

Zaak T-282/02

Cementbouw Handel & Industrie BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen

„Mededinging — Controle op concentraties van ondernemingen — Artikelen 2, 3 en 8 van verordening (EEG) nr. 4064/89 — Begrip concentratie — Ontstaan van machtspositie — Goedkeuring voorzover bepaalde verbintenissen worden nagekomen — Evenredigheidsbeginsel”

Arrest van het Gerecht (Vierde kamer — uitgebreid) van 23 februari 2006 . . . II - 331

Samenvatting van het arrest

1. *Mededinging — Concentraties — Begrip*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 3; mededeling 98/C 66/02 van de Commissie, punt 19)
2. *Mededinging — Concentraties — Begrip*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 3, lid 2)

3. *Mededinging — Concentraties — Verwerving van middellijke gezamenlijke zeggenschap over gemeenschappelijke onderneming*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 3, lid 1, sub b, en 4, sub b)
4. *Gemeenschapsrecht — Beginselen — Bescherming van gewettigd vertrouwen — Voorwaarden*
5. *Mededinging — Concentraties — Begrip*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 3)
6. *Mededinging — Concentraties — Bestaan — Concentratie die onder uitsluitende bevoegdheid van Commissie valt — Voorwaarden*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 3)
7. *Mededinging — Concentraties — Concentratie met communautaire dimensie — Beoordelingscriteria*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 1 en 5)
8. *Mededinging — Concentraties — Onderzoek door Commissie*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 6)
9. *Mededinging — Concentraties — Concentratie ten gevolge van verschillende juridische transacties die wegens onderlinge samenhang eenheid vormen*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad)
10. *Mededinging — Concentraties — Beoordeling van verenigbaarheid met gemeenschappelijke markt — Ontstaan of versterking van machtspositie*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 2, leden 2 en 3)
11. *Mededinging — Concentraties — Onderzoek door Commissie — Economische beoordelingen*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 2)
12. *Mededinging — Machtspositie — Bestaan — Drempels voor toetreding tot markt*
(Art. 82 EG)

13. *Mededinging — Machtspositie — Bestaan — Belang van afnemersmacht van klanten ten aanzien van leverancier*
(Art. 82 EG)
14. *Mededinging — Concentraties — Beoordeling van verenigbaarheid met gemeenschappelijke markt — Ontstaan of versterking van machtspositie*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad)
15. *Mededinging — Concentraties — Onderzoek door Commissie — Verbintenissen van betrokken ondernemingen die aangemelde concentratie verenigbaar met gemeenschappelijke markt kunnen maken*
(Verordening nr. 4064/89 van de Raad, art. 2, lid 2, en 8, lid 2)

1. Uit artikel 3 van verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, met als titel „Definitie van concentraties”, volgt dat een concentratie met name tot stand komt door de verwerving van de zeggenschap over een of meer ondernemingen, hetzij door een onderneming die alleen handelt, hetzij door twee of meer ondernemingen die gezamenlijk handelen, met dien verstande dat de zeggenschapsverwerving, ongeacht de vorm ervan, gelet op de feitelijke en juridische omstandigheden van het concrete geval, het op basis van rechten of overeenkomsten of met andere middelen mogelijk maakt, een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van de verkregen onderneming.

gezamenlijke zeggenschap indien twee of meer ondernemingen of personen de mogelijkheid hebben, een beslissende invloed op een andere onderneming uit te oefenen, dat wil zeggen bij machte zijn, maatregelen die het strategische commerciële gedrag van een onderneming bepalen, te blokkeren. Zo houdt de gezamenlijke zeggenschap de mogelijkheid van een patstelling in, die het gevolg is van het vermogen van twee of meer ondernemingen om voorgestelde strategische beslissingen te verwerpen. Hieruit volgt dat de aandeelhouders gezamenlijk een akkoord moeten bereiken over het commerciële beleid van de gemeenschappelijke onderneming.

Overeenkomstig punt 19 van de mededeling van de Commissie betreffende het begrip concentratie in de zin van verordening nr. 4064/89 is er sprake van

Beslissende invloed in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89 kan weliswaar bestaan zonder te worden uitgeoefend, doch zeggenschap in de zin van artikel 3 van de verordening kan niet

bestaan zonder dat de mogelijkheid om beslissende invloed uit te oefenen daadwerkelijk kan worden benut.

(cf. punten 41-42, 58)

2. Dat een gemeenschappelijke onderneming een volwaardige onderneming kan zijn en dus economisch zelfstandig kan functioneren, betekent niet dat ze haar strategische beslissingen zelfstandig kan nemen. Het tegendeel concluderen zou ertoe leiden dat er nooit gezamenlijke zeggenschap over een „gemeenschappelijke onderneming” bestaat wanneer deze economisch zelfstandig is. De in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen gestelde voorwaarde — waaraan moet zijn voldaan opdat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, dit is een onderneming waarover twee of meer ondernemingen zeggenschap hebben, als een concentratie wordt beschouwd —, namelijk dat deze gemeenschappelijke onderneming „duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult”, bewijst immers dat dit niet het geval is.

(cf. punt 62)

3. Artikel 3, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen preciseert dat een of meer personen „rechtstreeks of middellijk” zeggenschap kunnen verwerven, en in artikel 3, lid 4, sub b, van deze verordening wordt erkend dat zeggenschap kan worden verkregen door personen die, hoewel zijzelf geen rechthebbenden zijn noch rechten aan overeenkomsten ontleen, de bevoegdheid hebben de daaruit voortvloeiende rechten uit te oefenen.

De aandeelhouders van de leden van een gemeenschappelijke onderneming kunnen middellijk zeggenschap in de zin van artikel 3 verwerven, ook al beschikken zij niet rechtstreeks over stemrechten in de algemene vergadering van deze onderneming, welke stemrechten door de leden zelf worden uitgeoefend.

Aangezien een handelsvennootschap zich in elk geval voegt naar de beslissingen van haar uitsluitende aandeelhouders, haar meerderheidsaandeelhouders of haar aandeelhouders met de gezamenlijke zeggenschap over de vennootschap, moeten bijgevolg, ingeval de leden van de gemeenschappelijke onderneming alle hetzij 100 %-dochtervennootschappen, hetzij gezamenlijke dochtervennootschappen van twee aandeelhouders zijn, de twee aandeelhouders immers het noodzakelijkerwijs eens zijn over de benoeming van de leden van de besluitvormingsorganen van de gemeenschappelijke onderneming. Anders kunnen de leden van de gemeen-

schappelijke onderneming de leden van de besluitvormingsorganen niet benoemen en kan de gemeenschappelijke onderneming niet functioneren.

houden met het standpunt van deze aandeelhouders.

(cf. punten 72-74)

De omstandigheid dat vertegenwoordigers van de moedervennootschappen geen lid van de raad van bestuur van de gemeenschappelijke onderneming kunnen zijn, of binnen de raad van commissarissen van deze onderneming slechts een minderheid kunnen vormen, heeft geen invloed op het feit dat het de leden van de gemeenschappelijke onderneming, en via deze leden de twee aandeelhouders ervan, zijn die beslissen over de samenstelling van de besluitvormingsorganen.

4. Voor een beroep op bescherming van het gewettigd vertrouwen moet aan drie voorwaarden zijn voldaan. In de eerste plaats moet de betrokkene van de gemeenschapsinstanties nauwkeurige, onvoorwaardelijke en concordante verbintenissen hebben gekregen die van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstig zijn. In de tweede plaats moeten deze verbintenissen gegronde verwachtingen kunnen wekken bij degene tot wie zij gericht zijn. In de derde plaats moeten de verbintenissen overeenstemmen met de toepasselijke voorschriften.

(cf. punt 77)

Wat de samenstelling van de twee besluitvormingsorganen van de gemeenschappelijke onderneming betreft, zullen bovendien, indien de statuten ervan niet uitsluiten dat alle leden van deze organen zelf een functie bekleden binnen de besluitvormingsorganen van de leden van de gemeenschappelijke onderneming, deze vertegenwoordigers, in hun functie binnen de leden van de gemeenschappelijke onderneming, benoemd zijn door de aandeelhouders van de leden van deze onderneming en zullen zij, in hun functie binnen de besluitvormingsorganen van de gemeenschappelijke onderneming, rekening moeten

5. Terwijl in artikel 3, lid 1, sub a, van verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen een vrij eenvoudig en identificeerbaar verschijnsel als concentratie wordt aangemerkt — namelijk de fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen —, ziet dat artikel, sub b, op alle andere gevallen waarin een of meer ondernemingen zeggenschap verwerven over een of meer andere ondernemingen of delen daarvan. Deze algemene en op het doel — namelijk

zeggenschap verkrijgen over een of meer ondernemingen — gerichte definitie van een concentratie impliceert dat het van geen belang is of de zeggenschap rechtstreeks of middellijk, in een, twee of meer stappen en in een, twee of meer transacties is verkregen, voorzover dit een enkele concentratie als resultaat oplevert.

Evenmin is van belang of de partijen bij de aanmelding van een concentratie bij de Commissie van plan zijn twee of meer transacties te sluiten dan wel deze reeds vóór de aanmelding ervan hebben gesloten. In alle gevallen moet de Commissie uitmaken of deze transacties een eenheid vormen zodat ze een enkele concentratie in de zin van artikel 3 van verordening nr. 4064/89 opleveren.

Deze benaderingswijze is erop gericht om, aan de hand van de feitelijke en juridische omstandigheden van het concrete geval, de economische werkelijkheid die aan de transacties ten grondslag ligt, te achterhalen en na te gaan welke economische doelstelling de partijen nastreven, door met name in het geval van verschillende juridisch onderscheiden transacties te onderzoeken of de betrokken ondernemingen ertoe bereid zouden zijn geweest elke transactie afzonderlijk te sluiten, dan wel of elke transactie daarentegen slechts een onderdeel is van een meer complexe transactie zonder welke deze afzonder-

lijke transactie door de partijen niet zou zijn gesloten. Met andere woorden, om te bepalen of de betrokken transacties een eenheid vormen, moet in elk concreet geval worden nagegaan of deze transacties onderling samenhangen, zodat de ene niet zonder de andere tot stand zou zijn gekomen.

Met deze benaderingswijze wordt beoogd, aan de ondernemingen die een concentratie aanmelden, rechtszekerheid te waarborgen voor alle transacties die deze concentratie tot stand brengen, en de Commissie in staat te stellen, op doeltreffende wijze toezicht te houden op de concentraties die een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of op een groot deel ervan aanzienlijk kunnen belemmeren. Deze twee doelstellingen vormen trouwens de voornaamste bestaansreden van verordening nr. 4064/89.

Hieruit volgt dat er zelfs dan sprake kan zijn van een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 4064/89 wanneer verschillende juridische transacties zijn gesloten die formeel losstaan van elkaar, voorzover deze transacties onderling samenhangen, zodat de ene transactie niet zonder de andere tot stand kan komen, en een of meer ondernemingen daardoor rechtstreeks of middellijk de economische

zeggenschap over de activiteiten van een of meer andere ondernemingen verkrijgen.

(cf. punten 103-109)

6. Artikel 3 van verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen formuleert de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan, wil er sprake zijn van een „concentratie”, en definieert slechts algemeen en inhoudelijk wat onder een „concentratie” moet worden verstaan; deze bepaling regelt niet de bevoegdheid van de Commissie ter zake van concentraties. Van de operaties die aan de definitie van artikel 3 van verordening nr. 4064/89 beantwoorden, vallen alleen de zogenaamde operaties met een „communautaire dimensie”, zoals gedefinieerd in artikel 1 van deze verordening, onder de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie, tenzij in deze verordening anders is bepaald. Het volstaat bijgevolg niet dat een operatie aan de definitie van artikel 3 van verordening nr. 4064/89 beantwoordt, opdat ze automatisch onder de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie valt; deze transactie moet daarenboven een „communautaire dimensie” hebben.

(cf. punt 114)

7. Uit de algemene strekking van artikel 5 van verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen blijkt dat de gemeenschaps-wetgever de werkingssfeer van deze verordening heeft willen afbakenen door een nadere omschrijving te geven van met name de omzet van de bij een concentratie betrokken ondernemingen die in aanmerking moet worden genomen om uit te maken of deze concentratie een „communautaire dimensie” in de zin van artikel 1 van verordening nr. 4064/89 heeft. Blijkens artikel 5, lid 2, van deze verordening moet bijvoorbeeld bij de verwerving van delen van een onderneming alleen met de omzet met betrekking tot de werkelijk verworven delen van de onderneming rekening worden gehouden ter beoordeling van de communautaire dimensie van de betrokken concentratie.

Dit geldt eveneens voor de uitlegging van de tweede alinea van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 4064/89, zodat ingeval de verwerving van delen van een of meer ondernemingen gebeurt door middel van meerdere transacties binnen een periode van twee jaar tussen dezelfde personen of ondernemingen, de omzet betrekking moet hebben op deze verworven delen samen beschouwd. De ratio legis van de tweede alinea van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 4064/89 bestaat erin, te voorkomen dat dezelfde ondernemingen of personen een operatie kunstmatig opdelen in verschillende, in de tijd gespreide, gedeeltelijke vervreemdingen van activa om beneden de drempelbedragen te

blijven die in verordening nr. 4064/89 zijn vastgesteld ter bepaling van de bevoegdheid van de Commissie ter zake van de toepassing van deze verordening.

Commissie vervolgens na of de aldus geïdentificeerde concentratie een communautaire dimensie bezit, teneinde vast te stellen of zij bevoegd is, en de gevolgen van de concentratie voor de mededinging te beoordelen.

Dat de Commissie op grond van artikel 5, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 4064/89 voor de berekening van de omzet van de betrokken ondernemingen twee of meer transacties als een enkele concentratie kan aanmerken om te voorkomen dat haar krachtens deze verordening verleende bevoegdheid wordt omzeild, impliceert niet dat deze bepaling de Commissie het recht ontnemt om in een eerder stadium op grond van artikel 3 van deze verordening uit te maken of verschillende bij haar aangemelde transacties een enkele concentratie tot stand brengen, dan wel of deze transacties daarentegen moeten worden geacht verschillende concentraties tot stand te brengen.

(cf. punten 115-120)

8. Het standpunt dat iedere bij de aanmelding van een concentratie betrokken partij verdedigt, is per definitie subjectief en weerspiegelt noodzakelijkerwijs de eigen belangen van deze partij. Toch heeft dit niet tot gevolg dat de Commissie, die de economische werkelijkheid achter een concentratie wil blootleggen, dient voorbij te gaan aan de toelichtingen van de partijen, die haar in staat zouden stellen, te achterhalen welke economische doelstelling deze partijen werkelijk nastreefden op het ogenblik van de totstandkoming van de betrokken transacties. Hoewel de niet-betwiste toelichting van een van de partijen die de aanmelding hebben gedaan, op zich niet van doorslaggevend belang kan zijn, moet het voor de Commissie mogelijk zijn, zich op deze toelichting te baseren wanneer deze kan dienen ter ondersteuning van de beoordelingselementen waarop haar analyse berust.

Wanneer uit het onderzoek van de Commissie blijkt dat twee bij haar aangemelde transacties niet onderling samenhangen, worden deze transacties afzonderlijk beoordeeld. Wanneer de ene en/of de andere geen communautaire dimensie heeft, zal de Commissie zich onbevoegd verklaren om die ene en/of andere te beoordelen. Wanneer uit dat onderzoek blijkt dat de transacties een eenheid vormen waardoor ze op grond van artikel 3 van verordening nr. 4064/89 als een enkele concentratie kunnen worden beschouwd, gaat de

(cf. punt 147)

9. Wanneer de Commissie een transactie die, afzonderlijk beschouwd, niet voldoet aan de criteria van communautaire dimensie en bijgevolg is onderzocht, en vervolgens goedgekeurd, door de bevoegde nationale mededingingsautoriteit, onderzoekt in samenhang met een latere transactie waarmee zij onlosmakelijk verbonden is, gaat zij niet voorbij aan de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale en de communautaire mededingingsautoriteiten, zoals die is vastgelegd in verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, aangezien de twee transacties, omdat zij een eenheid vormen, een enkele concentratie met een communautaire dimensie tot stand brengen.

(cf. punten 158-161)

10. De in artikel 2 van verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen bedoelde machtspositie betreft een situatie waarin een of meer ondernemingen een economische macht bezitten die hen in de gelegenheid stelt, de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te belemmeren doordat hun de mogelijkheid wordt geboden zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen van hun concurrenten, hun afnemers en, ten slotte, de consument.

In dit verband is het bestaan van aanzienlijke marktaandeelen een zeer significante factor en is de verhouding tussen de marktaandeelen van de bij de concentratie betrokken ondernemingen en die van hun concurrenten, inzonderheid die van de eerstvolgende concurrenten, een bruikbare indicatie van een machtspositie. Aan de hand van deze factor kan immers de concurrentiepositie van de concurrenten van de betrokken onderneming worden bepaald. Bovendien kan een zeer aanzienlijk marktaandeel op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren, in het bijzonder wanneer de marktaandeelen van de andere marktpartijen veel kleiner zijn.

Ook de aanwezigheid van concurrenten vormt doorgaans alleen dan een factor die in voorkomend geval de machtspositie van de betrokken entiteit kan verminderen of zelfs uitschakelen, indien deze concurrenten een sterke positie innemen die een reëel tegenwicht kan bieden.

Ten slotte kan de omstandigheid dat geen aanzienlijke concurrentiedruk wordt uitgeoefend, ook ten dele worden afgeleid uit het feit dat de relevante markt een gedifferentieerde productmarkt is. Bij een gedifferentieerde productmarkt zijn de producten immers niet volkomen onderling substitueerbaar en heeft een prijsverhoging voor het ene product niet per se tot gevolg dat de

onderneming die de prijs verhoogt, marktaandeel verliest ten voordele van haar concurrenten die het andere product vervaardigen, zoals dit het geval zou zijn bij volkomen substitueerbare goederen.

gemeenschapsrechter is inzonderheid niet bevoegd zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie.

(cf. punten 196-197)

(cf. punten 195, 198, 201, 212-213)

11. De materieelrechtelijke voorschriften van verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, in het bijzonder artikel 2 ervan, geven de Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid, met name op het punt van economische beoordelingen. Bij zijn toezicht op de uitoefening van die — voor de toepassing van de regels inzake concentraties essentiële — bevoegdheid dient de gemeenschapsrechter derhalve rekening te houden met de beoordelingsmarge die in de economische normen van de concentratieregeling besloten ligt.

12. Diverse factoren vormen drempels voor toetreding tot de markt, inzonderheid economische, commerciële of financiële factoren waardoor een mogelijke concurrent van de gevestigde ondernemingen zulke grote risico's moet nemen of zulke hoge kosten moet maken dat hij ervoor terugdeinst binnen een redelijke termijn tot de markt toe te treden of dat deze toetreding bijzonder moeilijk wordt, zodat het voor deze concurrent niet mogelijk is, concurrentiedruk uit te oefenen op het gedrag van de gevestigde ondernemingen.

(cf. punt 219)

Derhalve moet de toetsing door de gemeenschapsrechter van de ingewikkelde economische beoordelingen die de Commissie heeft verricht in de uitoefening van de haar bij verordening nr. 4064/89 verleende bevoegdheid, worden beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid. De

13. De afnemersmacht van de klanten van een leverancier kan een tegengewicht vormen voor de machtspositie van deze laatste op de markt wanneer het voor deze klanten mogelijk is, binnen een redelijke termijn gebruik te maken van aannemelijke bevoorradingsbronnen indien de leverancier zijn prijzen verhoogt of minder gunstige leveringsvoorwaarden toepast.

De omstandigheid dat de marktdeelnemers op de betrokken markt verspreid zijn, en de omstandigheid dat er voor deze marktdeelnemers geen aannemelijk bevoorradingsalternatief bestaat, zijn twee zeer relevante criteria, hoewel zij op zich niet afdoend zijn om te staven of te weerleggen dat klanten afnemersmacht bezitten die een tegenwicht biedt voor de economische macht van een leverancier. Het criterium inzake de mate van concentratie van de afnemersmarkt betekent dat de afnemers door hun beperkt aantal hun onderhandelingspositie jegens de leverancier kunnen versterken. Het criterium inzake het bestaan van aannemelijke bevoorradingsalternatieven maakt het mogelijk uit te maken, of het zeer waarschijnlijk is dat de leverancier prijsverhogingen moet beperken of zelfs moet laten varen.

(cf. punten 230-232)

14. Verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen verbiedt niet om de eventuele uit een concentratie voortvloeiende aspecten van verticaal overleg tussen de gemeenschappelijke onderneming en een van haar moederondernemingen aan de bepalingen van deze verordening te toetsen, zonder dat daarbij wordt vooruitgelopen op het oordeel over de

zelfstandigheid van de gemeenschappelijke onderneming.

(cf. punt 250)

15. In het kader van verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen is de Commissie slechts bevoegd, verbintenissen te aanvaarden die de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen maken. Met andere woorden, de door de betrokken ondernemingen voorgestelde verbintenissen moeten de Commissie in staat stellen, te concluderen dat de betrokken concentratie geen machtspositie in het leven roept of versterkt in de zin van artikel 2, lid 2, van deze verordening.

Om door de Commissie met het oog op een beschikking op grond van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 te kunnen worden aanvaard, moeten dergelijke verbintenissen bijgevolg niet alleen in verhouding staan tot het door de Commissie in haar beschikking vastgestelde mededingingsprobleem, maar dat probleem ook volledig wegwerken.

De aanmeldende partijen zijn echter geenszins verplicht, alleen verbintenissen voor te stellen die uitsluitend het

herstel van de toestand van mededinging van vóór de concentratie beogen, zodat de Commissie de operatie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan verklaren. Krachtens artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 kan de Commissie immers alle verbintenissen van de partijen aanvaarden die haar in staat stellen, een beschikking te geven waarbij zij de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart.

Verbintenissen die verder gaan dan het herstel van de toestand van vóór de concentratie, bieden de Commissie overigens geen ruimte om deze te weigeren en een beschikking te geven waarbij zij de concentratie op grond van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart, dan wel een beschikking waarbij zij de concentratie op grond van artikel 8, lid 2, van deze verordening verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart doch daaraan eenzijdig opgelegde voorwaarden strekkende tot herstel van de toestand van vóór de concentratie verbindt.

In het eerste geval — dat van een negatieve beschikking — zou de Commissie immers voorbijgegaan aan artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89, dat haar verplicht, een beschikking te geven waarbij zij de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart, wanneer zij vaststelt dat de operatie, eventueel na door de betrokken ondernemingen te zijn gewijzigd, voldoet aan het in artikel 2, lid 2, van deze verordening nr. 4064/89 genoemde criterium. In het tweede geval — dat van een positieve beschikking waaraan voorwaarden strekkende tot volledig herstel van de vroegere toestand zijn verbonden — zou de Commissie inbreuk maken op artikel 8, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 4064/89, dat niet bepaalt dat de Commissie een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt mag verklaren op voorwaarde dat wordt voldaan aan door haar eenzijdig opgelegde voorwaarden, los van de verbintenissen van de aanmeldende partijen.

(cf. punten 294, 307-311)