no sector do betão.

(101) No que se refere aos blocos sílico-calcários, subsistem consideráveis excessos de capacidade que tornam menos atractiva uma entrada no mercado mesmo após o encerramento pela CVK de três das onze fábricas de blocos sílico-calcários iniciais. Além disso, as restantes unidades de produção da CVK estão distribuídas uniformemente pelo território dos Países Baixos, de modo que a CVK pode abastecer qualquer cliente a partir de uma fábrica próxima. O estudo de mercado realizado pela Comissão mostra que este factor reforça igualmente a posição da CVK.»

217 Ora, a recorrente acusa a Comissão de ter essencialmente limitado a análise acima referida aos custos de investimento e aos longos prazos para a construção e funcionamento de fábricas de produtos de blocos sílico-calcários, quando devia ter examinado a totalidade dos custos e dos outros obstáculos potenciais no que se refere a todos os produtos concorrentes aos blocos sílico-calcários. A recorrente contesta também as alegações de que os prazos e os custos referidos na decisão recorrida constituem verdadeiros obstáculos à entrada no mercado, em especial se os mercados de capitais funcionarem de forma eficaz. Acusa também a Comissão de não ter examinado os custos em que outros produtores de materiais viriam a incorrer se tivessem de substituir parte da sua produção por materiais concorrentes

dos blocos sílico-calcários, quando a própria recorrente indicou, na resposta à comunicação de objecções, que o betão podia ser produzido para diversas utilizações, incluindo a construção de paredes. Finalmente, a recorrente contesta que os excessos de capacidade existentes no segmento dos blocos sílico-calcários possam constituir verdadeiros obstáculos à entrada no mercado em causa.

218 Em primeiro lugar, há que julgar improcedente a alegação da recorrente de que a Comissão só examinou os prazos e os custos necessários para entrar no segmento dos blocos sílico-calcários. Com efeito, a análise acima referida da Comissão também tem por objecto os outros materiais de construção de paredes, como o betão vazado *in situ*, como resulta designadamente do considerando 100 da decisão recorrida. Resulta também do considerando 99 da decisão recorrida que a Comissão precisou que os longos prazos e os pesados custos do investimento não se limitavam à entrada no segmento da produção de blocos sílico-calcários, mas que também se aplicavam à entrada na produção de outros materiais de construção do mercado em causa, como o betão celular. Daqui resulta que, contrariamente ao que a recorrente alega, a Comissão não limitou ao segmento dos blocos sílico-calcários a sua apreciação dos obstáculos à entrada no mercado em causa.

219 Em seguida, relativamente à questão da natureza de «obstáculos à entrada no mercado» dos custos de investimento e dos longos prazos referidos na decisão recorrida, o Tribunal considera, em primeiro lugar e de modo geral, que constituem obstáculos desses os elementos de natureza diversa, em especial de ordem económica, comercial ou financeira, que sejam susceptíveis de fazer com que o potencial concorrente das empresas já existentes tenha de suportar riscos e custos suficientemente elevados para o dissuadir de entrar no mercado num prazo razoável ou de dificultar especialmente essa entrada, privando-o da capacidade de exercer uma pressão concorrencial sobre o comportamento das empresas já existentes.

220 Em segundo lugar, embora não se possa excluir que, em princípio, nos sectores de forte intensidade de capital, os recursos financeiros necessários aos investimentos

possam ser adquiridos nos mercados de capitais, há que concluir forçosamente que, no presente caso, a recorrente não logrou demonstrar que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar provada a existência de importantes barreiras à entrada no mercado em causa, à luz de todos os elementos que levou em conta na decisão recorrida.

- 221 Relativamente à entrada no segmento dos blocos sílico-calcários, há que referir que a Comissão se baseou num conjunto de elementos de natureza regulamentar e económica, relativos à necessidade de obter uma autorização administrativa, à duração de dois anos necessária à construção de uma fábrica de produção e à importância dos custos de investimento, não deixando de ter em consideração o facto de que existiam significativos excessos de capacidade, mesmo depois do encerramento de três das onze empresas produtoras associadas da CVK (a Boudewijn, a Bergumermeer e a Vogelenzang), que tornavam a entrada no mercado menos atractiva, podendo a CVK abastecer qualquer cliente nos Países Baixos a partir das restantes oito empresas.
- 222 Estes elementos, conjugados com a circunstância, não impugnada pela recorrente, de as empresas activas nos outros segmentos do mercado só muito dificilmente se poderem lançar na produção de outro material de construção de paredes, bastam para excluir qualquer erro manifesto da Comissão relativo à probabilidade de uma entrada de um concorrente potencial da CVK nesse segmento. De resto, no que se refere aos custos dos investimentos necessários para a construção de uma fábrica completa, a recorrente, em resposta às questões escritas do Tribunal, apresentou o valor de [confidencial] milhões de EUR, uma estimativa que se situa precisamente no intervalo indicado no considerando 100 da decisão recorrida, sem que tenha explicado as razões pelas quais o investimento de um montante inferior, que expôs igualmente na sua resposta, era suficiente para permitir a entrada no mercado em causa.
- 223 Quanto aos outros segmentos do mercado em causa, há que observar, por um lado, que a recorrente não criticou a apreciação, constante do considerando 100 da decisão recorrida, segundo a qual só foram constatadas algumas raras entradas no

mercado de referência, exclusivamente no sector do betão. A este propósito, resulta das respostas da Comissão às questões colocadas pelo Tribunal, não impugnadas pela recorrente, que estas novas empresas que entraram no mercado, com actividade no segmento da produção do betão vazado *in situ*, só puderam adquirir, no máximo [0 a 2] % de quota de mercado, quando, no momento da adopção da decisão recorrida, a operação de concentração já tinha sido realizada há mais de dois anos. Por outro, mesmo apesar de resultar dos autos que a recorrente defendeu efectivamente a posição segundo a qual os custos de investimento para a construção de uma nova fábrica de betão vazado *in situ*, na ordem de [confidencial] milhões de EUR, eram sensivelmente superiores ao valor apresentado pela Haniel ([confidencial] milhões de EUR) e retomado na decisão recorrida, a recorrente não contestou que mesmo os concorrentes actuais da CVK se deparavam com grandes dificuldades para aumentarem as suas capacidades de produção, designadamente devido aos excessos de capacidades existentes, ou de se lançarem na produção de outro material de construção de paredes, circunstâncias que vieram a ser especificadas pela Comissão nas respostas às questões escritas do Tribunal. Todos estes elementos permitem que se conclua que a Comissão não cometeu nenhum erro manifesto de apreciação ao considerar que existiam também importantes barreiras à entrada nos outros segmentos do mercado em causa que impediam assim qualquer concorrência eficaz relativamente à CVK nesse mercado.

224 Quanto ao restante, há que referir que, de modo geral, embora a recorrente se tenha recusado a qualificar como obstáculos à entrada no mercado a existência de excessos de capacidades, admitiu na audiência, em resposta a uma questão do Tribunal, que essas capacidades excedentárias produziam «efeitos equivalentes a um obstáculo à entrada no mercado».

225 Em terceiro lugar, não procede a alegação da recorrente de que a Comissão não examinou a capacidade dos produtores de tijolos, gesso e madeira, utilizados para outras aplicações que não para a construção de paredes, de entrar no mercado da construção de paredes estruturais. Com efeito, atendendo à estrutura do mercado dos produtos, é facto assente que o tijolo só é utilizado de forma absolutamente secundária na construção de paredes estruturais (v. considerando 61 e 66 da decisão recorrida), ao passo que nem o gesso nem a madeira são materiais utilizados para a construção de paredes estruturais (v. considerando 53 e 60 da decisão

recorrida). Daqui resulta que o exame da capacidade dos produtores de tijolos, de gesso e de madeira de utilizarem esses materiais para a construção de paredes estruturais não podia ter alterado manifestamente a apreciação, constante da decisão recorrida, que concluiu pela existência de importantes obstáculos à entrada no mercado em causa.

226 Por todas estas razões, há que julgar improcedentes as críticas formuladas pela recorrente contra a apreciação da Comissão relativa ao terceiro factor relativo à existência de importantes obstáculos à entrada no mercado.

— Quanto ao factor relativo à falta de poder de compra dos clientes da CVK

227 Nos termos dos considerandos 102 e 103 da decisão recorrida:

«(102) Apesar das observações apresentadas pelas partes e pela CVK sobre a comunicação de objecções e das explicações dadas na audição, a Comissão considera que os clientes da CVK não têm poder. Nenhum cliente procura uma parte substancial do volume de negócios da CVK. Os cinco principais distribuidores de materiais de construção representam cerca de [60 a 80] % das vendas da CVK e o comprador mais importante [20 a 30] %. Todavia, nem mesmo uma tal percentagem das vendas totais confere poder aos compradores mais importantes, dado que existem muitos outros distribuidores de materiais de construção. Alguns desses distribuidores, além disso, pertencem também a grupos de compra (em neerlandês: 'inkoopcombinaties'). Por outro lado, e esse é o factor decisivo, os distribuidores de materiais de construção dependem dos produtos da CVK. Os produtos sílico-calcários são o material de construção de paredes mais importante nos Países Baixos. O betão, o segundo material de construção de paredes mais importante não constitui alternativa para os distribuidores de materiais de construção, dado que nem o betão vazado *in situ* nem parte significativa dos elementos de betão prefabricados são escoados por seu intermédio. Por conseguinte, os distribuidores

de materiais de construção não dispõem de materiais para venda que possam substituir os produtos sílico-calcários. Foi o que confirmou igualmente a Raab Karcher na audição. Tal como a Haniel explicou, pode acontecer que os distribuidores de materiais de construção percam projectos em benefício do betão se os preços que oferecerem para os blocos sílico-calcários não forem interessantes. Todavia, tal significa simplesmente que o distribuidor, com a sua oferta de blocos sílico-calcários, e portanto a CVK, indirectamente, está em concorrência com os fornecedores de betão e não que o distribuidor esteja em condições, pelo seu lado, de exercer um poder de comprador sobre a CVK.

(103) De resto, a CVK exerce uma influência importante na fixação dos preços face aos empreiteiros. É certo que os distribuidores de materiais de construção suportam os riscos financeiros da distribuição. Contudo, quem decide sobre a escolha dos materiais de construção são os empreiteiros e não os distribuidores. Conforme já foi explicado em pormenor, a CVK está geralmente bem informada sobre a identidade dos utilizadores e o destino dos seus produtos. Assim, os fornecimentos são efectuados directamente pela fábrica de produtos sílico-calcários mais próxima dos respectivos projectos de construção. Segundo informações apresentadas pela CVK, são concedidos descontos aos distribuidores de materiais de construção eventualmente ligados ao fornecimento a determinados empreiteiros ou a determinados projectos de construção. Contudo, os empreiteiros estão muito dispersos, não estando em condições, eles próprios, de exercer um poder de comprador. Mesmo a percentagem na procura dos grandes grupos de empresas neerlandesas do sector da construção, nomeadamente, Bam Groep, Koninklijke Volker Wessels Stevin, Heijmans, Ballast Nedam e HBG, é em si demasiado pequena para que estes grupos possam exercer um poder de comprador susceptível de compensar a posição dominante da CVK do lado da oferta.»

228 A recorrente sustenta que os números apresentados pela Comissão demonstram que os distribuidores exercem um poder de compra sobre a CVK, tanto mais que pertencem a grupos internacionais ou que estão constituídos em cooperativas de compras. Segundo a recorrente, os distribuidores podem portanto virar-se para produtos concorrentes do bloco sílico-calcário, com excepção do betão vazado *in situ*. O facto de os distribuidores não distribuírem betão vazado *in situ* incentiva-os ainda mais a obterem preços e condições vantajosas por parte da CVK para fazerem concorrência aos fabricantes de betão. A recorrente reitera as suas alegações

segundo as quais os distribuidores também se abastecem em materiais sílico-calcários na Alemanha. Em último lugar, contesta as apreciações da Comissão segundo as quais a CVK estava bem informada sobre os utilizadores e o destino dos seus produtos e nega igualmente a importância e a frequência dos descontos concedidos aos distribuidores, circunstância que, seja como for, não altera a existência de um poder de compra destes últimos relativamente à CVK.

229 Estas pretensões não procedem.

230 Há em primeiro lugar que observar que, como referiu a Comissão nos seus articulados sem impugnação da recorrente, o poder de compra dos clientes de um fornecedor é susceptível de compensar o seu poder de mercado se esses clientes tiverem capacidade para recorrer, num prazo razoável, a fontes alternativas credíveis de abastecimento no caso de o fornecedor decidir aumentar os seus preços ou deteriorar as condições de fornecimento.

231 No presente caso, para afastar o poder de compra dos distribuidores de materiais de construção compensando o poder da CVK tal como resulta designadamente das suas quotas de mercado e da estrutura da oferta acima examinadas, a Comissão baseou-se, por um lado, na dispersão desses operadores no mercado, ou seja na estrutura pouco concentrada do mercado da distribuição dos materiais de construção de paredes estruturais nos Países Baixos e, por outro, na falta de alternativa credível de abastecimento desses operadores no mercado, ou seja, em definitivo, na dependência desses operadores relativamente à CVK.

232 Há que referir que estas duas condições, sem serem necessariamente exaustivas para reforçar ou desmentir a existência de um poder de compra dos clientes capaz de contrariar o poder económico de um fornecedor, são muito relevantes. Com efeito, por um lado, o critério do grau de concentração do mercado dos compradores

significa que o seu número limitado lhes pode permitir reforçar o seu poder negocial relativamente ao fornecedor. Por outro, o critério da presença de alternativas credíveis de fornecimento permite determinar se existe uma forte probabilidade de o fornecedor ser obrigado a limitar qualquer aumento dos preços ou mesmo a não os aumentar.

233 No presente caso, relativamente à dispersão dos distribuidores, e embora seja facto assente que os cinco principais distribuidores de materiais de construção dos Países Baixos representam perto de [60 a 80] % das vendas da CVK, dos quais [20 a 30] % para o mais importante destes, o Tribunal considera que, contrariamente ao que sustenta a recorrente, estes dados não podem, em si mesmos, demonstrar a existência de um poder de compra dos distribuidores sobre a CVK. Com efeito, por um lado, também é facto assente que nenhum cliente representa uma parte substancial do volume de negócios da CVK. Por outro, a recorrente não contesta que há outros distribuidores, organizados em grupos de compras que, consequentemente, são capazes de se abastecer em grandes quantidades, para os quais a CVK podia, se fosse caso disso, reorientar a sua produção, do mesmo modo que não pôs em causa o facto de a CVK abastecer directamente determinadas empresas de construção (os clientes finais), o que aumenta naturalmente o número das empresas para as quais a sua oferta de blocos sílico-calcários pode ser dirigida.

234 Além disso, há que observar que, segundo as indicações da CVK que foram anexadas à réplica, a própria recorrente faz parte dos cinco principais distribuidores referidos na decisão recorrida. Ora, devido ao controlo que a recorrente exerce sobre a CVK, é, pelo menos, muito pouco provável que a recorrente participe na eventual implementação de um poder de compra dos clientes da CVK susceptível de contrabalançar o seu poder económico.

235 Relativamente à inexistência de uma fonte de alternativa credível de abastecimento, a recorrente admite que os distribuidores de materiais de construção não distribuem, numa medida relevante, o betão vazado *in situ* e não tomou posição sobre a indicação de que não distribuía elementos pré-fabricados em betão. Nestas

circunstâncias, relativamente ao betão vazado *in situ*, ainda que os fornecedores deste material sejam os principais concorrentes da CVK no mercado em causa, não podem constituir uma alternativa credível aos distribuidores. Aplica-se o mesmo raciocínio para o abastecimento junto de fabricantes de elementos pré-fabricados em betão, material que é utilizado num montante de [5 a 10] % da totalidade das paredes estruturais nos Países Baixos.

236 Esta apreciação não é posta em causa pelo argumento da recorrente segundo o qual os distribuidores têm possibilidade de se abastecerem em produtos sílico-calcários na Alemanha. Com efeito, basta referir que as importações de materiais sílico-calcários provenientes deste Estado são marginais e que a recorrente não apresenta qualquer dado concreto que permita sustentar a sua alegação.

237 Além disso, há que referir que um dos principais distribuidores de materiais de construção de paredes estruturais nos Países Baixos, a Raab Karcher, confirmou, por ocasião da audição na Comissão em 16 de Maio de 2002, que a CVK não estava submetida a qualquer poder de compra, sem que esta afirmação tenha sido desmentida pela recorrente, tendo a Raab Karcher precisado que a procura de alternativas, ainda que mínimas, que tinha efectuado tinha falhado, devido à importância que os blocos sílico-calcários representavam no mercado em causa.

238 Em seguida, no que se refere à apreciação da Comissão segundo a qual a CVK estava geralmente bem informada sobre a identidade dos utilizadores e o destino dos seus produtos, o que lhe permitia exercer uma influência importante em matéria de fixação de preços relativamente aos empreiteiros (clientes finais), esta possibilidade não teve qualquer influência no eventual poder de compra que os distribuidores detinham sobre a CVK. Ora, na medida em que sem cometer erros manifestos de apreciação a Comissão podia concluir que esse poder de compra não existia por parte dos distribuidores, basta observar que o argumento da recorrente é inoperante, sem aliás ter sido invocado um eventual poder de compra sobre a CVK por parte dos próprios empreiteiros.

239 Daqui resulta que há que julgar improcedentes as alegações da recorrente dirigidas contra o quarto factor tomado em consideração na decisão recorrida, relativo à falta de poder de compra dos clientes da CVK.

— Quanto ao factor relativo à falta de limitação da margem de manobra da CVK no mercado dos materiais de construção de partes estruturais devido às condições de concorrência no mercado adjacente dos materiais de construção de paredes não estruturais

240 No considerando 104 da decisão recorrida, a Comissão expôs:

«(104) A margem de manobra da CVK no mercado [em causa] também não é limitada pelas condições de concorrência no mercado adjacente dos materiais de construção para paredes não estruturais, no qual a posição da CVK é mais fraca. A constatação da Comissão, na comunicação de objecções, segundo a qual a CVK está em condições de ter em conta, para fins de fixação dos preços, o facto de os seus produtos serem utilizados na construção de paredes estruturais ou de paredes não estruturais e de fixar os seus preços prioritariamente em função das condições de concorrência no mercado de paredes estruturais mais importante para a CVK, não foi contestada pelas partes nem pela CVK. A este respeito, a Comissão remete para as explicações dadas nos considerandos 75 e 76.»

241 Nos termos dos referidos considerandos:

«(75) Quando fixa os preços dos seus produtos destinados a paredes estruturais, a CVK, sendo o único fabricante de produtos sílico-calcários nos Países Baixos, não está condicionada pelos preços exigidos no mercado para os produtos destinados a

paredes não estruturais. O estudo de mercado da Comissão revela que a CVK conhece, muitas vezes, de antemão, a utilização específica dos seus produtos. Por um lado, a CVK conhece, em inúmeros casos, o destino dos seus produtos, pois ela própria é muitas vezes responsável pela entrega dos seus produtos num determinado estaleiro. Além disso, no caso da entrega de elementos que representam a metade do seu volume de negócios, a CVK tem acesso aos planos dos arquitectos. A Haniel referiu ainda que a espessura de grande parte dos produtos sílico-calcários permite deduzir se estes serão utilizados em paredes estruturais ou não estruturais. Foi o que confirmou igualmente a empresa Raab Karcher durante a audição. A Comissão entende por conseguinte, apesar das observações apresentadas pelas partes e pela CVK sobre a comunicação de objecções e das explicações dadas nesta matéria durante a audição, que a CVK está em condições de diferenciar os seus preços em função da situação concorrencial considerada. Neste contexto, pode estabelecer uma distinção implícita entre os grandes e os pequenos projectos, concedendo descontos de quantidade e aplicando preços de transporte uniformes. A CVK alegou ainda que concedia aos distribuidores de materiais de construção descontos específicos, ligados ao projecto e ao empreiteiro.

(76) Mesmo que a CVK não esteja em condições de praticar preços diferentes para os produtos sílico-calcários destinados a paredes estruturais e para os produtos destinados a paredes não estruturais, a CVK deve orientar a sua estratégia de preços, em primeiro lugar, pelas exigências do segmento de mercado dos materiais para paredes estruturais, uma vez que vende no mercado [em causa] [60 a 80] % dos seus produtos.»

242 A recorrente alega, por um lado, que a CVK tinha a obrigação de tomar em consideração a situação concorrencial no mercado dos materiais de construção das paredes não estruturais, independentemente do facto de a CVK escoar [60 a 80] % dos seus blocos sílico-calcários neste último mercado. Por outro, sustenta que existe um «efeito inibidor» exercido pelo mercado adjacente dos materiais de construção de paredes não estruturais no mercado em causa, que resulta do relatório dos professores von Wieszäcker e Elberfeld, que foi comunicado à Comissão, mas ao qual a decisão recorrida não se refere

243 Quanto ao primeiro argumento, há que referir que, independentemente da questão de saber se a CVK conhece ou não o destino dos seus produtos, e ainda que se admita, como sustenta a recorrente, que a CVK ignora o destino dos seus produtos, isso não significa que, na fixação dos seus preços no mercado em causa, a CVK estivesse limitada pela sua situação concorrencial no mercado adjacente dos materiais de construção de paredes não estruturais, uma vez que é facto assente que a CVK escoia [60 a 80] % da sua produção de blocos sílico-calcários no primeiro mercado. Consequentemente, não é manifestamente errado constatar, como fez a Comissão no considerando 104 da decisão recorrida, referindo-se ao considerando 76 da referida decisão, que a CVK «[fixa] os seus preços prioritariamente em função das condições de concorrência no mercado de paredes estruturais».

244 Quanto à alegação da recorrente relativa à existência de um «efeito inibidor» exercido pelo mercado dos materiais de construção de paredes não estruturais nos Países Baixos no mercado em causa, tal como constatado pelo estudo dos professores von Wieszäcker e Elberfeld, há que referir que esse estudo não foi efectivamente citado na decisão recorrida. No entanto, esta circunstância não é susceptível de alterar a apreciação acima referida, constante dos considerandos 76 e 104 da decisão recorrida. Com efeito, há que observar que as análises desse estudo correspondem à apreciação exposta na decisão recorrida segundo a qual a CVK fixa principalmente os seus preços em função do mercado em causa. Em especial, resulta desse estudo que, embora a tomada em consideração das condições do pedido no «segmento marginal», isto é, o mercado dos materiais de construção de paredes não estruturais, conduza a um nível de preços no «segmento principal», a saber o mercado em causa, inferior ao preço que resultaria da tomada em consideração exclusiva deste último segmento, não deixa de ser verdade que a CVK, mesmo nessas circunstâncias, fixa principalmente os seus preços em função da sua posição no segmento principal, isto é, sobre o mercado em causa.

245 Há que acrescentar que, na réplica, a recorrente, limitando-se a considerações gerais já apresentadas na petição, não contestou seriamente as razões, expostas pela Comissão nos seus articulados e acima resumidas no n.º 189, pelas quais esta última tinha justificado a falta de referência ao estudo dos professores von Wieszäcker e Elberfeld nos fundamentos da decisão recorrida.

246 Daqui resulta que a recorrente não demonstrou que a análise do quinto factor, relativo à falta de limitação da margem de manobra da CVK no mercado em causa devido às condições de concorrência no mercado adjacente dos materiais de construção de paredes não estruturais, está ferida de erro manifesto de apreciação.

— Quanto ao factor relativo à existência de uma ligação estrutural entre a CVK e a recorrente que lhes permite, tanto ao nível da oferta como da distribuição dos materiais de construção de paredes estruturais, beneficiar de uma margem de manobra sensivelmente mais ampla que a dos seus concorrentes

247 Há que recordar que, no considerando 105 da decisão recorrida, a Comissão considerou que a posição dominante da CVK se caracterizava pela ligação estrutural com a recorrente, empresa fundadora que a controla. Em primeiro lugar, no que se refere ao mercado em causa, a decisão recorrida refere, no considerando 106, que, tomando em consideração o facto de que a recorrente fornecia betão vazado *in situ* e os elementos pré-fabricados em betão, podia oferecer com a CVK, segundo a definição de mercado adoptada, dois ou três dos principais materiais de construção de paredes estruturais. A Comissão considerou que esta situação é susceptível de dar a essas empresas uma margem de manobra mais ampla do que a que é detida por qualquer dos seus concorrentes. Em segundo lugar, no que se refere ao mercado adjacente da distribuição de materiais de construção, a Comissão precisou, no considerando 107 da decisão recorrida, que a recorrente detinha um dos grandes comércios grossistas nos Países Baixos e que, segundo determinados distribuidores, a recorrente seria favorecida pela CVK em relação aos distribuidores independentes.

248 Há que recordar igualmente que a recorrente contesta deter o controlo da CVK e sustenta que não dispõe de uma posição forte no mercado em causa, uma vez que a sua quota de mercado é apenas de [2 a 5] %. Expõe também que, no que se refere às suas actividades de distribuição de materiais de construção, a sua quota de mercado é apenas de [0 a 2] %, que não beneficia de qualquer tratamento privilegiado por parte da CVK e que, ainda que tal sucedesse, as declarações de terceiros não

permitem que se presuma a existência de uma posição dominante na acepção do Regulamento n.º 4064/89.

249 Estas alegações improcedem.

250 Em primeiro lugar, há que afastar o argumento da recorrente de que não detém o controlo da CVK, pelas razões expostas no âmbito da apreciação da primeira parte do primeiro fundamento. Há que acrescentar que nada se opõe a que a Comissão tome em consideração a ligação estrutural existente entre a recorrente e a CVK um elemento que caracteriza o poder económico da CVK ou que pode, em determinada medida, reforçá-lo. Com efeito, na medida em que a recorrente está presente no mercado da empresa comum e no mercado, a jusante, da distribuição grossista, o facto de controlar a empresa comum pode permitir à CVK beneficiar de um poder económico suplementar que decorre necessariamente da coordenação que ocorrerá entre estas duas empresas no mercado. Ora, o Regulamento n.º 4064/89 não proíbe que se examine, à luz das suas próprias disposições, os eventuais aspectos de coordenação vertical entre a empresa comum e uma ou outra das suas empresas fundadoras que resultam de uma operação de concentração, sem aliás, por esse motivo, prejudicar a autonomia da empresa comum.

251 Em seguida, no que se refere à alegada posição forte da recorrente no mercado em causa dada por provada na decisão recorrida, a recorrente procede a uma leitura errada do considerando 106 da decisão recorrida. Com efeito, essa decisão limita-se a constatar uma posição forte da recorrente no segmento dos pequenos elementos utilizados principalmente no sector da construção de habitações e não no mercado em causa em geral. Seja como for, o facto de a recorrente deter uma quota de mercado de [2 a 5] % no mercado em causa, devido à sua oferta de elementos pré-fabricados em betão e de betão vazado *in situ*, quando o concorrente imediato da CVK só detém cerca de [2 a 5] % de quota de mercado, autoriza a Comissão a

concluir, sem cometer um erro manifesto de apreciação, que a CVK e a recorrente podiam oferecer uma gama de produtos – segundo a definição de mercado em causa adoptada – que nenhum dos seus concorrentes podia oferecer.

252 Em último lugar, relativamente à presença da recorrente no mercado da distribuição grossista de materiais de construção, que esta não contesta, pode deduzir-se, salvo prova em contrário, que esta presença permite que a CVK beneficie da rede de distribuição da sua empresa fundadora, independentemente, aliás, da dimensão e da posição dessa rede no mercado, em especial se os próprios concorrentes das partes não beneficiam de uma integração vertical. Questionada sobre este último ponto pelo Tribunal, a Comissão, sem impugnação da recorrente, indicou, na audiência, que, de acordo com os elementos dos autos, um único produtor de tijolos podia beneficiar dessa vantagem. Há contudo que precisar que esta circunstância não tem significado real do ponto de vista concorrencial, porque, designadamente, tomada em consideração a estrutura do mercado, os tijolos, que representam apenas cerca de [2 a 5] % da totalidade dos materiais utilizados para a construção de paredes estruturais nos Países Baixos, constituem um material absolutamente secundário no mercado em causa. Consequentemente, a apreciação da Comissão relativa ao poder da rede de distribuição da recorrente e ao carácter do tratamento de que beneficiava por parte da CVK não pode ser posta em causa. Seja como for, ainda que se admita que esta apreciação está ferida de erro, esta última não pode conduzir à anulação da decisão recorrida, uma vez que esta apreciação foi feita por acréscimo.

253 Acresce que, relativamente às críticas da recorrente relativas à insuficiência da fundamentação da decisão recorrida, uma vez que se afasta do entendimento da NMa (v. n.º 176, *supra*), basta recordar, por um lado, que resulta da resposta dada ao primeiro fundamento que as transacções celebradas em 9 de Agosto de 1999 constituíam uma única operação de concentração abrangida pela competência exclusiva da Comissão e, por outro, que o exame acima feito relativo aos factores tomados em consideração na decisão recorrida permitiu verificar que a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao declarar que a CVK detinha uma posição dominante no mercado em causa. Daqui resulta que, contrariamente ao que sustenta a recorrente, a Comissão não tinha de indicar concretamente as razões

pelas quais não concordava, se fosse caso disso, com a apreciação alegadamente diferente da NMa.

254 Atendendo a todas estas considerações, há que considerar que a Comissão considerou correctamente que a CVK detinha uma posição dominante no mercado em causa.

255 Consequentemente, a primeira vertente do segundo fundamento deve ser julgada improcedente.

*Quanto à segunda parte do segundo fundamento, relativa à falta de demonstração de um nexo de causalidade entre a operação de concentração e a criação da posição dominante*

#### Argumentos das partes

256 A recorrente sustenta, em primeiro lugar, que mesmo que se admita, como considera a Comissão, que a transacção RAG constitui uma operação de concentração, esta operação é distinta do acordo de *pooling*, notificado à NMa, por meio do qual a CVK assumiu o controlo das suas empresas associadas é óbvio que não leva à criação de uma posição dominante. Com efeito, segundo a recorrente, a transacção RAG levou simplesmente a uma alteração da estrutura do controlo da CVK, sem exercer qualquer efeito sobre a sua situação no mercado.

257 Em segundo lugar, a recorrente alega que a Comissão não demonstrou, contrariamente ao que lhe impõe o artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, a existência de um nexo de causalidade entre a operação de concentração em causa e a

criação ou o reforço da posição dominante. Segundo a recorrente, mesmo antes da transacção RAG, a CVK, enquanto cooperativa de direito neerlandês, exercia as suas actividades como entidade económica única e adoptava as decisões estratégicas que afectavam as suas empresas associadas, nela agrupadas, que se referiam não apenas à comercialização dos produtos sílico-calcários, mas também à elaboração dos preços, das condições de venda, da produção e das compras.

258 Contrariamente ao exposto na decisão recorrida, a recorrente considera que o facto de ser mais simples deslindar as ligações económicas que existem na estrutura de distribuição comum do que as que existem numa empresa comum polivalente não é um elemento relevante quanto à questão de saber se a operação de concentração levou à criação de uma posição dominante. Pelo contrário, a Comissão deve, segundo a recorrente, demonstrar a existência de um nexo de causalidade entre a operação de concentração e a criação da posição dominante. No presente caso, a recorrente refere que a decisão recorrida não procedeu a qualquer análise das quotas de mercado da CVK nem antes nem depois da transacção RAG. Segundo a recorrente, se a Comissão tivesse procedido a essa análise, esta teria demonstrado que essa operação não teria tido qualquer efeito na quota de mercado da CVK, como ilustra a comparação feita entre a decisão da NMa de 20 de Outubro de 1998 e a decisão recorrida.

259 Em último lugar, a recorrente refere que não são claras as razões pelas quais, segundo a decisão recorrida, resulta da transacção RAG que a quota de mercado detida pela recorrente no mercado da distribuição grossista deve ser atribuída à CVK. A recorrente é da opinião de que uma apreciação semelhante podia igualmente ter sido feita antes da cessão das participações sociais. Seja como for, a recorrente considera que a atribuição à CVK de quotas de mercado da recorrente no mercado da distribuição grossista dos materiais de construção de paredes não pode levar à criação de uma posição dominante.

260 Em terceiro lugar, a recorrente sustenta que a Comissão não apresentou elementos de prova suplementares que indiquem que a transacção RAG levou à criação de uma posição dominante.

261 Em primeiro lugar, a recorrente contesta que os aumentos dos preços de blocos sílico-calcários, descritos no considerando 117 da decisão recorrida, possam revelar a criação de uma posição dominante. À semelhança da posição defendida pela CVK na audiência de 16 de Maio de 2002, a recorrente sustenta que esses aumentos de preços são imputáveis ao aumento dos custos e resultam das flutuações gerais dos preços e não da alteração da estrutura de mercado que ocorreu no seguimento da transacção RAG. Além disso, a recorrente refere que os períodos tomados em consideração na decisão recorrida são todos posteriores à transacção RAG, sem que a Comissão tenha tentado comparar os preços anteriores e posteriores a essa operação, a fim de identificar o verdadeiro efeito que esta operação podia ter causado nos preços praticados pela CVK. Na réplica, a recorrente acrescenta que as declarações dos concorrentes e dos compradores, retomadas na decisão recorrida, segundo as quais os preços dos produtos da CVK aumentaram de forma anormal desde 1999, também não são decisivas, na medida em que do processo da Comissão a que a recorrente teve acesso constam numerosas declarações de operadores que vão em sentido contrário.

262 A recorrente afirma em seguida que as declarações de operadores e de clientes, referidas nos considerandos 119 a 121 da decisão recorrida, relativas ao comportamento da CVK, também não indicam que a transacção RAG levou à criação de uma posição dominante. De igual modo, segundo a recorrente, as declarações de operadores relativas ao comportamento da Haniel, mencionadas no considerando 120 da decisão recorrida, não são relevantes porque, ainda que se refiram a um accionista de determinadas sociedades associadas da CVK, referem-se a alguém que é terceiro relativamente à posição dominante. Para mais, na medida em que a transacção RAG não levou a um aumento da quota de mercado da CVK, a recorrente opõe-se à conclusão da Comissão segundo a qual a CVK passou a ter uma maior liberdade de actuação, independentemente dos seus concorrentes e dos seus clientes, depois desta operação.

263 Em último lugar, a recorrente considera que a referência ao processo em matéria de acordos que correu na NMa, exposta no considerando 125 da decisão recorrida, é um elemento que também não é relevante para determinar se a transacção RAG levou à criação de uma posição dominante. A recorrente refere que esta referência é, aliás, dificilmente conciliável com a posição geral defendida pela Comissão segundo a qual não está vinculada pelas decisões de outras autoridades adoptadas em aplicação de outras legislações.

264 Após ter recordado o conteúdo dos fundamentos relevantes da decisão recorrida, a Comissão contesta a totalidade dos argumentos da recorrente.

265 Em primeiro lugar, a Comissão considera que, a ser verdadeira a afirmação da recorrente de que a CVK já exercia outras actividades no mercado em causa como uma entidade económica única antes da operação de concentração, deixaria sem efeito útil o controlo posterior da operação de concentração. Com efeito, segundo a Comissão, isso significaria que, quando empresas independentes, que fazem parte de uma estrutura de distribuição comum, juntam as suas actividades numa empresa comum de pleno exercício, esta não leva à criação de uma posição dominante. A Comissão sustenta que a transformação de uma estrutura de distribuição comum de pleno exercício constitui uma alteração estrutural no mercado que pode levar à criação de uma posição dominante e deve, por conseguinte, em princípio, ser sujeita ao controlo das operações de concentração.

266 No presente caso, a Comissão lembra que, no seguimento da operação de concentração, a CVK exerce a direcção única das onze empresas associadas para todo o sector dos produtos sílico-calcários neerlandês, o que lhe permite orientar de forma centralizada todos os parâmetros da concorrência para maximizar as receitas da empresa comum, integrando manifestamente mais funções do que aquelas que se referem à actividade de comercialização dos produtos que a CVK exercia antes da operação de concentração. A Comissão refere também que as alegações da recorrente segundo as quais, antes da operação de concentração, a CVK assumia, em especial, as funções de produção e de compra são imprecisas e nunca foram sustentadas durante a fase administrativa. Além disso, a Comissão nota que a recorrente não explica o motivo pelo qual se, como sustenta, a CVK já constituía uma «entidade económica única» antes da operação de concentração, era então necessário que a recorrente concluísse um acordo de cooperação com a Haniel e que as partes iniciassem um processo de notificação na NMa. A Comissão refere que a diferença em termos de estabilidade entre a empresa comum e uma estrutura de distribuição é um factor relevante que mostra que o mercado conhece uma alteração estrutural durável.

267 Em segundo lugar, relativamente ao nexo de causalidade, a Comissão rejeita o argumento segundo o qual não analisou as quotas de mercado antes e depois da transacção RAG. A Comissão relembra que esta transacção não é diferente da operação de concentração e que a CVK não detinha uma quota de mercado antes da operação de concentração. A este propósito, a Comissão sublinha que a quota de mercado calculada pela NMa na decisão de 20 de Outubro de 1998, a que a recorrente se refere, corresponde à totalidade das quotas das empresas independentes antes das concentrações. Além disso, segundo a Comissão, a atribuição à CVK das quotas de mercado da recorrente no mercado da distribuição grossista de materiais de construção explica-se pelo facto de a recorrente, devido ao controlo conjunto que exerce sobre a CVK com a Haniel, não poder ser considerada um operador em concorrência com a CVK.

268 Em terceiro lugar, relativamente aos elementos de «prova suplementar» para determinar a existência de um nexo de causalidade entre a operação de concentração e a criação de uma posição dominante, a Comissão recorda, de maneira geral, que a operação de concentração já tinha sido executada no momento da adopção da decisão recorrida, o que explica que pôde efectuar, nos considerandos 117 a 121 da decisão recorrida, uma análise *ex post* que confirmou que a operação de concentração tinha levado à criação de uma posição dominante. Quanto ao demais, a Comissão contesta os outros argumentos apresentados pela recorrente.

### Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

269 Há que referir em primeiro lugar que decorre do artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, que quando uma operação de concentração não seja a causa da criação ou do reforço de uma posição dominante que afecte significativamente a situação da concorrência no mercado em causa, deve ser declarada compatível com o mercado comum (acórdão Kali e Salz, n.º 196 *supra*, n.ºs 109 e 110).

270 No presente caso, há portanto que verificar se a operação de concentração celebrada em 9 de Agosto de 1999 é a causa da posição dominante examinada na primeira parte do presente fundamento. Com efeito, contrariamente ao que sustenta a recorrente, a fiscalização do Tribunal não pode ter apenas por objecto a ligação entre a posição dominante da CVK e a transacção RAG, porque, como foi acima considerado no âmbito da análise da segunda parte do primeiro fundamento, o primeiro e o segundo grupos de transacções, acima referidos no n.º 8, possuem um carácter unitário devido à sua interdependência, pelo que formam uma única operação de concentração. Além disso, há que referir que, na medida em que o exame da primeira parte do presente fundamento levou o Tribunal a considerar provada a existência de uma posição dominante da CVK no mercado em causa, afastar o nexo de causalidade entre a criação dessa posição dominante e a operação de concentração, como pretende a recorrente, só poderia aceitar-se como possível se existisse uma eventual posição dominante anterior à realização da operação de 9 de Agosto de 1999.

271 Em seguida, há que recordar que, nos considerandos 110 a 115 da decisão recorrida, a Comissão afastou tanto a existência de uma posição dominante individual da CVK como a de uma posição dominante colectiva dos três grupos de produtores de blocos sílico-calcários —, a saber, os produtores sobre os quais a recorrente detinha controlo, os que eram integralmente controlados pela Haniel e aqueles em que a RAG possuía participações sociais —, antes da operação de concentração de 9 de Agosto de 1999, precisando as quotas de mercado destes três grupos no mercado em causa. Além disso, há também que referir que, nos considerandos 116 a 125 da decisão recorrida, a Comissão identificou determinados elementos que confirmam o nexo de causalidade entre a operação de concentração e a posição dominante da CVK.

272 Em primeiro lugar, no que se refere às alegações da recorrente relativas à alegada posição dominante individual da CVK antes da operação de concentração, há que julgar improcedentes as suas pretensões baseadas, por um lado, na falta de análise na decisão recorrida das quotas de mercado da CVK antes da operação de concentração e, por outro, na recusa da Comissão, constante designadamente dos considerandos 113 e 114 da decisão recorrida, de considerar a CVK uma entidade económica independente antes da operação de concentração.

273 Quanto ao primeiro ponto, basta observar que a falta de análise acima referida se explica pela circunstância de a questão da imputação das quotas de mercado à CVK ser condicionada pela que é suscitada no segundo ponto, a saber, se antes da operação de concentração, esta entidade se devia considerar uma empresa de comum de pleno exercício na acepção do Regulamento n.º 4064/89, e não apenas um instrumento de cooperação entre as suas associadas relativo à comercialização de blocos sílico-calcários nos Países Baixos, situação na qual as quotas de mercado devem ser imputadas aos grupos a que as associadas da CVK pertenciam.

274 Quanto ao segundo ponto, há que recordar que, como especificado no acordo de *pooling* celebrado em 9 de Agosto de 1999, as «partes formam uma entidade económica, sob a direcção da CVK, que tem por objecto a produção e a comercialização dos produtos de blocos sílico-calcários e de tudo o que possa auxiliar essas tarefas entendidas em *lato sensu*» (considerando B do acordo de *pooling*). Resulta do artigo 1.º deste acordo que a gestão é centralizada ao nível da CVK sob a direcção do conselho de administração, que se encarrega «da administração da CVK e das fábricas, no sentido em que, no que se refere a toda a produção e comercialização dos [...] blocos sílico-calcários e de tudo o que possa auxiliar essas tarefas entendidas em *lato sensu*, o conselho de administração está encarregue da direcção central da CVK e das fábricas, segundo a sua própria apreciação, tomando em consideração os interesses da CVK e das suas associadas». Segundo a mesma disposição, as funções do conselho de administração incluem eventuais instruções às empresas associadas da CVK que se refiram, em especial, ao desenvolvimento dos produtos, à comercialização e à venda, às compras, aos investimentos e aos desinvestimentos, às encomendas, à valorização da areia e ao pessoal. Além disso, segundo os seus artigos 5.º e 6.º, os lucros e as perdas das empresas associadas são postos em comum.

275 Em contrapartida, não resulta do processo que essa unidade económica fosse anterior à operação de 9 de Agosto de 1999. Com efeito, antes da operação de concentração, a CVK existia como estrutura de distribuição comum da produção de blocos sílico-calcários das empresas associadas da CVK nos Países Baixos que não exercia, além disso, qualquer outra função económica. Antes da operação de concentração, a CVK podia portanto ser equiparada pela Comissão a um agente de vendas a favor das suas associadas. Não obstante a recorrente alegar, na réplica, que

a CVK exercia igualmente, nessa época, funções relativas à produção de blocos sílico-calcários, não conseguiu no entanto demonstrar que era isso o que acontecia na realidade.

276 É certo que, de modo geral, é possível que uma estrutura de distribuição comum possa eventualmente revestir uma natureza de empresa de pleno exercício se, ao seu nível, os produtos ou serviços que distribuí adquirirem um grande valor acrescentado ou se operar como um verdadeiro agente do mercado abastecendo-se, em proporção considerável, junto de outros fornecedores que concorram com as suas próprias empresas associadas.

277 Contudo, isso não foi sustentado no presente caso pela recorrente.

278 Com efeito, a recorrente só contesta o carácter menos durável da estrutura de distribuição comum, constante do considerando 114 da decisão recorrida, relativamente a uma empresa comum dita de «pleno exercício». A este propósito, basta referir que a apreciação acima referida no considerando 114, introduzida pela locução adverbial «além disso», só foi formulada por acréscimo. Quanto ao restante, a recorrente não pôs em causa a apreciação da Comissão segundo a qual decorre da operação de concentração que a CVK se transformou numa empresa de pleno exercício encarregue das diferentes funções de empresas anteriormente distintas, circunstância que condicionava a imputação de quotas de mercado a esta nova entidade e, conseqüentemente a sua eventual posição dominante no mercado em causa.

279 Em segundo lugar, no que se refere à questão da inexistência de uma posição dominante colectiva dos três grupos de fabricantes de blocos sílico-calcários, basta referir que a recorrente não alegou que os três grupos detinham essa posição. Há

que acrescentar que os próprios elementos do processo, designadamente as quotas de mercado atribuídas aos três grupos antes da operação de concentração, a saber, respectivamente [20 a 30] % para a Haniel e a recorrente e [5 a 10] % para a RAG, não permitem que se conclua que existia uma posição dominante colectiva antes da operação de concentração de 9 de Agosto de 1999.

280 Em terceiro lugar, quanto aos elementos que confirmam a existência de um nexo de causalidade entre a operação de concentração de 9 de Agosto de 1999 e a posição dominante da CVK, o Tribunal considera que, embora a Comissão possa tomar em consideração esses elementos numa situação, como no presente caso, na qual a operação de concentração já foi realizada no momento da adopção da decisão recorrida, esses elementos não são, por definição, estritamente necessários para a constatação criticada pela recorrente segundo a qual a posição dominante da CVK resulta da operação de concentração de 9 de Agosto de 1999. Daqui resulta que, mesmo que se admita que procedem os argumentos da recorrente, estes não são suficientes para questionar a apreciação acima efectuada.

281 Seja como for, no que respeita, designadamente, à análise exposta no considerando 117 da decisão recorrida, relativa à atitude da CVK em matéria de preços depois da operação de concentração, há que observar que a recorrente não demonstrou através de indícios precisos e concordantes que era manifestamente errada.

282 Mais concretamente, a recorrente não contestou, em primeiro lugar, a materialidade dos aumentos dos preços praticados pela CVK desde a execução da operação de concentração ([5 a 10] % em 2001 e [5 a 10] % em 2002) nem as precisões da Comissão, formuladas nos seus articulados, segundo as quais as suas informações sobre a evolução dos preços desde 1997 se baseavam numa investigação metodológica efectuada junto de todos os fabricantes e de 18 distribuidores de materiais de construção de paredes, explicitando assim que o nível de aumento dos preços para os anos 1999 e 2000 (0 a 5 %) constituíam exemplos que reflectiam o período anterior à data em que os efeitos concretos da operação de concentração se fizeram sentir no mercado. A recorrente também não contestou que existem excessos de capacidade no segmento dos blocos sílico-calcários, nem ainda que o

pedido de materiais de construção de paredes diminuiu durante o período de referência considerado pela Comissão. Nestas circunstâncias, a alegação não fundamentada da recorrente segundo a qual o aumento dos preços se ficou a dever apenas ao aumento dos custos de produção e à evolução do nível geral dos preços parece pouco realista, uma vez que, depois da execução da operação de concentração, teria sido mais verosímil que uma diminuição da procura e a existência de excessos de capacidade tivessem levado à descida ou, pelo menos, à estabilidade dos preços dos blocos sílico-calcários.

283 A este propósito, as críticas da recorrente relativas à relevância das declarações recolhidas pela Comissão junto dos operadores do mercado sobre o nível — estável ou em queda — dos preços dos outros materiais de construção entre 1999 e 2002 não procedem. Com efeito, resulta designadamente da declaração feita em Fevereiro de 2002 pelo distribuidor Stenncentrum Utrecht, contida no processo da Comissão e invocada pela recorrente nos seus articulados para fundamentar a sua tese segundo a qual os preços dos blocos sílico-calcários praticados pela CVK não aumentaram ou que, pelo contrário, os preços dos outros materiais de construção aumentaram, que «os preços praticados por determinados fabricantes de tijolos diminuíram [20 a 30] % atendendo aos mecanismos do mercado», que «o mesmo se verificou no sector do betão pronto», ao passo que «para a CVK, única fornecedora de blocos sílico-calcários, esta empresa não conheceu esta desvantagem e aumentou os seus preços de forma significativa em 2001 e 2002». Esta declaração não dá o menor suporte às alegações da recorrente.

284 Além disso, a recorrente também não explicou as razões pelas quais estavam erradas as explicações da Raab Karcher — apresentadas na audição que teve lugar na Comissão em 16 de Maio de 2002 —, segundo as quais, antes da operação de concentração, ainda era possível efectuar negociações em determinadas situações com fabricantes de blocos sílico-calcários individuais, ao passo que, desde a operação, estas empresas recusavam qualquer diálogo individual com os seus clientes e os remetiam para a CVK.

285 Daqui resulta que a apreciação da Comissão relativa ao comportamento da CVK em matéria de preços depois da execução da operação de concentração confirma de forma suficiente a criação de uma posição dominante através da operação em causa, que lhe permitiu comportar-se, em grande medida, de forma independente das suas concorrentes e dos seus clientes. Não há assim que examinar as outras alegações da recorrente.

286 Nestas condições, foi sem violar o artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 que a Comissão concluiu, no considerando 126 da decisão recorrida, que a operação de concentração em causa levou à criação de uma posição dominante da CVK no mercado em causa que teve como consequência a criação de entraves significativos a uma concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste último.

287 Consequentemente, há que julgar improcedente a segunda parte do segundo fundamento e ao próprio fundamento na íntegra.

*3. Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do artigo 3.º e do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 e do princípio da proporcionalidade*

#### Argumentos das partes

288 A recorrente sustenta, em primeiro lugar, que a Comissão não tinha competência para exigir compromissos adicionais, nos termos do Regulamento n.º 4064/89, ao projecto de compromissos proposto pela Haniel e pela recorrente destinado a pôr fim ao controlo conjunto que estas empresas exerciam sobre a CVK, permitindo o regresso das alterações de coligação na CVK, dado que, através deste projecto, a concentração que devia ser notificada nos termos do Regulamento n.º 4064/89 deixava de existir. Segundo a recorrente, no seguimento do projecto de compromissos, a Comissão, uma vez que não estava já em presença de uma

concentração, na aceção do Regulamento n.º 4064/89, já não podia exigir, nos termos desse regulamento, compromissos adicionais que conduziram ao desmantelamento da CVK, como resulta da decisão recorrida. Na réplica, a recorrente precisa que esta regra também é válida nos casos de uma concentração que já tinha sido realizada, como no presente caso. A recorrente destaca também que, contrariamente ao que sustenta a Comissão, o facto de, em detrimento dos primeiros compromissos, a CVK deter ainda uma posição dominante no mercado em causa não é relevante. Com efeito, segundo a recorrente, o Regulamento n.º 4064/89 só obriga a adoptar decisões juridicamente vinculativas no que se refere a operações de concentração de dimensão comunitária e não autoriza a Comissão a adoptar medidas que visem o desmantelamento de qualquer empresa que se encontre alegadamente numa posição dominante. Consequentemente, segundo a recorrente, ao exigir compromissos adicionais ao projecto de compromissos inicial, a Comissão excedeu a sua competência, em violação do artigo 3.º e do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89.

289 Em segundo lugar, a recorrente considera que, ao exigir compromissos que conduzem à dissolução da CVK, que ultrapassam o restabelecimento da situação anterior à operação de concentração, a Comissão violou também o princípio da proporcionalidade. Segundo a recorrente, uma vez que os compromissos respeitam as condições previstas no Regulamento n.º 4064/89, a Comissão tem de aceitar o conjunto menos restritivo dos compromissos apresentados, situação que, no presente caso, não foi respeitada.

290 No que se refere à questão relativa à sua competência, a Comissão admite em primeiro lugar que, se as partes, que lhe notificaram uma operação de concentração, decidem não prosseguir com essa operação e retiram a notificação, a Comissão não poderá insistir para que assumam esses compromissos.

291 Contudo, na presente situação, a Comissão considera que a situação é diferente, uma vez que a operação em causa já foi realizada. Neste caso, a Comissão entende que deve actuar nos termos do artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 4064/89, a fim de

dissolver a concentração ou restabelecer uma concorrência efectiva através de outras actuações adequadas. A Comissão relembra também que, no presente caso, a operação de concentração é composta por duas transacções. A Comissão é da opinião que o abandono da tomada de controlo conjunto da CVK pela Haniel e pela recorrente não é suficiente para restabelecer as condições de concorrência efectiva, uma vez que a CVK continuaria a deter uma posição dominante no mercado em causa. Ora, se as partes se obrigassem a pôr fim ao controlo conjunto, a Comissão considera que ainda assim não perderia, por esse facto, a sua competência para examinar a operação nos termos do Regulamento n.º 4064/89. Com efeito, segundo a Comissão, a sua competência só é determinada à luz da operação que está na origem da obrigação de notificar, e não pela apresentação de uma proposta de compromissos. A Comissão retira daqui que, sem prejuízo do cumprimento dos compromissos indicados no Anexo da decisão recorrida, estava obrigada a declarar a operação de concentração compatível com o mercado comum à luz do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89.

292 Quanto à alegada violação do princípio da proporcionalidade, a Comissão considera que respeitou totalmente o referido princípio. Segundo a Comissão, o primeiro conjunto de compromissos não lhe permitia basicamente garantir uma concorrência efectiva no mercado comum, uma vez que a CVK teria continuado a deter uma posição dominante no mercado em causa. Só o segundo conjunto de compromissos veio remediar esta situação.

### Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

293 A título liminar, há que recordar em primeiro lugar que o artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 dispõe:

«Se a Comissão verificar que uma concentração notificada, eventualmente após as alterações introduzidas pelas empresas em causa, preenche o critério do n.º 2 do artigo 2.º [...] tomará a decisão de declarar a concentração compatível com o mercado comum.

A Comissão pode acompanhar a sua decisão de condições e obrigações destinadas a garantir que as empresas em causa respeitem os compromissos perante ela assumidos para tornar a concentração compatível com o mercado comum [...]»

294 Há também que sublinhar que, no âmbito do Regulamento n.º 4064/89, a Comissão só pode aceitar compromissos susceptíveis de tornar a operação de concentração compatível com o mercado comum. Por outras palavras, os compromissos propostos pelas empresas em causa devem permitir à Comissão concluir que a operação de concentração em causa não cria nem reforça uma posição dominante na acepção do artigo 2.º, n.º 2, deste regulamento (acórdão Gencor/Comissão, n.º 195 *supra*, n.º 318).

295 Em seguida, no presente caso, resulta do considerando 127 da decisão recorrida e do n.º 13 do seu Anexo que a Comissão recusou, num primeiro momento, um projecto de compromissos que previa que a Haniel e a recorrente revogassem o acordo de cooperação que tinham celebrado, que as suas participações nas empresas Anker, Vogelenzang e Van Herwaarden, adquiridas no seguimento da transacção RAG, fossem alienadas a um terceiro independente, ao passo que o acordo de *pooling* e os estatutos da CVK seriam mantidos.

296 No considerando 132 da decisão recorrida, a Comissão fundamentou esta recusa da seguinte forma:

«A Comissão considera que os compromissos apresentados numa primeira fase pelas partes a título de projecto não são suficientes para dissipar as suas dúvidas em matéria de concorrência relativas ao segmento [do] mercado [em causa]. Com efeito, o projecto de compromisso apenas põe termo ao controlo conjunto da CVK pela Haniel e pela Cementbouw sem pôr termo, simultaneamente, à posição dominante da CVK criada pela operação de concentração. O projecto de compromisso baseia-se na tese, refutada na secção II da presente decisão, segundo a qual a análise da

Comissão no presente processo incidia apenas sobre a aquisição do controlo conjunto da CVK pela Haniel e pela Cementbouw, ao passo que a aquisição do controlo simultâneo das suas associadas pela CVK já não seria da competência da Comissão em virtude da decisão da NMa de 20 de Outubro de 1998.»

297 A Comissão aceitou no entanto os compromissos definitivos descritos nos considerandos 129 a 131 da decisão recorrida, considerando-os que eram suficientes para poder declarar a concentração compatível com o mercado comum.

298 O conteúdo desses compromissos é o seguinte:

- num prazo de [*confidencial*] a contar da data de adopção da decisão da Comissão, revogar o acordo de *pooling*, anular a alteração dos estatutos da CVK e dissolver esta última;
  
- revogar com efeito imediato o acordo de cooperação;
  
- paralelamente à revogação do acordo de *pooling*, compromisso da recorrente e da Haniel de porem termo ao controlo conjunto das empresas Anker e Van Herwaarden, segundo as modalidades descritas no considerando 129 da decisão recorrida;
  
- compromisso da recorrente e da Haniel de porem termo ao controlo conjunto da Vogelenzang segundo modalidades idênticas às previstas para a Anker e a Van Herwaarden, no caso de a Vogelenzang retomar as suas actividades;

- compromisso da recorrente e da Haniel para [declaração relativa à organização interna da CVK] <sup>3</sup>;
  
- nomeação de um mandatário encarregado de controlar o cumprimento dos compromissos pelas partes.

299 Sem contestar que as partes que procederam à notificação tiveram a possibilidade de propor soluções adequadas a pôr termo aos «problemas de concorrência» identificados pela Comissão na comunicação de objecções, a recorrente sustenta, no essencial, que, uma vez que o segundo grupo de transacções devia ter sido notificado à Comissão nos termos do Regulamento n.º 4064/89, o primeiro projecto de compromissos, que consistia em revogar o segundo grupo de transacções restabelecendo a situação anterior à operação de concentração, nos termos em que é entendida pela recorrente, conduz à alteração da operação de tal modo que esta última deixa de existir. Nestas condições, a recorrente sustenta que a Comissão deixou de ter competência para solicitar às partes que propusessem outros compromissos, designadamente a dissolução da CVK, uma vez que o fundamento da sua competência ao abrigo do Regulamento n.º 4064/89 tinha desaparecido. Correlativamente, a recorrente sustenta que a Comissão tinha obrigação de aceitar o primeiro projecto de compromissos, porque este era suficiente e menos restritivo que os compromissos definitivos. A recorrente considera portanto que a Comissão violou o princípio da proporcionalidade.

300 Esta argumentação não pode no entanto ser acolhida.

301 Em primeiro lugar, há que referir que os pedidos da recorrente se baseiam uma vez mais numa premissa errada, que o Tribunal considerou improcedente no âmbito da análise da segunda parte do primeiro fundamento. Com efeito, existe uma única

3 — Dados confidenciais não divulgados.

operação de concentração, celebrada em 9 de Agosto de 1999, constituída pelos primeiro e segundo grupos de transacções, que é abrangida pela competência da Comissão ao abrigo do Regulamento n.º 4064/89. Assim, contrariamente ao que sustenta a recorrente, o primeiro projecto de compromissos não altera a operação de concentração de forma a que esta deixe de existir.

302 Consequentemente, há que rejeitar o argumento relativo à incompetência da Comissão.

303 Em segundo lugar, impõe-se idêntica conclusão no que se refere à acusação relativa ao carácter alegadamente proporcionado do primeiro projecto de compromissos e ao carácter desproporcionado dos compromissos definitivos aceites pela Comissão, em especial no que se refere à dissolução da CVK num prazo de [*confidencial*] a contar desde a adopção da decisão recorrida, relativamente ao qual a declaração de compatibilidade está subordinada.

304 Por um lado, há que referir que a recorrente não explicou de que modo o primeiro projecto de compromissos, acima exposto no n.º 295, teria permitido à Comissão concluir pela compatibilidade da operação de concentração, quando é facto assente que, no âmbito desse projecto de compromissos, a posição dominante da CVK, como resulta da operação de concentração concluída em 9 de Agosto de 1999, permanecia inalterada. Com efeito, mais concretamente, não obstante o abandono do controlo conjunto da CVK, a empresa continuava, consoante a delimitação do mercado, a deter pelo menos [50 a 60] % do mercado em causa, sem que, por outro lado, as quotas de mercado dos seus principais concorrentes aumentassem.

305 Assim, contrariamente ao que sustenta a recorrente, a Comissão não tinha a obrigação de aceitar o primeiro projecto de compromissos, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, uma vez que este projecto não lhe permitia concluir que a operação de concentração de 9 de Agosto de 1999 não criaria uma posição dominante, na acepção do artigo 2.º, n.º 2, desse regulamento.

- 306 Este entendimento é aliás suportado pela redacção do considerando 8 do Regulamento (CE) n.º 1310/97, citado pela recorrente nos seus articulados, nos termos do qual «na segunda fase do processo, a Comissão pode declarar uma concentração compatível com o mercado comum na sequência de compromissos assumidos pelas partes que sejam proporcionais à restrição de concorrência e o eliminem completamente [...]»
- 307 Deste modo, para poderem ser aceites pela Comissão na óptica da adopção de uma decisão nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, os compromissos das partes devem não só ser proporcionais ao problema de concorrência identificado pela Comissão na sua decisão, como resolvê-lo integralmente, objectivo que, no presente caso, manifestamente não foi atingido através do primeiro projecto de compromissos proposto pelas partes que procederam à notificação.
- 308 Por outro lado, no que se refere ao compromisso definitivo por meio do qual as partes propuseram dissolver a CVK num prazo de [*confidencial*] a contar da adopção da decisão recorrida — o compromisso verdadeiramente discutido pelas partes no presente processo —, embora seja verdade que este compromisso ultrapassa o restabelecimento da situação anterior à operação de concentração, porque, no termo do referido prazo, a CVK terá deixado de existir mesmo sob a anterior forma de agentes de vendas, não é menos verdade que as partes que procederam a uma notificação não são obrigadas a limitar-se a propor compromissos que visem estritamente restabelecer a situação de concorrência anterior à operação de concentração, a fim de permitir à Comissão que declare esta operação compatível com o mercado comum. Com efeito, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, a Comissão pode aceitar todos os compromissos das partes que lhe permitam adoptar uma decisão que declare uma concentração compatível com o mercado comum.
- 309 Quanto ao restante, há que observar que, perante os compromissos definitivos das partes que procederam à notificação, tal como foram acima resumidos no n.º 298, a Comissão não tinha margem para os recusar e adoptar fosse uma decisão a declarar a concentração incompatível com o mercado comum, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, fosse uma decisão a declarar a concentração

compatível com o mercado comum, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, deste regulamento, mas dependente de condições destinadas ao restabelecimento da situação anterior à operação de concentração por ela impostas unilateralmente.

- 310 Com efeito, na primeira situação — a da adopção de uma decisão negativa —, a Comissão teria violado as disposições do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, que a obrigam a adoptar uma decisão de compatibilidade com o mercado comum se constatar que a operação, se for caso disso depois de alterada pelas empresas em causa, respeitar o critério definido no artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89.
- 311 Na segunda situação — a de uma decisão positiva dependente de condições destinadas ao restabelecimento estrito da situação anterior — a Comissão também não teria respeitado a redacção do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 que não prevê que a Comissão possa sujeitar a sua declaração de compatibilidade de uma operação de concentração a condições por ela impostas unilateralmente, independentemente dos compromissos assumidos pelas partes que procederam a uma notificação.
- 312 Nestas condições, a recorrente não pode invocar utilmente a violação do princípio da proporcionalidade. À luz das circunstâncias do presente caso, só os compromissos definitivos subscritos pelas partes que procederam à notificação podiam permitir à Comissão declarar a operação de concentração em causa compatível com o mercado comum, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89.
- 313 Esta conclusão não é posta em causa pela alegação da recorrente de que as partes que procederam à notificação foram arbitrariamente obrigadas pela Comissão a propor o compromisso de dissolver a CVK num prazo de [*confidencial*] a contar da adopção da decisão recorrida.

- 314 É certo que da leitura da comunicação de objecções e da respectiva resposta da recorrente, há que reconhecer que a Comissão pode ter exercido uma determinada influência no conteúdo dos compromissos propostos pelas partes e que veio a final a aceitar na decisão recorrida. Com efeito, a comunicação de objecções indica que a Comissão estava pronta, em aplicação do artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 4064/89, a adoptar medidas adequadas a restaurar uma concorrência efectiva, de entre as quais considerou a dissolução da CVK, se as partes não apresentassem soluções.
- 315 É igualmente verdade que, no que se refere à Haniel, a proposta de dissolver a CVK se podia basear no facto de ser susceptível de lhe permitir adquirir participações na empresa Ytong Netherlands, com actividade na produção de betão celular, nos termos dos considerandos 141, 142 e 151 da Decisão 2003/292/CE da Comissão, de 9 de Abril de 2002, que declara uma operação de concentração compatível com o mercado comum e com o acordo EEE (processo COMP/M.2568 — Haniel/Ytong) (JO 2003, L 111, p. 1).
- 316 No entanto, é facto assente que, tal como exposto no considerando 138 da decisão recorrida, as partes se comprometeram a dissolver a CVK no referido prazo «porque consideravam que em caso de revogação do acordo de *pooling* não se considerava possível que a CVK continuasse a existir como estrutura de distribuição comum».
- 317 Para mais, no que se refere à decisão da Comissão de 9 de Abril de 2002 (v. acima n.º 315), apenas relativa à Haniel, esta decisão não impõe qualquer modalidade especial relativa à estrutura da CVK, de modo a que a condição relativa à cessão das participações da Haniel na Ytong Netherlands seja levantada. Com efeito, esta decisão indica que o compromisso de cessão subscrito pela Haniel estaria desprovido de objecto se a CVK fosse dissolvida ou se nenhuma sociedade na qual a Haniel detinha uma participação directa ou indirecta continuasse a deter uma participação na CVK (considerando 142). O considerando 151 da decisão de 9 de

Abril de 2002 acrescenta que o compromisso acima referido estaria também desprovido de objecto se a CVK fosse dissolvida. Seja como for, não pode deduzir-se dos fundamentos desta decisão que esta pode ter constrangido a recorrente a propor os compromissos definitivos acima referidos no âmbito do presente processo, uma vez que a recorrente não é abrangida pela decisão de 9 de Abril de 2002.

318 Por último, a recorrente não explica de que modo o prazo de [*confidencial*] para dissolver a CVK a contar da adopção da decisão recorrida, aceite pela Comissão tomadas em consideração as circunstâncias excepcionais do presente caso, terá sido proposta de forma arbitrária pela Comissão e é desproporcionada.

319 Assim, verifica-se que não se provou que as partes que procederam à notificação tenham sido arbitrariamente obrigadas pela Comissão a propor a solução de dissolver a CVK num prazo de [*confidencial*] a contar da adopção da decisão recorrida. Também não resulta dos autos que as referidas partes tenham sido arbitrariamente obrigadas a propor as outras soluções nos seus compromissos definitivos que tinham por objectivo restabelecer uma concorrência efectiva.

320 Nestas condições, e na medida em que a recorrente não sustenta que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que os compromissos definitivos propostos pelas partes, incluindo o de dissolver a CVK num prazo de [*confidencial*] a contar da adopção da decisão recorrida, permitiam restabelecer uma concorrência efectiva, há que declarar que foi com razão que a Comissão concluiu que estes compromissos, desde que respeitados pelas partes, lhe permitiam declarar a operação de concentração em causa compatível com o mercado comum e com o funcionamento do acordo EEE.

321 Daqui resulta que o terceiro fundamento deve ser julgado improcedente, devendo ser integralmente negado provimento ao recurso.

## **Quanto às despesas**

322 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, em conformidade com o pedido da Comissão.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA  
(Quarta Secção alargada)

decide:

- 1) É negado provimento ao recurso.**
- 2) A recorrente é condenada nas despesas.**

Legal

Lindh

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Vadapalas

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 23 de Fevereiro de 2006.

O secretário

O presidente

E. Coulon

H. Legal

## Índice

Antecedentes do litígio .....	II - 332
Tramitação processual .....	II - 336
Questão jurídica .....	II - 338
1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo à incompetência da Comissão para examinar as transacções em causa por força do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 .....	II - 338
Quanto à primeira parte do primeiro fundamento, baseada na incompetência da Comissão para examinar a transacção RAG por não haver uma alteração do controlo da CVK .....	II - 339
Argumentos das partes .....	II - 339
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 344
— Observações preliminares .....	II - 344
— Quanto às alegações da recorrente relativas à existência de um controlo conjunto da CVK antes da celebração do segundo grupo de transacções .....	II - 350
— Quanto à tomada de controlo conjunto da CVK pela Haniel e pela recorrente no momento da celebração do segundo grupo de transacções .....	II - 356
— Quanto à insuficiência da fundamentação alegada .....	II - 361
Quanto à segunda parte do primeiro fundamento, relativa à incompetência da Comissão para qualificar como operação única duas transacções distintas e à inexistência, no presente caso, de uma operação de concentração na acepção do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 .....	II - 363
Argumentos das partes .....	II - 363
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 366
— Quanto à possibilidade de a Comissão qualificar como operação de concentração única várias transacções, em aplicação do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 .....	II - 367
— Quanto ao carácter interdependente das transacções celebradas em 9 de Agosto de 1999 .....	II - 373

Quanto à terceira parte do primeiro fundamento, relativa à incompetência da Comissão para examinar a aquisição do controlo pela CVK das suas associadas, no seguimento da autorização que esta recebeu da NMa .....	II - 382
Argumentos das partes .....	II - 382
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 383
2. Quanto ao segundo fundamento, relativo a erros de apreciação da Comissão quanto à criação de uma posição dominante decorrente da operação de concentração, em violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 .....	II - 386
Quanto à primeira parte do segundo fundamento, relativa à apreciação da Comissão quanto à existência de uma posição dominante da CVK .....	II - 386
Argumentos das partes .....	II - 386
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 395
— Observações liminares .....	II - 395
— Quanto ao factor relativo à inexistência de pressão concorrencial importante exercida sobre a CVK pelos produtores de betão vazado in situ .....	II - 400
— Quanto ao factor relativo à existência de importantes obstáculos à entrada no mercado .....	II - 404
— Quanto ao factor relativo à falta de poder de compra dos clientes da CVK .....	II - 409
— Quanto ao factor relativo à falta de limitação da margem de manobra da CVK no mercado dos materiais de construção de partes estruturais devido às condições de concorrência no mercado adjacente dos materiais de construção de paredes não estruturais .	II - 414
— Quanto ao factor relativo à existência de uma ligação estrutural entre a CVK e a recorrente que lhes permite, tanto ao nível da oferta como da distribuição dos materiais de construção de paredes estruturais, beneficiar de uma margem de manobra sensivelmente mais ampla que a dos seus concorrentes .....	II - 417
	II - 443

Quanto à segunda parte do segundo fundamento, relativa à falta de demonstração de um nexo de causalidade entre a operação de concentração e a criação da posição dominante .....	II - 420
Argumentos das partes .....	II - 420
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 424
3. Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do artigo 3.º e do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 e do princípio da proporcionalidade .....	II - 430
Argumentos das partes .....	II - 430
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 432
Quanto às despesas .....	II - 441