

## Sag T-114/02

### BaByliss SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber

»Konkurrence — fusioner — forordning (EØF) nr. 4064/89 — søgsmål anlagt af en tredjemand — formaliteten — tilsagn angivet i undersøgelsens fase I — varemærkelicens — ændringer af tilsagn — frister — finansiel støtte ydet af staten — ubetydelig overtagelsespris — alvorlig tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet — ingen tilsagn for markeder, der frembyder alvorlige konkurrenceproblemer«

Rettens dom (Tredje Afdeling) af 3. april 2003 . . . . . II-1288

#### Sammendrag af dom

1. *Annullationssøgsmål — fysiske eller juridiske personer — retsakter, som berører dem umiddelbart og individuelt — beslutning, hvorved en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet — udenforstående virksomhed, som har deltaget aktivt i den administrative procedure, og som er en potentiel konkurrent — formaliteten (Art. 230, stk. 4, EF)*

2. *Konkurrence — fusioner — administrativ procedure — tilsagn fra de deltagende virksomheder — ændringer meddelt efter fristens udløb — Kommissionens hensyntagen til de ændrede tilsagn ved konstateringen af fusionens forenelighed med fællesmarkedet — tilladt — betingelser*  
(Kommissionens forordning nr. 447/98, art. 18, stk. 1; Kommissionens meddelelse om løsninger, der er acceptable i henhold til forordning nr. 4064/89 og forordning nr. 447/98, punkt 37)
  
3. *Konkurrence — fusioner — Kommissionens undersøgelse — tilsagn fra de deltagende virksomheder, der kan gøre den anmeldte fusion forenelig med fællesmarkedet — typer af tilsagn, som kan udgøre et grundlag for, at Kommissionen ikke indleder fase II — tilsagn, der fjerner enhver alvorlig tvivl — tilsagn af adfærdsmæssig karakter — omfattet*  
(Rådets forordning nr. 4064/89, art. 6, stk. 1; Kommissionens meddelelse om løsninger, der er acceptable i henhold til forordning nr. 4064/89 og forordning nr. 447/98)
  
4. *Konkurrence — fusioner — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — tilsagn fra de deltagende virksomheder, der kan gøre den anmeldte fusion forenelig med fællesmarkedet — fusion mellem virksomheder på markedet for små elektriske husholdningsapparater — tilsagn om tildeling af varemærkelicens — løsning af de konkurrenceproblemer, en fusion giver anledning til — betingelser*  
(Rådets forordning nr. 4064/89, art. 8, stk. 2)
  
5. *Konkurrence — fusioner — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — tilsagn fra de deltagende virksomheder, der kan gøre den anmeldte fusion forenelig med fællesmarkedet — fusion mellem virksomheder på markedet for små elektriske husholdningsapparater — tilsagn om tildeling af varemærkelicens — licenshavers begrænsede forpligtelse til at aftage varer — tilladt — betingelser*  
(Rådets forordning nr. 4064/89, art. 8, stk. 2)
  
6. *Konkurrence — fusioner — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — ingen skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, som begrænser konkurrencen — bedømmelseskriterier — ingen væsentlig overlappning mellem fusionsdeltagerne — relevans — begrænsninger*  
(Rådets forordning nr. 4064/89, art. 2, stk. 2 og 3)

7. *Konkurrence — fusioner — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — ingen skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, som begrænser konkurrencen — bedømmelseskriterier — tilstedeværelsen af konkurrenter — relevansen heraf afhænger af konkurrenternes styrke*  
(Rådets forordning nr. 4064/89, art. 2, stk. 2 og 3)
8. *Konkurrence — fusioner — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — ingen skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, som begrænser konkurrencen — selvstændig bedømmelse af de forskellige relevante produktmarkeder — begrænsninger — behov for hensyntagen til den overordnede konkurrencesituation og de faktorer, som kan øge den fusionerede enheds økonomiske styrke — ikke påvist, at der ikke består en alvorlig risiko, når den fusionerede enhed skaber hovedparten af sin omsætning inden for de sektorer, hvor den ikke har en dominerende stilling*  
(Rådets forordning nr. 4064/89, art. 2, stk. 2 og 3)
9. *Retspleje — intervention — anbringende, der ikke er fremført af sagsøgeren — afvisning*  
(EF-statutten for Domstolen, art. 37, stk. 3 og 4, Rettens procesreglement, art. 116, stk. 3)
10. *Konkurrence — fusioner — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — tilsagn fra de deltagende virksomheder, der kan gøre den anmeldte fusion forenelig med fællesmarkedet — nødvendig forenelighed med artikel 81 EF — tilsagn om tildeling af varemærkelicens indeholdende en klausul, hvorefter licenshaver skal koncentrere salget om en medlemsstats område — tilladt*  
(Art. 81, stk. 1 og stk. 3, EF; Rådets forordning nr. 4064/89, art. 2, stk. 1)

1. En kommissionsbeslutning, hvorefter en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet, berører kun udenforstående virksomheder, som denne beslutning ikke er rettet til, individuelt som omhandlet i artikel 230, stk. 4, EF, såfremt beslutningen rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten.

Selv om den blotte deltagelse i den procedure, som er gået forud for beslutningen, ikke i sig selv kan godtgøre, at den udenforstående virksomhed er individuelt berørt af beslutningen, især ikke når der er tale om fusioner, hvor en omhyggelig undersøgelse kræver regelmæssig kontakt med mange virksomheder, forholder det sig ikke desto mindre således, at den aktive deltagelse i den administrative procedure er et forhold, der jævnlige tages

hensyn til på konkurrenceområdet, herunder også i forbindelse med fusionskontrollen, med henblik på i forening med andre specifikke omstændigheder at godtgøre, at et søgsmål anlagt af en udenforstående virksomhed skal antages til påkendelse.

Da fusionsparterne driver virksomhed på oligopolistiske markeder, der bl.a. er karakteriseret ved adgangsbarrierer som følge af den store varemærkeloyalitet og problemerne med at få adgang til detailhandelen, kan et søgsmål anlagt af en sådan virksomhed, som har deltaget aktivt i proceduren og som er en potentiel konkurrent, således admittes.

(jf. præmis 91, 95 og 99)

2. Artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser skal forstås således, at selv om fusionsparterne ikke kan tvinge Kommissionen til at tage hensyn til tilsagn og ændringer heraf, der er fremlagt efter udløbet af den herfor fastsatte frist på tre uger, skal Kommissionen, hvis den skønner at have den fornødne tid til at gennemgå tilsagnene, kunne godkende fusionen på baggrund af disse tilsagn, også selv om ændringerne heraf foretages efter udløbet af denne frist.

En hensyntagen til sådanne ændringer efter fristens udløb er ligeledes i overensstemmelse med Kommissionens meddelelse om løsninger, der er acceptable i henhold til forordning nr. 4064/89 og forordning nr. 447/98, som er bindende for Kommissionen i det omfang, den ikke afviger fra traktatens bestemmelser og bestemmelserne i forordning nr. 4064/89, når disse ændringer kan anses for begrænsede ændringer i henhold til denne meddelelses punkt 37.

(jf. præmis 140, 143 og 150)

3. Hverken i forordning nr. 4064/89 eller i Kommissionens meddelelse om løsninger, der er acceptable i henhold til forordning nr. 4064/89 og forordning nr. 447/98, anføres det udtrykkeligt, hvilken type tilsagn der kan eller skal godkendes efter fase II eller i fase I. Da forordning nr. 4064/89 skal forhindre, at der skabes eller styrkes markedsstrukturer, som væsentligt kan hæmme den effektive konkurrence på fællesmarkedet, skal de foreslåede tilsagn imidlertid gøre det muligt for Kommissionen at konkludere, at den planlagte fusion ikke skaber eller styrker en dominerende stilling. På dette punkt er der ingen væsensforskel mellem fase I- og fase II-tilsagnene, selv om fase

I-tilsagnene, i betragtning af, at der i denne fase ikke foretages nogen tilbundsgående markedsundersøgelse, ikke alene skal gøre det muligt at konkludere, at fusionen ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, men også skal være tilstrækkelige til klart at fjerne enhver alvorlig tvivl i så henseende.

Når hverken de påviste konkurrenceproblemer eller karakteren af de tilsagn, som er foreslået af de deltagende virksomheder, kan forhindre Kommissionen i at finde, at den alvorlige tvivl kan fjernes efter fase I, har Kommissionen således ikke begået et retlig fejl ved ikke at indlede fase II.

(jf. præmis 169, 170, 176, 181 og 182)

Selv om afhændelse af aktiver ofte er den bedste måde at løse et konkurrenceproblem på, især hvis der er tale om horisontal overlappning, kan det ikke umiddelbart udelukkes, at en licensaftale kan være en egnet foranstaltning til løsning af de påviste konkurrenceproblemer. Det kan således ikke på forhånd udelukkes, at tilsagn, der ved første øjekast er af adfærdsmæssig karakter, som f.eks. afståelse fra at benytte et varemærke i en bestemt periode, overladelse af en del af den fusionerede enheds produktionskapacitet til konkurrerende tredjemænd eller mere generelt adgang til afgørende faciliteter på ikke-diskriminerende vilkår, også kan forhindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling. Hertil kommer, at selv om effektiviteten af en sådan licens afhænger af flere forhold, der er vanskeligere at kontrollere end en afhændelse af aktiver, kan det ikke på forhånd udelukkes, at Kommissionen var i stand til at vurdere de relevante parametre i fase I.

4. Et tilsagn af adfærdsmæssig karakter kan løse de konkurrenceproblemer, som en fusion medfører, såfremt det forhindrer skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling. Dette er tilfældet for tildeling af varemærkelicenser, når der er tale om en fusion mellem virksomheder, der driver virksomhed på markederne for små husholdningsapparater, som er karakteriseret ved, at varemærkerne er den vigtigste konkurrencefaktor på disse markeder. Dette tilsagn skal dog have en varighed, som, når den gennemsnitlige levetid for de omhandlede produkter tages i betragtning, gør det muligt for licenshaverne i en overgangsperiode, i hvilken de vil have ret til at anvende deres eget mærke sammen med det mærke, som er omfattet af licensen («co-branding»), at sikre en overgang fra dette mærke til deres eget mærke, således at de vil kunne konkurrere effektivt mod

det omhandlede mærke efter overgangperioden.

(jf. præmis 191-193, 195, 205, 207 og 210)

5. I forbindelse med fusionsparternes til-  
deling af varemærkelicenser til flere  
licenstagere i forskellige medlemsstater  
for en række produkter med det formål  
at løse konkurrenceproblemerne er en  
klausul, som med henblik på at sikre  
beskæftigelsen på visse anlæg pålægger  
en af licenstagerne en forpligtelse til i et  
vist omfang at aftage varer til en pris  
svarende til produktionsprisen med  
tillæg af omkostninger for en begræn-  
set periode på to år, hvilken forpligtelse  
alene vedrører ét af de produkter, som  
er omfattet af licensen, tilladt, eftersom  
en sådan klausul hverken medfører en  
stærkelse af den fusionerede enheds  
stilling eller en svækkelse af licensens  
effektivitet. Det samme gælder for den  
ikke-forpligtende mulighed for at  
aftage varer fra den nye enhed, som  
licenshaverne er givet i henhold til dette  
tilsagn.

(jf. præmis 238-242)

6. Den manglende væsentlige overlapning  
mellem parterne i en fusion kan fjerne  
enhver alvorlig tvivl om fusionens for-  
enelighed med fællesmarkedet selv på  
produktmarkeder, hvor den fusionere-  
de enhed har en markedsandel på  
over 40%, idet det i så fald ikke er  
fusionen, der skaber eller styrker den  
dominerende stilling, eftersom denne  
eksisterede i forvejen.

En kommissionsbeslutning, hvorefter  
en fusion ikke rejser alvorlig tvivl, idet  
der ikke er nogen overlapning, må  
imidlertid, hvis Fællesskabets rets-  
instanser skal kunne udøve deres prø-  
velsesret, ikke indskrænke sig til at  
angive de deltagende parters markeds-  
andele med 10%'s intervaller. Selv om  
man, når markedsandelen for en af  
virksomhederne er tæt på 0%, kan sige,  
at der ikke er nogen væsentlig over-  
lapning, er det samme nemlig ikke  
tilfældet, når markedsandelen ligger i  
nærheden af 10%.

Selv om manglen på en væsentlig over-  
lapning kan begrunde Kommissionens  
afvisning af, at der foreligger alvorlig  
tvivl, i dens indledende analyse af  
konkurrencesituationen på et bestemt  
produktmarked, skal der til gengæld

ikke tages hensyn til den manglende væsentlige overlappning under den samlede undersøgelse af situationen på samtlige produktmarkeder i et givet land.

og at de forskellige nationale markeder ligeledes er særskilte, skal analysen af konkurrencesituationen foretages markeds for markeds.

(jf. præmis 318, 320, 321 og 326)

7. Den blotte konstatering af, at den fusionerede enhed, selv om den har en markedsandel på 40% eller derover, vil blive udsat for konkurrence, indebærer ikke i sig selv, at fusionen ikke rejser tvivl på det pågældende marked. At der er konkurrenter, kan kun ændre ved den opfattelse, at den fusionerede enhed indtager en dominerende stilling, såfremt disse konkurrenter står så stærkt, at de kan skabe en reel modvægt.

De forskellige produktmarkeder er dog ikke nødvendigvis helt særskilte markeder, og det kan vise sig nødvendigt at tillempe vurderingen af et bestemt produktmarked på baggrund af konkurrencesituationen på samtlige øvrige produktmarkeder i den pågældende medlemsstat.

At der således tages hensyn til denne konkurrencemæssige helhedssituation, er særligt berettiget, når fusionsparterne driver virksomhed inden for en sektor, hvor varemærker er den vigtigste konkurrencefaktor, og hvor mærkekendskabet er til fordel for samtlige de produkter, der bærer det pågældende mærke, selv om de henhører under særskilte markeder.

(jf. præmis 329)

8. Når Kommissionen i sin analyse af, om en anmeldt fusion rejser alvorlig tvivl for så vidt angår dens forenelighed med fællesmarkedet, går ud fra, at hvert af de produkter, fusionsparterne markedsfører, udgør et særskilt marked,

Kommissionen kan ligeledes ved vurderingen af en virksomheds konkurrencemæssige stilling være nødt til at tage hensyn til virksomhedens mærkeportefølje eller til, at virksomheden har betydelige markedsandele på en række af de relevante produktmarkeder.

Hvis denne gennemgang af den konkurrencemæssige helhedssituation afføder tvivl om den planlagte fusions forenelighed med fællesmarkedet, i betragtning af risikoen for skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, kan Kommissionen ikke se bort herfra med den begrundelse, at denne risiko kun opstår, hvis den fusionerede enhed skaber hovedparten af sin omsætning på de markeder, hvorpå der opstår en dominerende stilling som følge af fusionen, idet denne enhed så ville kunne iværksætte en konkurrencebegrænsende praksis uden at løbe en risiko for, at distributørerne ville straffe denne adfærd ved at undlade at aftage enhedens produkter på disse markeder, hvor den, selv om den ikke har en dominerende stilling, har størstedelen af sin samlede omsætning (sortimenteffekt).

Bortset fra, at forordning nr. 4064/89 ikke skal forbyde misbrug af en dominerende stilling, men derimod skabelse eller styrkelse af en sådan stilling, vil Kommissionen ikke blot kunne gå ud fra en formodning om den afskrækkende virkning af de repressalier, som distributørerne uvægerligt vil iværksætte, og dermed gå ud fra, at der ikke består nogen risiko for misbrug fra den fusionerede enheds side, men skal føre bevis herfor.

(jf. præmis 339, 342, 343, 349, 353, 360 og 362-365)

9. Artikel 40, stk. 4, i statuten for Domstolen og artikel 116, stk. 3, i Rettens procesreglement er ikke til hinder for, at en intervenient fremfører andre anbringender end den part, til støtte for hvem han indtræder i sagen, idet enhver anden fortolkning vil indebære, at interventionen begrænses til en gentagelse af de i stævningen fremførte argumenter. Disse bestemmelser kan imidlertid ikke antages at give intervenienten mulighed for at ændre eller fordreje sagens rammer som fastlagt i stævningen ved at fremføre nye anbringender. En intervenient, som i henhold til procesreglementets artikel 116, stk. 3, indtræder i sagen, som den foreligger ved hans intervention, og hvis påstande i begæringen om intervention i henhold til artikel 40, stk. 4, i statuten for Domstolen kun kan gå ud på at understøtte en påstand fremsat af en af parterne i hovedsøgsmålet, er derfor ikke beføjet til at fremsætte et anbringende, som ikke er fremsat af sagsøgeren. Et sådant anbringende må derfor afvises.

(jf. præmis 417 og 418)

10. Kommissionen kan ikke som led i anvendelsen af forordning nr. 4064/89 godkende tilsagn, der er i strid med traktatens konkurrencebestemmelser, idet de skader bevarelsen og udviklingen af en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet. I denne forbindelse



skal Kommissionen vurdere tilsagnetes forenelighed med fællesmarkedet bl.a. ud fra kriterierne i artikel 81, stk. 1 og 3, EF.

En klausul fastsat i henhold til et tilsagn om tildeling af varemærkelicenser, som tvinger en licenshaver til at koncentrere salget af de af licensen omfattede produkter i sit eget område, har principielt hverken til formål eller til følge at begrænse konkurrencen i artikel 81, stk. 1, EF's forstand, og kan

ikke mærkbart begrænse konkurrencen på de relevante markeder i Fællesskabet i denne bestemmelses forstand, selv om den skal fortolkes som et forbud mod, at licenshaverne eksporterer produkter af det pågældende mærke til andre medlemsstater, når det er åbenbart, at de relevante produktmarkeder har national dimension, og at parallelimporten har et ubetydeligt omfang.

(jf. præmis 421-423)