GERECHT

194 Zaak T-380/17, Heidelberg-Cement AG en Schwenk Zement AG/Europese Commissie

Arrest van 5 oktober 2020 (Achtste kamer)

Mededinging – Concentraties – Markt voor grijs cement in Kroatië – Besluit betreffende onverenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst – Betrokken ondernemingen – Relevante markt – Wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt – Beoordeling van de effecten van een transactie op de mededinging – Toezeggingen – Rechten van verdediging – Gedeeltelijke verwijzing naar nationale autoriteiten

Verzoeksters in deze zaak, Heidelberg Cement AG en Schwenk Zement AG, zijn actief op het gebied van de productie van en handel in grijs cement en hebben een volwaardige gezamenlijke dochteronderneming in Kroatië genaamd Duna-Dráva Cement Kft (hierna: DDC). Bij besluit van 5 april 2017 heeft de Commissie de door verzoeksters en DDC beoogde overname van de onderneming Cemex Croatia verboden (hierna: Besluit). De betreffende concentratie zou de mededinging op de markt(en) voor grijs cement in Kroatië volgens de Commissie op significante wijze belemmeren en onder andere tot prijsstijgingen leiden.
De onderhavige zaak betreft het rechtstreekse beroep tegen het Besluit. Verzoeksters voeren ter ondersteuning van het beroep zeven middelen aan.
Het eerste middel is ontleend aan het gebrek aan een zogenaamde EU-dimensie van de concentratie in de zin van artikel 1 lid 2 Verordening (EG) 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: Covo). Volgens die bepaling dienen ten minste twee bij de concentratie betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar elk afzonderlijk in de Europese Unie een omzet van meer dan € 250 miljoen te hebben behaald. Verzoeksters stellen dat zij hier zelf geen betrokken ondernemingen waren, en dat hun omzet had moeten worden toegerekend aan DDC. Aangezien Cemex Croatia niet meer dan € 250 miljoen aan omzet had behaald, had dat betekend dat een EU-dimensie ontbrak, en de Commissie niet bevoegd was om over de concentratie te oordelen.
Het Gerecht stelt vast dat het eerste middel moet worden beoordeeld in het licht van punten 145 tot en met 147 van de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van de Covo (hierna: Geconsolideerde mededeling). Anders dan verzoeksters stellen, volgt daaruit niet dat de economische werkelijkheid van een transactie enkel een rol speelt in het geval de overnemende gemeenschappelijke onderneming een 'shell company' is, dat wil zeggen een onderneming die enkel met het oog op de transactie is opgericht, dan wel in het geval van omzeiling, dat wil zeggen wanneer de gemeenschappelijke onderneming wordt gebruikt voor een transactie waarbij zij zelf geen baat heeft.
In dit verband onderstreept het Gerecht ten eerste dat het, met het oog op de effectiviteit van concentratiecontrole, altijd noodzakelijk is op een *case-by-case*-basis de economische werkelijkheid achter een beoogde concentratie te onderzoeken. De identificatie van de bij een voorgenomen concentratie betrokken ondernemingen dient te geschieden in het licht van de wijze waarop het betreffende overnameproces is geïnitieerd, georganiseerd en gefinancierd. Dit volgt uit punten 145 en 146 van de Geconsolideerde mededeling.
Ten tweede kan uit punt 147 van de Geconsolideerde mededeling niet worden afgeleid, aldus het Gerecht, dat moederondernemingen alleen maar mogen worden aangemerkt als bij een concentratie betrokken ondernemingen indien hun gemeenschappelijke onderneming als 'shell company' wordt gebruikt. Die situatie is uitsluitend als voorbeeld opgevoerd. Bovendien is in punt 147 van de Geconsolideerde mededeling niet een uitputtende lijst van situaties gegeven waarin de moederondernemingen van een gemeenschappelijke onderneming als bij een concentratie betrokken ondernemingen kunnen gelden. Punt 147 maakt een onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin de gemeenschappelijke onderneming slechts een 'shell company' is en anderzijds de situatie waarin – gezien alle omstandigheden van het geval – de moederondernemingen van de gemeenschappelijke onderneming de daadwerkelijke spelers achter de transactie zijn. In de onderhavige zaak heeft de Commissie aangenomen dat de laatste situatie zich voordeed. Dat de gemeenschappelijke onderneming DDC autonoom op de markt opereerde en hier mogelijk een eigen belang bij de transactie had, doet aan de vaststelling van de Commissie niet af.
Ten derde gaat het Gerecht in op het standpunt van verzoeksters dat een beoordeling op een *case-by-case*-basis zich niet verdraagt met het rechtzekerheidsbeginsel. Het Gerecht stelt vast dat niet duidelijk is of verzoeksters menen dat punten 145 tot en met 147 van de Geconsolideerde mededeling onvoldoende duidelijk, precies en voorspelbaar zijn, of dat de toepassing in het onderhavige geval door de Commissie volgens verzoeksters niet aan die vereisten voldoet. Hoe dit ook zij, ten aanzien van de Geconsolideerde mededeling geldt volgens het Gerecht dat die juist is aangenomen met het oog op het creëren van rechtszekerheid. Bovendien zijn de bepalingen van de Geconsolideerde mededeling niet tegenstrijdig. Zij bieden de mogelijkheid aan zowel de verkopers van een onderneming als de moederondernemingen van een gemeenschappelijke onderneming die de betreffende onderneming beogen over te nemen te bepalen of de laatstgenoemden zelf betrokken zijn of niet. Deze partijen zullen immers op de hoogte zijn van de mate van betrokkenheid van de moederondernemingen van de gemeenschappelijke onderneming bij de totstandkoming van de transactie. Bij twijfel kunnen de ondernemingen bovendien een beroep op experts en indien nodig de Commissie doen. Wat betreft de concrete toepassing in de onderhavige zaak, merkt het Gerecht op dat DDC hier de Commissie in de procedure om een standpunt heeft verzocht en dat ook kort daarop heeft vernomen. Het toen door de Commissie verkondigde standpunt ten aanzien van de betrokkenheid van verzoeksters was identiek aan de latere beoordeling op dat punt in het Besluit.
Ten slotte gaat het Gerecht in op de argumenten ontleend aan de doelstelling van de Covo en aan artikel 5 Covo betreffende de berekening en allocatie van omzet van betrokken ondernemingen. Het Gerecht verwerpt de stelling dat de betrokken ondernemingen in de zin van artikel 1 Covo aan de verschillende kanten van transactie moeten staan, en het dus niet mogelijk is om meerdere betrokken ondernemingen aan verkoopzijde dan wel aan aankoopzijde te identificeren. Artikel 1 Covo verwijst slechts naar ten minste twee betrokken ondernemingen, en laat in het midden aan welke kant van de transactie die ondernemingen dienen te staan. Artikel 5 lid 4 sub c Covo bepaalt dat de omzet van een betrokken onderneming

onder omstandigheden de omzet kan omvatten van ondernemingen die bepaalde rechten ten aanzien van de ondernemingen hebben. Die bepaling staat er evenwel niet aan in de weg dat dergelijke ondernemingen ook zelfstandig als betrokken ondernemingen kunnen worden aangemerkt.

Het Gerecht verwerpt het eerste middel, net als de overige door verzoeksters opgeworpen middelen. Het beroep wordt afgewezen.