FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 6. februar 1997 *

Indhold

Forordningen: baggrund og indhold ..... I - 1383

Proceduren og beslutningen ..... I - 1387

De to sager: problemformulering og disposition ..... I - 1391

I — Formaliteten (sag C-30/95) ..... I - 1394

a) Delvis annullation ..... I - 1395

b) Søgsmålskompetence ..... I - 1396

c) Muligheden af at anfægte betragtningen vedrørende Potacan ..... I - 1399

d) Manglende søgsmålsinteresse ..... I - 1400

II — Realiteten ..... I - 1401

a) Tilsidesættelse af forpligtelsen til at samarbejde med de nationale myndigheder (sag C-68/94) ..... I - 1404

b) Fusionens indvirkning på det tyske marked (sag C-68/94) ..... I - 1410

c) Fusionens indvirkning på fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland (sag C-68/94 og C-30/95) ..... I - 1410

1) Afgrænsning af det relevante geografiske marked ..... I - 1410

2) Muligheden for at anvende fusionsforordningen over for kollektivt dominerende stillinger ..... I - 1417

— Bestemmelsernes ordlyd ..... I - 1419

— Retsgrundlag og lovgivers hensigt ..... I - 1420

— Processuelle garantier ..... I - 1422

— Økonomiske betragtninger og forordningens mål ..... I - 1425

3) Den fejlagtige anvendelse i den foreliggende sag af begrebet kollektivt dominerende stilling ..... I - 1428

— Koncentrationsgraden på markedet ..... I - 1431

— De strukturelle bånd mellem K+S og SCPA ..... I - 1432

* Originalsprog: italiensk.

— Den forsvundne konkurrents kendetegn ..... I - 1436

— Konkurrenternes stilling ..... I - 1437

— Sammenligning mellem K+S/MdK's og SCPA's situation ..... I - 1438

— Kundernes økonomiske styrke ..... I - 1440

— Adgangsbarrierer ..... I - 1441

— Markedets og produktets kendetegn ..... I - 1442

— Parallel adfærd ..... I - 1442

d) Fastsættelse af betingelser og påbud, som rammer virksomheder, der står uden for fusionen (sag C-68/94 og C-30/95) ..... I - 1444

1) Muligheden af at anvende artikel 8, stk. 2, over for virksomheder, der ikke deltager i fusionen ..... I - 1445

2) Egnetheden af de betingelser, der i den foreliggende sag er fastsat for at opretholde en effektiv konkurrence ..... I - 1446

— Betingelsen vedrørende K+S's udtræden af Kali-Export-kartellet ..... I - 1447

— Betingelsen om ophævelse af distributionsaftalerne mellem K+S og SCPA ..... I - 1448

Forslag til afgørelse ..... I - 1449

1. Kan Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser [1] (herefter »forordningen«) anvendes på oligopoler? Og hvilke begrænsninger er Kommissionen på baggrund af forordningens bestemmelser underkastet, når den vurderer lovligheden af fusionerne?

Sagerne C-68/94 og C-30/95 giver Domstolen anledning til at besvare bl.a. disse spørgsmål, som ubestrideligt har betydning for forordningens anvendelse. Ved disse sager — hvoraf den ene er anlagt af den franske regering, den anden af Société commerciale des potasses et de l'azote (herefter »SCPA«) og Entreprise minière et chimique (herefter »EMC«) — anfægtes, ganske vist under lidt forskellige synsvinkler, lovligheden af Kommissionens beslutning 94/449/EF af 14. december 1993 [2] (herefter »beslutningen«).

2. Ved denne beslutning har Kommissionen givet tilladelse til en sammenlægning af Kali

1 — EFT L 395, s. 1.

2 — Beslutning om en procedure i henhold til forordning nr. 4064/89 (sag IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (EFT 1994 L 186, s. 38).

und Salz AG's (herefter »K+S« og Mitteldeutsche Kali AG's (herefter »MdK«) kali- og stensaltsaktiviteter i et joint venture mellem K+S og Treuhandanstalt. Erklæringen om transaktionens forenelighed med fællesmarkedet blev dog gjort afhængig af, at disse virksomheder opfyldte visse betingelser, som i det væsentlige gik ud på, at de skulle afbryde forretningsforbindelserne med SCPA og EMC.

SCPA's og EMC's søgsmål (sag C-30/95) har netop til formål at få annulleret den del af beslutningen, hvor disse betingelser er fastsat. Den franske regerings søgsmål (sag C-68/94) vedrører ligeledes andre aspekter og har således en større rækkevidde. Men da formålene med disse to sager kun delvis afviger fra hinanden, og da visse af de påberåbte anbringender og argumenter for en stor dels vedkommende er samstemmende, finder jeg det muligt og endog ønskeligt at behandle dem sammen, dog med forbehold af de nødvendige sondringer.

3. Inden gennemgangen af beslutningen og behandlingen af denne tvist, som på grund af de principielle spørgsmål, den rejser, kan blive en vigtig milepæl i retspraksis på konkurrenceområdet, finder jeg det dog nyttigt at erindre om forordningens baggrund og væsentlige kendetegn samt om proceduren for kontrollen med fusioner og virksomhedsovertagelser. Dette vil gøre det lettere at forstå visse generelle aspekter, som vil blive behandlet under gennemgangen af de forskellige formalitets- og realitetsspørgsmål, som de foreliggende sager rejser.

Forordningen: baggrund og indhold

4. I modsætning til EKSF-traktaten (artikel 66) indeholder EF-traktaten ingen særlige bestemmelser vedrørende fusioner og virksomhedsovertagelser. Dette skyldes et politisk ønske om at styrke fællesskabsvirksomhederne, også gennem fusioner og virksomhedsovertagelser. Kommissionen bekræftede selv i et memorandum af 1. december 1965, at den principielt gik ind for fusioner og virksomhedsovertagelser, for så vidt disse skønnedes at kunne styrke den europæiske industri, der endnu var for svag til at klare konkurrencen på de internationale markeder. Kommissionen bekræftede endvidere i samme memorandum, at den ville anvende artikel 86 og ikke artikel 85 på fusioner og virksomhedsovertagelser. Denne holdning er godkendt af Domstolen, som i sin dom i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen har anerkendt, at der er tale om misbrug i artikel 86's forstand, når en virksomhed, der allerede har en dominerende stilling, styrker sin stilling, f.eks. ved en fusion, »således, at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i væsentlig grad hindrer konkurrencen« [3].

3 — Dom af 21.2.1973, sag 6/72, Sml. s. 215, præmis 26.

Anvendelsen af artikel 86 kunne dog ikke betragtes som en helt tilfredsstillende løsning, om ikke andet så fordi denne bestemmelse alene tillader et efterfølgende indgreb, dvs. over for allerede eksisterende dominerende stillinger, mens regler om fusioner og virksomhedsovertagelser navnlig skal forebygge konkurrencebegrænsninger. Kort tid efter dommen i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen forelagde Kommissionen derfor Rådet et første forslag til forordning, der gik i denne retning. I øvrigt har Kommissionen i sin senere praksis vist en vilje til på ny at anvende artikel 85 på fusioner og virksomhedsovertagelser, idet den har anvendt mekanismen med en »forudgående vurdering« [4]. Denne tendens synes at blive bekræftet i dommen i sagen BAT og Reynolds mod Kommissionen [5], i hvilken Domstolen har antaget, at et selskabs minoritetsaktiepost i et konkurrerende selskab under visse omstændigheder kan medføre en begrænsning, der er uforenelig med artikel 85.

5. Ovennævnte dom gav næring til debatten om dette spørgsmål og inspirerede Kommissionen til i 1988 at fremlægge et nyt forslag. På grundlag af dette forslag vedtog Rådet forordningen, hvis endelige udformning ikke skjuler den undertiden meget store uenighed, der prægede tilblivelsesfasen [6].

Selv efter forordningens vedtagelse fortsatte den positive vurdering af de forskellige former for virksomhedssammenslutninger, der blev betragtet som det middel, der skulle gøre den europæiske industri i stand til effektivt at tage konkurrencen op på det internationale marked. Det fremhæves nemlig i betragtningerne til forordningen, at fusioner og virksomhedsovertagelser, hvis antal vil blive forøget på grund af afskaffelsen af grænserne inden for Fællesskabet med henblik på gennemførelsen af det indre marked, skal vurderes positivt, idet de tilgodeser behovet for en dynamisk konkurrence og er egnet til at forøge den europæiske industris konkurrenceevne, forbedre vækstbetingelserne samt højne levestandarden i Fællesskabet. Dog må strukturændringerne ikke på længere sigt skade konkurrencen, hvorfor fællesskabsretten bør indeholde bestemmelser vedrørende »fusioner, der vil kunne hindre den effektive konkurrence på det fælles marked eller en væsentlig del heraf betydeligt« (femte betragtning).

6. Forordningen har navnlig hjemmel i artikel 87, for så vidt den indeholder gennemførelsesbestemmelserne til artikel 85 og

4 — Se i denne retning f.eks. Santamaria: *Diritto commerciale communitario*, Milano, 1995, s. 92 ff., hvor Kommissionens beslutning 84/78/EØF af 12.12.1984 (sag Mechaniver — PPG) (EFT 1985 L 35, s. 54) nævnes som første eksempel på denne praksis.

5 — Dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, Sml. s. 4487. Se dog bl.a. Bellamy: »Mergers outside the Scope of the New Merger Regulation. Implications of the Philip Morris Judgment«, i *Fordham Corp. Law Institute*, 1988, s. 22, hvor dommen i sagen BAT og Reynolds mod Kommissionen ikke betragtes som mere vidtgående end den foreliggende sag.

6 — Se Frignani-Waelbroecks resumé: *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, s. 685 og 686.

86. Men som det fremgår af sjette betragtning er »artikel 85 og 86 ... ikke tilstrækkelige til at kontrollere alle de transaktioner, der vil kunne vise sig at være uforenelige med den ordning uden konkurrenceforvridning, som traktaten tilsigter«, og det er grunden til, at forordningen også har artikel 235 som retsgrundlag.

Fusioner og virksomhedsovertagelser defineres i artikel 3, stk. 1, som et ret vidt begreb, som ud over fusioner omfatter situationer, hvor de berørte parter kan bevare deres retlige og endog økonomiske uafhængighed [7]. Det, der først og fremmest er kendetegnende for fusioner i en bredere betydning end den rent tekniske, er opnåelsen af kontrol, hvilket i artikel 3, stk. 3, defineres som »mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift«, særlig ved »ejendoms- eller brugsret til virksomhedens samlede aktiver eller dele deraf«, eller ved »rettigheder eller aftaler, som sikrer afgørende indflydelse på sammensætningen af virksomhedens organer, deres rådslagninger og afstemninger eller beslutninger«. De transaktioner, der henhører under artikel 3's anvendelsesområde, er alene omfattet af forordningen, såfremt de har en »fællesskabsdimension« [8]. De øvrige former for fusioner henhører derimod under de nationale myndigheders kompetence.

7. Ifølge artikel 2, stk. 1, skal Kommissionen ved vurderingen af den pågældende fusions forenelighed med det fælles marked tage hensyn til »nødvendigheden af at bevare og udvikle en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet navnlig på baggrund af alle de berørte markeders struktur samt den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder, der er beliggende i eller uden for Fællesskabet«, samt til en række forhold, der anvendes for at bestemme de pågældende virksomheders faktiske styrke på markedet [9]. Opregningen i denne bestemmelse giver Kommissionen et vidt skøn, også fordi der ikke er angivet nogen rangfølge mellem de forskellige forhold, som der skal tages hensyn til. Det er ligeledes betegnende, at forordningen i modsætning til andre antitrust-lovgivninger ikke indeholder formodninger for ulovlighed i tilknytning til

7 — Ordret: »a) når to eller flere hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed, eller b) når — en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, eller — en eller flere virksomheder ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder«.

8 — Denne betingelse er opfyldt, såfremt »alle deltagende virksomheders samlede omsætning på verdensplan i alt overstiger 5 mia. ECU«, eller »mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning i Fællesskabet hver især overstiger 250 mio. ECU«, medmindre »hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat« (artikel 1, stk. 2).

9 — Nemlig »de deltagende virksomheders position på markedet, deres økonomiske og finansielle styrke, leverandørernes og brugernes valgmuligheder, deres adgang til forsyninger eller afsætningsmarkeder, retlige eller faktiske hindringer for adgang til markedet, udbuds- og efterspørgselsudviklingen for de enkelte varer og tjenesteydelser, de interesser, som forbrugerne i mellemleddene og de endelige forbrugere har, samt udviklingen i det tekniske eller økonomiske fremskridt, for så vidt som dette er til fordel for forbrugerne, og det ikke udgør en hindring for konkurrencen«.

virksomhedernes markedsandele eller matematiske kriterier, der kan benyttes ved vurderingen [10].

Ifølge artikel 2, stk. 2 og 3, afhænger den vurdering af foreneligheden med fællesmarkedet, der foretages på grundlag af ovennævnte kriterier, i sidste instans af, om den pågældende fusion skaber eller styrker en dominerende stilling, »som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf« [11].

8. Kontrolproceduren er inddelt i to faser. I første fase, som indledes med anmeldelsen [12] og varer en måned, kontrollerer Kommissionen, om fusionen eller virksomhedsovertagelsen rejser alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet [13]. Er dette ikke tilfældet, eller er transaktionen ikke omfattet af forordningen, afsluttes proceduren i første fase ved en beslutning truffet af Kommissionen [forordningens artikel 6, stk. 1, litra a) og b)]. Hvis der ikke er vedtaget nogen beslutning, anses fusionen for at være forenelig med fællesmarkedet (artikel 10, stk. 6).

Rejser fusionen derimod alvorlig tvivl, og beslutter Kommissionen derfor at indlede den formelle procedure [forordningens artikel 6, stk. 1, litra c)], skal beslutningen vedtages inden fire måneder. Sker dette ikke, anses fusionen for at være forenelig med fællesmarkedet. I den eventuelle (endelige) beslutning kan fusionen i givet fald erklæres forenelig med fællesmarkedet på betingelse af, at visse betingelser og påbud er opfyldt (artikel 8, stk. 2), eller fusionen kan erklæres uforenelig med fællesmarkedet. I sidstnævnte tilfælde kan Kommissionen, såfremt fusionen

10 — I USA er der ved de i 1984 vedtagne »Merger Guidelines« indført det, man kalder Herfindhal-Hirschman-indekset (HHI), hvor hver fusionerende virksomheds markedsandele opløftes i anden potens og derefter lægges sammen. For at fastslå den faktiske forøgelse af koncentrationsgraden på markedet efter fusionen, ganges produktet af de pågældende virksomheders markedsandele med to. Hvis HHI-indekset efter fusionen ligger under 1 000, godkendes transaktionen i princippet. Ligger indekset mellem 1 000 og 1 800, undersøges fusionen og forbydes eventuelt, såfremt den indebærer en forøgelse på over 100. Hvis HHI-indekset ligger over 1 800, kan fusionen endelig forbydes, også selv om den heraf følgende forhøjelse er på under 50.

11 — Udtrykket »betydeligt« har givet anledning til en livlig debat i teorien. Blandt de mest anerkendte fortolkninger er den, der knytter begrebet til »de minimis«-kriteriet, således at forstå, at kun de fusioner, som har væsentlige følger for konkurrencen og indebærer en betydelig og varig begrænsning heraf, kan erklæres uforenelige med fællesmarkedet. Se f.eks.: Langeheine: »Substantive Review under the EEC Merger Regulation«, i *Fordham Corporate Law Institute*, 1990, s. 484 ff. Angående dette punkt se også Bellamy og Child: *Common Market Law of Competition*, 4. udg., London, 1993, s. 336 ff. Hvad angår betydningen af den effektive konkurrence henviser Domstolen i sin praksis til, hvorledes konkurrencen ville have formet sig uden den pågældende begrænsning: Se herom dom af 10.12.1985, sag 31/85, ETA, Sml. s. 3933, præmis 11. Se også Dechery: »Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations« i *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 317, på s. 323.

12 — Anmeldelsen af fusionen skal finde sted senest en uge efter aftalens indgåelse eller offentliggørelsen af overtagelses- eller ombytningstilbuddet eller erhvervelsen af en kontrollerende aktiepost.

13 — Vurderingen af en fusion med »fællesskabsdimension« forudsætter naturligvis, at der er fastlagt en erhvervssektor, der kan benyttes som reference, for så vidt angår såvel produktet som det geografiske område, der skal tages i betragtning. Til dette formål kan man benytte angivelserne i formular CO, der findes i bilag I til Kommissionens forordning (EØF) nr. 2367/90 af 25.7.1990 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89 (EFT L 219, s. 5), som i mellemtiden er ophævet og erstattet af Kommissionens forordning (EF) nr. 3384/94 af 21.12.1994 (EFT L 377, s. 1). I denne formular angives nemlig alle de oplysninger, der skal meddeles Kommissionen ved anmeldelsen.

allerede er gennemført, beordre enhver forholdsregel, som vil kunne genoprette en effektiv konkurrence (artikel 8, stk. 4).

Proceduren og beslutningen

9. Den 14. juli 1993 modtog Kommissionen, jf. forordningens artikel 4, stk. 1, anmeldelse af et fusionsprojekt mellem det tyske selskab K+S, som er datterselskab til den kemiske koncern BASF, og MdK, det selskab, der samler alle det tidligere Østtysklands aktiviteter inden for udvinding og forarbejdning af kali og stensalt. Selskabets eneaktionær er Treuhand, et offentligretligt organ, der har til opgave at omstrukturere de tidligere østtyske statsvirksomheder.

Det skal bemærkes, at K+S på det tidspunkt, hvor fusionsprojektet blev anmeldt, var langt den største europæiske producent af kali med en årsproduktion på over 2 000 000 tons, efterfulgt af MdK med 1 430 000 tons om året. Den samlede tyske kaliproduktion nåedes således i året umiddelbart før fusionen (1992) op på 3 500 000 tons. Som nr. 3 i rækken med en produktion på ca. 1 000 000 tons om året lå Mines de potasse d'Alsace (herefter »MPA«), hvis ejer er det offentlige franske organ EMC, som i øvrigt ejer 100% af kapitalen i SCPA, handelsselskabet for de pågældende produkter. Herefter fulgte med en årsproduktion på under 1 000 000 tons tre spanske virksomheder, som for nylig er sammensluttet i det offentlige organ INI, der markedsfører deres produkter gennem samme selskab, nemlig Coposa; endelig var der det britiske selskab Cleveland Potash Limited (herefter »CPL«).

10. På grundlag af fusionsprojektet skulle samtlige K+S's og MdK's aktiviteter inden for udvinding og forarbejdning af kali og stensalt overføres til Mitteldeutsche Kali AG GmbH (herefter »MdK GmbH«), et joint venture mellem K+S og Treuhandanstalt. K+S skulle tilføre den fælles virksomhed samtlige sine aktiviteter på det pågældende område, mens Treuhand skulle indskyde en kapital på over 1 mia. DEM. K+S og Treuhand ville komme til at råde over henholdsvis 51% og 49% af kapitalen og stemmerettighederne.

Efter behandlingen af projektet besluttede Kommissionen den 16. august 1993 at indlede proceduren i henhold til forordningens artikel 6, stk. 1, litra c), idet fusionen rejste alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet. Derfor vedtog Kommissionen den 14. december 1993

beslutningen om godkendelse af fusionen [14], idet den dog i medfør af forordningens artikel 8, stk. 2, knyttede bestemte betingelser til beslutningen.

11. Det relevante produktmarked var ifølge beslutningen først og fremmest markedet for kaliprodukter til landbruget [15]. Der er tale om mineralgødning, som anvendes enten direkte eller sammen med andre plantenæringsstoffer, navnlig kvælstof og fosfat, i såkaldte blandingsgødninger. I begge tilfælde kan kali ikke erstattes af noget andet næringsstof. Efter Kommissionens opfattelse er disse produkter — uanset indhold (forskellige mængder kali), form (standardprodukt eller granulater) eller aftagere (landbruget eller blandingsgødningsproducenter) — objektivt og i vid udstrækning indbyrdes substituerbare for brugeren, således at de kan behandles under ét [16].

Kommissionen har endvidere identificeret et andet relevant marked ud over markedet for kaliprodukter, nemlig markedet for magnesi umprodukter, og har endvidere fastslået, at K+S og MdK — når man betragter hele fællesskabsmarkedet under ét — stort set er de eneste aktører i denne sektor [17]. Selv om Kommissionen har konkluderet, at disse selskaber efter en fusion vil komme til at indtage en monopolstilling inden for Fællesskabet med hensyn til produkterne magnesiumsulfat og kiserit, og at det nye joint venture således med en markedsandel på 92% vil komme til at indtage en dominerende stilling på dette særskilte marked [18], har den ikke draget nogen konsekvens heraf.

12. Hvad angår kaliprodukter til brug i landbruget, som er de produkter, som beslutningen næsten udelukkende drejer sig om, har Kommissionen derimod sondret mellem to geografiske markeder, nemlig Tyskland og resten af Fællesskabet [19].

Hvad angår det tyske marked har Kommissionen fastslået, at den pågældende fusion vil styrke K+S's dominerende stilling og føre til et de facto-monopol [20]. Kommissionen har taget til efterretning, at MdK er insolvent, og at virksomheden, hvis den ikke inden for

14 — Den positive udtalelse, som Det Rådgivende Udvalg for Fusionskontrol afgav ved en flertalsbeslutning på mødet den 3.12.1993, er offentliggjort i EFT 1994 C 199, s. 5.

15 — Kommissionen har nemlig udelukket, at fusionen inden for salt og industrikali vil føre til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf (11. betragtning til beslutningen).

16 — Jf. 13.-29. betragtning til beslutningen.

17 — Jf. 30. og 45. betragtning til beslutningen.

18 — Jf. 69. betragtning til beslutningen.

19 — Jf. 31.-44. betragtning til beslutningen.

20 — Når man ser bort fra de mængder, der går fra til eget forbrug (hvoraf koncerninterne leverancer fra K+S til BASF tegner sig for langt størsteparten), har K+S en markedsandel på ca. 79%, mens MdK har en andel på 19%. Tilsammen får de to virksomheder således en markedsandel på 98% (46. betragtning til beslutningen).

kort tid overtages af en anden virksomhed, vil blive tvunget ud af markedet med det resultat, at MdK's markedsandel under alle omstændigheder vil tilfalde K+S. Kommissionen har heraf udledt, at der også vil opstå en dominerende stilling i tilfælde af forbud mod den planlagte fusion [21].

Kommissionen har under disse omstændigheder fundet, at den bør acceptere parternes argumenter, som bygger på »failing company defence«-teorien, ifølge hvilken de kompetente myndigheder ikke kan forbyde en fusion, såfremt en af de berørte virksomheder er på konkursens rand. I betragtning af den situation, som en lukning af MdK vil skabe i Østtyskland, må denne konklusion, stadig ifølge Kommissionen, nemlig betragtes som værende i overensstemmelse med det krav om styrkelse af den økonomiske og sociale samhørighed i Fællesskabet, der er nævnt i 13. betragtning til forordningen [22].

13. For så vidt angår markedet omfattende samtlige medlemsstater undtagen Tyskland har Kommissionen bemærket, at der efter den planlagte fusion vil være to virksomheder, som indtager en dominerende stilling, nemlig K+S/MdK og SCPA [23].

Kommissionens vurdering bygger dels på, at udbuddet fra andre end de to hovedproducenter er meget spredt og stammer fra virksomheder, der ikke kan tage markedsandele fra duopolen [24], dels på den formodning, at der ikke er nogen effektiv konkurrence mellem K+S og SCPA på grund af det pågældende markeds særlige karakter, de to selskabers tidligere adfærd og endelig selskabernes tætte handelsforbindelser [25]. Disse forbindelser består hovedsagelig af a) et samarbejde i eksportkartellet Kali-Export GmbH, et østrigsk selskab etableret i Wien, som koordinerer medlemmernes afsætning af kaliprodukter i lande uden for Fællesskabet (K+S, MdK, SCPA og Coposa deltager i dette eksportkartel med hver 25%), b) kontrollen med et joint venture i Canada, nemlig Potacan, hvis kapital er ligeligt fordelt mellem K+S og EMC/SCPA, og c) den mangeårige aftale, på grundlag af hvilken SCPA distribuerer K+S's produkter i Frankrig.

21 — Jf. 70. betragtning til beslutningen.

22 — Jf. 95. betragtning til beslutningen.

23 — Som anført i 51. og 52. betragtning til beslutningen, vil den virksomhed, som skabes ved fusionen mellem K+S/MdK og det franske selskab SCPA, nemlig komme til at tegne sig for 80% af kaliproduktionen i Fællesskabet (K+S 35%, MdK 25% og SCPA 20%). Ser man alene på de berørte virksomheders afsætning (dvs. uden eget forbrug), fremgår det, at de tilsammen vil få en markedsandel på ca. 50% (K+S 17%, MdK 8% og SCPA 25%). Men da SCPA også i betydeligt omfang sælger kali fremstillet af andre producenter, også kali importeret fra tredjelande, fremkommer der, hvis man medregner det samlede salg i hele Fællesskabet undtagen Tyskland, som kontrolleres af K+S, MdK og SCPA, en markedsandel på tilsammen 60% (K+S 16%, MdK 7% og SCPA 37%).

24 — Jf. 54. og 56. betragtning til beslutningen.

25 — Jf. 57.-62. betragtning til beslutningen.

14. Af disse årsager har Kommissionen således fundet, at fusionen vil føre til en kollektivt dominerende stilling på fællesskabsmarkedet uden for Tyskland, der vil påvirke konkurrencen væsentligt. For at undgå de negative konsekvenser af denne konklusion har parterne afgivet visse tilsagn, som er anført i 63. betragtning til beslutningen, der gengives ordret nedenfor:

»— *Kali-Export GmbH, Wien*

K+S og joint venture-selskabet trækker sig omgående ud af Kali-Export GmbH ...

På samme måde opsiger K+S og joint venture-selskabet forhandleraftalen med Kali-Export GmbH efter de i aftalen fastsatte regler for opsigelse. Fra dette tidspunkt vil joint venture-selskabet konkurrere med Kali-Export GmbH via sit eget distributionsnet.

— *Salg*

K+S og joint venture-selskabet vil etablere deres egen afsætningsorganisation i Fællesskabet — hvor en sådan endnu ikke findes — og sælge deres produkter gennem dette net efter almindelig handelssædvane. I særdeleshed vil der i Frankrig blive etableret et salgsnet for kaliprodukter, herunder også kalispecialprodukter, som skal omfatte hele det franske marked, og hvis art og størrelse afpasses efter dette markeds betydning. Dette salgsnet etableres ud fra rentabilitetshensyn.

Det hidtidige samarbejde med SCPA som forhandler på det franske marked bringes til ophør. Herefter vil SCPA kunne opfylde eksisterende kontrakter indgået med virksomhedens egne kunder, ligesom joint venture-selskabet vil kunne opbygge sin egen salgsorganisation. Der er adgang til at sælge til SCPA på normale markedsvilkår.«

15. K+S har desuden taget Kommissionens tvivl med hensyn til fusionens negative indvirkning på konkurrenceforholdene i Fællesskabet til efterretning og har, som anført i 65. betragtning til beslutningen, afgivet tilsagn om »senest den 30. juni 1994 at omorganisere Potacan på en sådan måde, at begge parter herefter hver især vil kunne afsætte kali fra Potacan uafhængigt af den anden part på markedet i Fællesskabet«.

Hvad dette angår præciseres det dog i 67. betragtning, at »Kommissionen [ikke har] fundet det nødvendigt at gøre tilsagnene

angående Potacan til genstand for et formelt påbud. Den har taget tilsagnet til efterretning og går ud fra, at K+S vil bestræbe sig på at nå til enighed med EMC/SCPA om en omdannelse af Potacan, der opfylder de ovennævnte krav«. Da EMC/SCPA ikke er part i fusionssagen, og da K+S og EMC endvidere har anmeldt joint venture-selskabet Potacan til Kommissionen i henhold til forordning nr. 17, har Kommissionen tilføjet, at »skulle det trods alle bestræbelser ikke lykkes for K+S at nå til enighed med EMC, må der inden for rammerne af proceduren efter forordning nr. 17 findes en tilfredsstillende løsning på de konkurrenceretlige problemer, der beror på joint venture-selskabet Potacan's nuværende struktur«.

16. Da Kommissionen har ment, at de pågældende tilsagn ville kappe båndene mellem K+S og EMC/SCPA, har den således vedtaget en beslutning om forenelighed med fællesmarkedet, hvis artikel 1 er affattet således: »Under forudsætning af, at de betingelser og påbud, som er indeholdt i parternes forpligtelseserklæring og nævnt i betragtning 63 i nærværende beslutning, opfyldes, erklæres den anmeldte fusion mellem Kali und Salz AG, Mitteldeutsche Kali AG og Treuhandanstalt forenelig med fællesmarkedet.«

De to sager: problemformulering og disposition

17. Som nævnt er beslutningen anfægtet både af den franske regering (sag C-68/94 [26]) og af SCPA og EMC (sag C-30/95 [27]). SCPA og EMC har nedlagt påstand om delvis annullation af artikel 1, nemlig af den del, der gør erklæringen om fusionens forenelighed med fællesmarkedet betinget af opfyldelse af betingelserne i 63. betragtning. Disse selskaber kræver ligeledes annullation af den del af beslutningen, hvor Kommissionen accepterer K+S's tilsagn (jf. 65. betragtning) om inden den 30. juni 1994 at omorganisere Potacan.

Disse selskaber har til støtte for deres påstande fremført seks anbringender. Ved de to første har selskaberne gjort gældende, at betingelserne i 63. betragtning ikke har noget at gøre med opretholdelsen af en effektiv konkurrence på fællesskabsmarkedet. Ved det tredje anbringende har selskaberne lagt Kommissionen til last, at den har accepteret deres tilsagn om Potacan under tilsidesættelse af deres rettigheder. Ved det fjerde og femte anbringende har de gjort gældende, at Kommissionen har begået faktiske og retlige fejl såvel i fastlæggelsen af det geografiske marked (medlemsstaterne bortset fra Tyskland) som i vurderingen af påstanden om en kollektivt dominerende stilling på dette marked. Endelig har selskaberne gjort gældende, at forordningens bestemmelser ikke kan anvendes i en sag om en kollektivt dominerende stilling.

26 — I denne sag har den tyske regering interveneret til støtte for Kommissionens påstande.

27 — I denne sag har den franske regering interveneret til støtte for sagsøgernes påstande, mens K+S og MdK har fået tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande.

18. Jeg finder det væsentligt, at SCPA og EMC, da sagen endnu verserede for Retten i Første Instans [28], har fremlagt en anmodning om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning for så vidt angår den del heraf, hvori det pålægges K+S at sælge sine andele og/eller trække sig ud af Kali-Export og bringe distributionsaftalen med SCPA til afslutning, og om suspension af den procedure, Kommissionen har indledt vedrørende Potacan i henhold til forordning nr. 17.

Efter en første foreløbig kendelse [29] har Rettens præsident ved kendelse af 15. juni 1994 [30] givet de sagsøgende selskaber delvis medhold ved at udsætte gennemførelsen af beslutningens artikel 1, for så vidt det heri pålægges K+S og det fælles selskab at trække sig ud af Kali-Export.

19. Til forskel fra SCPA og EMC har den franske regering påstået fuldstændig annullation af beslutningen (sag C-68/94). Den franske regering har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat den forpligtelse til at holde sig i snæver og vedvarende forbindelse med medlemsstaternes myndigheder, der er fastsat i forordningen, at Kommissionen har fejlvurderet fusionens virkninger på det tyske marked, navnlig ved at anvende »failing company defence«-teorien i den foreliggende sag, og at Kommissionen også har fejlvurderet fusionens indvirkning på fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland.

Ved dette anbringende, som igen er inddelt i flere led, har den franske regering gjort indsigelse mod: a) afgrænsningen af det relevante geografiske marked bestående af medlemsstaterne bortset fra Tyskland; b) fusionsforordningens anvendelighed på kollektivt dominerende stillinger; c) den fejlagtige anvendelse i den foreliggende sag af begrebet kollektivt dominerende stilling, og d) fastsættelsen af betingelser og påbud, der skal opfyldes af tredjemænd, der ikke er parter i fusionen.

20. Det står klart, at SCPA's og EMC's argumenter er næsten helt sammenfaldende med den franske regerings argumenter for så vidt angår den påståede fejlvurdering af fusionens indvirkning på fællesskabsmarkedet undtagen Tyskland. Som nævnt kan realiteten i de to sager derfor behandles sammen, når blot der gøres rede for de eventuelle forskelle i argumenterne.

28 — SCPA's og EMC's sag blev nemlig anlagt ved Retten og af denne henvist til Domstolen, fordi den franske regering (sag C-68/94) ved Domstolen har anlagt en sag om samme beslutning. Da de to sagsøgende selskaber i virkeligheden har anmodet om at få sagerne behandlet sammen af Domstolen, har Retten ved kendelse af 1.2.1995 i medfør af artikel 47, stk. 3, i statutten erklæret sig inkompetent og overgivet sagens akter til Domstolen.

29 — Kendelse af 10.5.1994, sag T-88/94 R, Société commerciale des potasses et de l'azote og Entreprise minière et chimique mod Kommissionen, Sml. II, s. 263.

30 — Sag T-88/94 R, Société commerciale des potasses et de l'azote og Entreprise minière et chimique mod Kommissionen, Sml. II, s. 401.

Inden jeg går over til den detaljerede behandling af parternes anbringender, finder jeg det dog hensigtsmæssigt at fremsætte nogle korte generelle bemærkninger, hvoraf det vil fremgå, at der ud over de store interesser, der er på spil, også er principielle aspekter knyttet til denne sag.

21. Jeg vil for det første gøre opmærksom på, at konkurrencereglerne i kraft af det område, de dækker, principielt giver de administrative myndigheder et vidt skøn ved bedømmelsen af de særlige omstændigheder ved de konkrete sager, således at de kan træffe så fornuftige afgørelser som muligt. Det står ligeledes fast, at den opgave, der påhviler Fællesskabets retsinstanser i den forbindelse, kræver, at de råder over et vist skøn, når de skal vurdere normernes økonomiske værdi [31].

Disse bemærkninger gælder så meget mere fusioner, idet fusionskontrollen, der nødvendigvis er forebyggende, kræver et skøn fra det organs side, der skal fortolke og anvende forordningen. Man kan da også i alle antitrust-systemer, selv dem, hvis kontrol bygger på strukturelle oplysninger (de pågældende virksomheders markedsandele og de formodninger, der kan udledes heraf), konstatere en tendens til også at lade vurderingerne hvile på kvalitative oplysninger, som tager hensyn til de særlige omstændigheder ved sagen [32]. Anvendelsen af »kvalitative« kriterier må dog ikke blive til en uforudsigelig praksis, som unægteligt ville have den umiddelbare konsekvens, at legalitetskontrollens betydning begrænses væsentligt [33]. Denne kontrol synes at være så meget mere nødvendig, som Kommissionen beklæder to funktioner, idet den ud over beføjelsen til at foranstalte undersøgelser og behandle sager har en beslutningsbeføjelse, hvorfor den burde være endnu mere forpligtet til at overholde retten til kontradiktion [34].

22. Jeg fremsætter disse bemærkninger, netop fordi de specifikke problemer, der rejses i denne sag, bevirker, at Domstolen skal tage stilling til et generelt spørgsmål vedrørende grænserne for Kommissionens skøn [35]

31 — Angående Domstolens rolle på konkurrenceområdet er der værdifulde oplysninger at hente i Trabucchi: »Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria sulla concorrenza«, i *Rivista di diritto civile*, 1973, I, s. 497 f.

32 — Se angående USA, Leddy: »The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy«, i *ECLR*, 1993, s. 15.

33 — Med hensyn til den formelle lovlighed vedrører kontrollen aspekterne kompetence, motivation, procedurens forskriftsmæssighed og overholdelse af retten til kontradiktion. Med hensyn til den materielle lovlighed går kontrollen derimod ud på at kontrollere nøjagtigheden af den økonomiske analyse, markedsanalysen og analysen af den konkurrencebegrænsende indvirkning og de retlige følger (f.eks. hvad angår kvalifikation af de faktiske omstændigheder), som kan udledes af denne analyse, men naturligvis uden at berøre det skøn, som Kommissionen råder over ved anvendelsen af konkurrencereglerne. Se herom redegørelserne fra Canivet og Biancarelli i *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations* (dokumenter fra det seminar, som De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans afholdt den 22. og 23.11.1993, Luxembourg, 1994, s. 25-38 og 55-65.

34 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825.

35 — I denne forbindelse skal jeg bemærke, at den positive holdning til fusioner, som jeg har beskrevet ovenfor, er blevet bekræftet ved Kommissionens pragmatiske måde at gennemføre forordningen på, som er kendetegnet ved en forkærlighed for »forhandlingsløsninger«, som under alle omstændigheder er til fordel for de behandlede projekter. Kommissionen har, når alt kommer til alt, hyppigt benyttet sig af sin ret til at godkende fusioner under forudsætning af, at visse betingelser og påbud opfyldes, mens Kommissionen derimod kun i meget begrænset udstrækning har gjort brug af sin beføjelse til at udstede forbud. Se herom Van Bael Bellis: *Il diritto della concorrenza nella CE*, 1995, s. 555 og 556.

og retsinstansernes beføjelse til at gribe ind på dette område.

Domstolen bør derfor være meget opmærksom på de så at sige »systematiske« konsekvenser, som dens afgørelse kan få, først og fremmest med hensyn til retssikkerhed, ligebehandling og garantier for tredjemands rettigheder samt afgørelsens følger for fremtidig praksis med hensyn til fusionskontrol. Jeg finder det ikke overflødigt at erindre om, at den retslige kontrol synes at have væsentlig betydning ved fastlæggelsen af fusionsreglerne. Dette gælder ligeledes i de systemer, hvor der i modsætning til vort system allerede i forvejen findes et evalueringskriterium, som styrer de administrative myndigheders aktivitet og gør myndighedernes praksis klar og forudsigelig [36].

23. På de følgende sider vil jeg gennemgå Kommissionens formalitetspåstande vedrørende de franske selskabers sag (sag C-30/95), som vedrører a) muligheden for en delvis annullation af beslutningen som ønsket af selskaberne, b) deres søgsmålsret, c) muligheden for at anfægte beslutningen, for så vidt K+S's tilsagn om at omstrukturere Potacan (65. betragtning) tages til efterretning deri, og endelig d) sagsøgernes søgsmålsinteresse.

Derefter vil jeg gennemgå realiteten i begge sager. Jeg vil for det første behandle de to anbringender, der alene er fremført af den franske regering, nemlig tilsidesættelse af den forpligtelse til at holde sig i snæver og vedvarende forbindelse med medlemsstaternes myndigheder, som påhviler Kommissionen i medfør af forordningens artikel 19 (a), og rigtigheden af Kommissionens vurdering af fusionens indvirkning på det tyske marked (b). Derefter vil jeg behandle de anbringender, der er fremført i begge sager, og som vedrører vurderingen af fusionens indvirkning på fællesskabsmarkedet undtagen Tyskland (c). Her vil jeg først behandle de aspekter, der vedrører afgrænsningen af det relevante geografiske marked (1), og derefter se på muligheden for at anvende forordningens bestemmelser over for kollektivt dominerende stillinger (2) samt bestemmelsernes anvendelighed i den foreliggende sag (3), ligeledes på baggrund af de kriterier, Kommissionen er nået frem til i sine tidligere beslutninger. Endelig vil jeg undersøge spørgsmålet om, hvorvidt det er tilladt at kræve visse betingelser opfyldt af virksomheder, der står uden for fusionen (d).

I — Formaliteten (sag C-30/95)

24. For det første skal det undersøges, om Kommissionens påstande om afvisning af de franske selskabers sag er berettigede.

36 — Se angående USA's erfaringer Hawk's bemærkninger: »Public Private Enforcement of Merger Law in the United States«, i *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, der er nævnt i fodnote 33, s. 81 ff., på s. 83 og 84, hvori det hedder: »The Legality of Mergers is ultimately determined in the Courts according to the judicial standards developped under Section 7 of the Clayton Act, although the Guidelines are increasingly consulted.«

a) *Delvis annullation*

25. Den første afvisningspåstand vedrører kravet om delvis annullation af beslutningen. Kommissionen har nemlig gjort gældende, at såfremt grundlaget for dens erklæring om fusionens forenelighed med fællesmarkedet fjernes, vil annullationen af en eller samtlige betingelser nødvendigvis tvinge den til helt at tilbagekalde den anfægtede beslutning.

Sagsøgerne har derimod gjort gældende, at de omtvistede betingelser kan udskilles fra resten af beslutningen, og at deres annullation blot vil bevirke, at der ikke er knyttet nogen betingelser til beslutningen. Sagsøgerne har tilføjet, at den af Kommissionen frygtede situation under ingen omstændigheder kan opstå, idet forordningens artikel 8, stk. 5, ifølge hvilken Kommissionen kan tilbagekalde sin beslutning, såfremt parterne misligholder en forpligtelse [37], ikke finder anvendelsen i den foreliggende sag.

26. Jeg finder, at denne indsigelse skal behandles samtidig med sagens realitet. Kun herved er det muligt at undersøge, om den eventuelle annullation af betingelserne faktisk kan have følger for resten af beslutningen, således at hele beslutningen skal annulleres.

Endvidere er det teoretisk muligt at foretage den af sagsøgerne påberåbte »udskillelse«, ligeledes på baggrund af forordningens artikel 10, stk. 5, hvor muligheden af en delvis annullation udtrykkeligt nævnes. Med henblik herpå må det fastslås, om de betingelser, der ifølge Fællesskabets retspraksis er knyttet til udøvelsen af beføjelsen til en delvis annullation, er opfyldt. Det skal således sikres, som fastslået af Retten i dommen i sagen SIV m.fl. mod Kommissionen [38] (herefter »planglas-dommen«), »at rækkevidden af beslutningens konklusion, når den ses i lyset af begrundelserne for beslutningen, kan begrænses ratione materiae, ratione personae eller ratione temporis, hvorved dens virkninger begrænses, mens dens indhold forbliver uændret«. Det skal i denne forbindelse som fastslået af Domstolen undersøges, om »en delvis annullation er mulig og berettiget på grund af, at det drejer sig om en beslutning, der som helhed er til gunst for de pågældende virksomheder« [39].

27. Som jeg allerede har forklaret, bygger fastsættelsen af de betingelser, som skal opfyldes, for at fusionen kan erklæres forenelig med fællesmarkedet, på den tanke, at fusionen ifølge Kommissionen på fællesskabsmarkedet undtagen Tyskland vil føre til

37 — Denne bestemmelse er affattet således: »Kommissionen kan tilbagekalde den beslutning, den har truffet i henhold til stk. 2, a) hvis erklæringen om forenelighed bygger på urigtige oplysninger, som kan tilskrives en af de deltagende virksomheder, eller der til grund for erklæringen foreligger en svigagtig adfærd, eller b) hvis de deltagende virksomheder undlader at efterkomme et til beslutningen knyttet påbud.«

38 — Dom af 10.3.1992, forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, Sml. II, s. 1403, præmis 320.

39 — Dom af 23.10.1974, sag 17/74, Transocean Marine Paint mod Kommissionen, Sml. s. 1063, præmis 21.

skabelse af et duopol, som vil kunne påvirke konkurrencen, og som kun kan forhindres, hvis disse betingelser opfyldes. For at annullere beslutningen delvis kræves således bevis for den manglende berettigelse af dette synspunkt, nemlig at det, da fusionen ikke har den af Kommissionen hævdede virkning, ikke vil være nødvendigt at kræve sådanne betingelser opfyldt for at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet.

Dette bekræfter, at indsigelsen nødvendigvis må behandles sammen med sagens realitet. Det skal allerede her fremhæves, at en eventuel delvis annullation højst kan medføre anvendelse af forordningens artikel 10, stk. 5 [40], dvs. genåbning af fristerne og en ny undersøgelse fra Kommissionens side.

b) *Søgsmålskompetence*

28. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at sagsøgerne ikke er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning. Lignende argumenter er fremført af K+S og MdK, som mener, at de ved beslutningen pålagte forpligtelser kun er rettet til dem.

Jeg finder helt klart indsigelsen uberettiget. Da de franske selskaber anfægter en beslutning, som ikke formelt er rettet til dem, skal det undersøges, om beslutningen vedrører dem umiddelbart og individuelt, jf. artikel 173. Jeg skal for det første bemærke, at der ikke er nogen tvivl om, at beslutningen vedrører sagsøgerne *umiddelbart*, idet det tab, som de franske selskaber hævder at have lidt, skyldes denne beslutning.

29. Hvad angår nødvendigheden af at være individuelt berørt skal bemærkes, at efter fast retspraksis vil »andre personer end en beslutnings adressater kun kunne påstå, at de berøres individuelt, hvis denne beslutning 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« [41]. I den foreliggende sag er det åbenbart, at sagsøgernes faktiske situation klart adskiller dem fra alle andre.

Det har for det første betydning, at sagsøgerne er blevet hørt under den administrative procedure. Det fremgår nemlig af Domstolens og Rettens faste praksis om tredjemands søgsmålskompetence på områderne konkurrence, antidumpingtold og støtte, at de

40 — Ordret: »Hvis Domstolen afsiger en dom, som annullerer det hele eller dele af en beslutning vedtaget af Kommissionen i henhold til denne forordning, løber forordningens frister på ny fra datoen for domsafsigelsen.«

41 — Dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org. ref.: Rec. s. 197, af 19.5.1993, sag C-198/91, Cook mod Kommissionen, Sml. I, s. 2487, og af 28.10.1993, sag T-83/92, Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1169, præmis 36.

fysiske eller juridiske personer, som ifølge en forordning eller selve traktaten er berettigede til at deltage i en administrativ procedure, kan anlægge sag »til beskyttelse af deres berettigede interesser« [42].

30. For det andet er konkurrencesituationen på et af de to markeder, der skønnes relevante, og fusionens følger vurderet af Kommissionen, navnlig og specifikt under hensyntagen til situationen for EMC/SCPA, som indgår i et duopol sammen med K+S [43].

31. For det tredje vedrører samtlige de betingelser, der kræves opfyldt af de af fusionen omfattede virksomheder for at kunne erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet, umiddelbart og næsten udelukkende sagsøgernes interesser, og betingelserne vil kunne påvirke virksomhedernes markedsposition væsentligt [44]. Det er indlysende, at man ved at gøre vedtagelsen af en beslutning vedrørende en virksomhed betinget af en ændring eller endog en fuldstændig afbrydelse af de aftalemæssige eller selskabsmæssige forbindelser med et udenforstående selskab i væsentlig grad påvirker begge virksomheders og ikke kun den første virksomheds aktiviteter.

32. Hvad dette angår kan Kommissionens argumenter ej heller vinde gehør. Vedrørende SCPA kan man ikke med nogen ret nægte selskabet enhver søgsmålsret med den begrundelse, at det andet selskab i eksportkartellet Kali-Export, nemlig det spanske selskab Coposa, ligeledes berøres af beslutningen.

For det første er SCPA umiddelbart og specifikt berørt også af de øvrige betingelser, der er fastsat i beslutningen; betingelser, som derimod ikke påvirker andre. Dette er tilstrækkeligt til at adskille SCPA's situation fra andre selskabers situation, idet selskabet herved individualiseres på samme måde som beslutningens adressat. For det andet er det ikke muligt at forhindre en fysisk eller juridisk person, som uomtvisteligt (og individuelt) berøres af en beslutning, i at anlægge sag til beskyttelse af sine interesser, blot fordi en anden fysisk eller juridisk person befinder sig i en lignende situation.

33. Der er fare for at anfægte retten til retsbeskyttelse, hvis man tilslutter sig det synspunkt, som jeg her kritiserer. Synspunktet forekommer mig ej heller at blive bekræftet af en korrekt fortolkning af retspraksis

42 — Dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, præmis 13, af 4.10.1983, sag 191/82, FEDIOL mod Kommissionen, Sml. s. 2913, præmis 28 ff., og af 28.1.1986, sag 169/84, Cofaz m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 391, præmis 23. I den nyere retspraksis henvises til dom af 18.5.1994, sag T-37/92, BEUC og NCC mod Kommissionen, Sml. II, s. 285, præmis 36, og af 24.1.1995, sag T-114/92, BEMIM mod Kommissionen, Sml. II, s. 147, præmis 26.

43 — Dom af 6.11.1990, sag C-354/87, Weddel mod Kommissionen, Sml. I, s. 3847, præmis 20-23, og af 19.5.1994, sag T-2/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 323, præmis 45, i hvilken Retten har admitteret Air France's sag om annullation af en kommissionsbeslutning vedrørende en fusion mellem to af Air France's konkurrenter, også med den begrundelse, at »konkurrencesituationen efter fusionen på de to markeder, der blev karakteriseret som de berørte markeder, blev bedømt af Kommissionen navnlig under hensyn til Air France's situation«.

44 — Se, selv om situationen ikke er den samme, ovennævnte dom i sagen Cofaz m.fl. mod Kommissionen, der er nævnt i fodnote 42, navnlig præmis 28 og 29.

vedrørende traktatens artikel 173, stk. 4. Kun ved en alt for restriktiv fortolkning [45] kommer man nemlig til det resultat, at betingelsen, nemlig at være »umiddelbart og individuelt« berørt, kun kan være rettet til én person og ikke kan opfyldes af flere personer, som man kan identificere nøjagtigt og konkret, for så vidt som de er umiddelbart berørt af foranstaltningen. For at søgsmålsretten kan opstå, er det i virkeligheden nødvendigt, at denne betingelse opfyldes, dvs. at den pågældendes situation adskiller sig specifikt og klart fra enhver anden persons situation; en betingelse, som i den foreliggende sag ikke kan bestrides alvorligt.

34. Jeg skal endvidere bemærke, at der i den foreliggende sag også er fastslået en årsagsforbindelse, for så vidt som der specifikt er taget hensyn til sagsøgernes situation, som har været afgørende for institutionens beslutning, og som udgør eksistensberettigelsen for den anfægtede del af beslutningen [46]. Med andre ord fremgår det klart af sagens faktiske omstændigheder, at individualiseringen af de sagsøgende selskabers situation ikke er tilfældig.

35. Endelig synes Kommissionens henvisning til Rettens dom i sagen Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen [47] at være irrelevant. Ifølge den sagsøgte institution er situationen for en aktionær i et selskab, der er omfattet af en fusion, ikke den samme som situationen for en beslutnings adressat for så vidt angår søgsmålsretten.

Jeg skal i denne forbindelse for det første bemærke, at de i dommen i sagen Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen opstillede principper gjaldt for de sagsøgende selskaber, som var aktionærer i de selskaber, der var direkte omfattet af fusionen. Deres situation var således en helt anden end situationen for EMC og SCPA i den foreliggende sag. Endvidere har Retten i denne dom på ingen måde, som hævdet af Kommissionen, erklæret, at besiddelse af en aktiebeholdning ikke er tilstrækkeligt til at individualisere en person i artikel 173's forstand, men har blot udtalt, at den omstændighed, at en foranstaltning er egnet til at øve indflydelse på forholdet mellem de forskellige aktionærer i et selskab, ikke i sig selv er tilstrækkelig, og at der kræves særlige omstændigheder for at godtgøre, at situationen for den enkelte aktionær kan anses for »umiddelbart og individuelt berørt«. Og efter en omhyggelig læsning af ovennævnte dom finder jeg det ikke urimeligt blandt disse omstændigheder at medtage aktiepostens størrelse [48].

36. Ovenstående bemærkninger gælder såvel SCPA som EMC. I øvrigt har Kommissionen også identificeret EMC som adres-

45 — Som Domstolen har fastslået i dommen i Plaumann mod Kommissionen, der er nævnt i fodnote 41, berettiger »den ovennævnte bestemmelses ordlyd og grammatiske betydning ... den bredest mulige fortolkning; i øvrigt kan de bestemmelser i traktaten, som vedrører borgernes søgsmålsret, ikke fortolkes indskrænkende« (s. 413).

46 — Se angående dette punkt Barav og Vandersanden: *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, s. 172.

47 — Dom nævnt i fodnote 41.

48 — Se ovennævnte dom i sagen Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen, præmis 34, 35 og 36, samt Cook-Kerse, *EC merger Control*, London, 1996, s. 200 og 201.

saten for den betingelse, der er knyttet til Kali-Export. Til trods for, at alene SCPA deltager i det pågældende selskab, vedrører beslutningen i virkeligheden både EMC og SCPA, som således — med rette eller urette — behandles som én enhed [49]. Følgelig synes det mildest talt overdrevet at søge at udskille EMC's situation fra SCPA's for at fratage EMC søgsmålsretten, således som Kommissionen gør, og dette uafhængigt af, at EMC har hævdet at have lidt et »selvstændigt« tab i forhold til SCPA, navnlig som følge af eksportkartellets opløsning. Denne opløsning fratager nemlig EMC salgsnettet til tredjelandene og forhindrer således selskabet i at blive »storeksportør«.

Det siger næsten sig selv, at alle disse betragtninger vedrørende afvisningsindsigelsen, som bygger på de subjektive betingelser for at anlægge annullationssag, ligeledes kan tjene til at tilbagevise de intervenerende selskabers argumenter, som især bygger på sagsøgernes manglende søgsmålskompetence.

c) *Muligheden af at anfægte betragtningen vedrørende Potacan*

37. Kommissionen har i sin sidste afvisningsindsigelse fundet, at den del af beslutningen, som vedrører Potacan's struktur, ikke kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål, for så vidt den ikke har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgernes interesser.

Jeg skal her for det første bemærke, at ifølge Domstolens praksis er det nødvendigt for at fastslå, om en retsakt kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i medfør af artikel 173, at tage hensyn til retsaktens substans og kontrollere, om den kan fremkalde retligt bindende virkninger, som kan berøre en sagsøgers interesser ved væsentligt at ændre hans retsstilling [50].

38. Det er ganske ejendommeligt, at Kommissionen, som har indledt en ad hoc-procedure for at kontrollere Potacan's forenelighed med fællesmarkedet på grundlag af traktatens artikel 85, overvejer eller snarere foreslår en løsning inden for rammerne af den foreliggende sag og faktisk tilskynder en af de fusionerende virksomheder til at »bestræbe sig på at nå til enighed med EMC/SCPA om en omdannelse af Potacan«, der opfylder de af Kommissionen stillede betingelser. Jeg stiller mig meget tvivlende over for denne fremgangsmåde, som helt klart blander procedurer sammen, som, selv om de

49 — Jf. 60. betragtning til beslutningen.

50 — På konkurrenceområdet henvises til dom af 24.6.1986, sag 53/85, AKZO Chemie mod Kommissionen, Sml. s. 1965, og af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639; mere generelt om retsakter, der kan anfægtes i medfør af artikel 173, henvises til dom af 16.6.1993, sag C-325/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3283, præmis 9, og af 23.11.1995, sag C 476/93 P, Nutral mod Kommissionen, Sml. I, s. 4125, præmis 28, som begge støtter teksten.

har forskellige formål og berører forskellige personer, alligevel ender med at påvirke hinanden.

Når dette er sagt, må det dog erkendes, at den del af beslutningen, der gennemgås her, ikke synes at opfylde betingelserne i artikel 173 for at gøre en retsakt til genstand for et annullationssøgsmål. Mere nøjagtigt er beslutningen ikke egnet til at skabe retligt bindende virkninger, som berører de sagsøgende selskaber.

39. I den her behandlede del af beslutningen har Kommissionen faktisk blot taget til efterretning, at K+S, ganske vist på Kommissionens udtrykkelige opfordring, har afgivet tilsagn om at løse Potacan-problemet ved at nå til enighed med EMC. I øvrigt har EMC heller ikke fået noget påbud om at indlede forhandlinger og endnu mindre om at acceptere K+S's forslag. Den pågældende del af beslutningen kan højst komme til at påvirke proceduren i medfør af forordning nr. 17 [51], om end indirekte som nævnt ovenfor. Men der er tale om konsekvenser, som, selv om de faktisk realiseres, ikke vil have nogen betydning for vurderingen af, om den retsakt, der er genstand for den foreliggende sag, kan gøres til genstand for et søgsmål eller ej.

Jeg finder det heller ikke relevant i den foreliggende sag at henvise til løsningen i cellulose-dommen [52], i hvilken Domstolen i relation til søgsmålskompetencen har ligestillet et tilsagn fra de sagsøgende virksomheder med et påbud om at bringe en overtrædelse til ophør i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17. Selv om man ser bort fra forskellene mellem de to sager, må det bemærkes, at forudsætningen for denne løsning, nemlig at sagsøgerne blot har accepteret en beslutning, som Kommissionen kunne have vedtaget ensidigt, ikke er til stede i den foreliggende sag.

40. Følgelig foreslår jeg Domstolen at give Kommissionen og de intervenerende selskaber medhold i deres afvisningsindsigelse og fastslå, at den af de franske selskaber anlagte sag må afvises for så vidt angår det punkt, jeg lige har gennemgået.

d) *Manglende søgsmålsinteresse*

41. De intervenerende selskaber har endelig påstået de franske selskabers sag afvist også på grundlag af manglende søgsmålsinteresse, for så vidt de franske selskaber allerede fuldt

51 — Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962 (EFT 1959-1962, s. 81).

52 — Dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 og C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1307, præmis 181.

ud har opfyldt de tilsagn, der var genstand for de til beslutningen knyttede betingelser.

Angående dette punkt skal jeg for det første bemærke, at indsigelsen må afvises på det formelle plan, da Kommissionen ikke har nævnt den i sine argumenter. Indsigelsen må dog under alle omstændigheder forkastes på grundlag af det af Domstolen fastsatte princip, ifølge hvilket annullationssøgsmålet i medfør af artikel 176 »dog stadig [er] af interesse som grundlag for et eventuelt erstatningssøgsmål«, selv hvor opfyldelsen af forpligtelsen i henhold til artikel 176 måtte vise sig umulig [53].

II — Realiteten

42. Hvad angår sagens realitet vil jeg først gennemgå den franske regerings anbringender, der således vedrører sag C-68/94. Mere nøjagtigt vil jeg begynde med en vurdering af berettigelsen af anbringendet om den påståede tilsidesættelse af forpligtelsen til at samarbejde med de nationale myndigheder (a), hvorefter jeg vil behandle klagepunkterne vedrørende vurderingen af fusionens indvirkning på det tyske marked (b). Endelig vil jeg se på aspekterne vedrørende den påståede fejlvurdering af fusionens indvirkning på fællesskabsmarkedet eksklusive det tyske marked (c), herunder spørgsmålet om lovligheden af at fastsætte betingelser og påbud, der kommer til at berøre virksomheder, der står uden for fusionen (d). Disse aspekter er fremdraget i begge sager og vil derfor blive behandlet sammen for så vidt angår de fælles argumenter.

a) *Tilsidesættelse af forpligtelsen til at samarbejde med de nationale myndigheder* (sag C-68/94)

43. Ved dette anbringende lægger den franske regering Kommissionen til last, at denne i flere henseender har tilsidesat det i forordningens artikel 19 fastsatte princip om opretholdelse af en snæver og vedvarende forbindelse med medlemsstaternes myndigheder. Den franske regering har særlig gjort gældende, at oplysningerne om fordelingen af de forskellige virksomheders salg i hver enkelt medlemsstat og, for så vidt angår SCPA, om sondringen mellem afsætningen af egne produkter og produkter fra andre virksomheder — hvilke oplysninger den franske regering finder afgørende, hvis der skal ske en kvalificeret bedømmelse af såvel Kommissionens indsigelser over for de anmeldende parter som udkastet til beslutning — først blev meddelt medlemsstaterne under det rådgivende udvalgs møde den 3. december 1993. Den franske regering har faktisk kun modtaget et delsvar, nemlig telefonisk den 5. november 1993, på sine gentagne anmodninger om disse oplysninger. Endelig har den franske regering gjort gældende, at fejlen i det tal for SCPA's salg i Belgien og Luxembourg, som Kommissionen har forelagt det rådgivende udvalg, har forhindret medlems-

53 — Dom af 5.3.1980, sag 76/79, Könecke mod Kommissionen, Sml. s. 665, præmis 9.

staternes repræsentanter i at bedømme fusionen korrekt [54].

Kommissionen har for det første påpeget, at det princip om snævert og vedvarende samarbejde med medlemsstaterne, der er fastsat i forordningens artikel 19, stk. 1 og 2, ikke er et generelt og absolut princip, idet der også skal tages hensyn til dels de yderst korte frister, der er fastsat for kontrolproceduren (forordningens artikel 10), dels forretningshemmeligheden, som i den foreliggende sag netop påberåbes i forbindelse med afsætningen i de forskellige lande. For det andet er det i henhold til forordningen Kommissionen, der skal afgøre, hvilke dokumenter der er de vigtigste og derfor skal videregives til medlemsstaternes myndigheder. I den foreliggende sag har både medlemsstaternes myndigheder og det rådgivende udvalg efter Kommissionens opfattelse under alle omstændigheder modtaget samtlige de oplysninger, der er nødvendige for at give en kvalificeret vurdering af den påtænkte fusions indvirkning på konkurrencen. Endelig kan det forkerte tal, som den franske regering har peget på, og som i øvrigt — og helt klart — må betragtes som en grov skrivefejl, under ingen omstændigheder betragtes som egnet til at svække det rådgivende udvalgs analyse.

44. Det skal for det første påpeges, at det i forordningens artikel 19 bestemmes, at Kommissionen »inden tre arbejdsdage [sender] medlemsstaternes kompetente myndigheder kopi af anmeldelser og hurtigst muligt kopi af de vigtigste dokumenter, som indsendes til Kommissionen eller udstedes af denne i henhold til denne forordning« (artikel 19, stk. 1). I artikel 19 pålægges det endvidere Kommissionen at gennemføre de omhandlede procedurer »i snæver og vedvarende forbindelse med medlemsstaternes kompetente myndigheder, som har ret til at fremsætte deres bemærkninger til procedurerne« (artikel 19, stk. 2). Af relevans for den foreliggende sag kan endvidere nævnes artiklens bestemmelse om, at repræsentanter for de nationale myndigheder skal deltage i et ad hoc-rådgivende udvalg, som skal afgive udtalelse på grundlag af »en sagsfremstilling tillige med angivelse af de vigtigste dokumenter samt et udkast til beslutning« (artikel 19, stk. 5).

I den foreliggende sag står det fast, at Kommissionen i rette tid og som foreskrevet i artikel 19, stk. 1, har sendt de interesserede parter såvel de indsigelser, der er rettet til anmelderne (14.10.1993), som udkastet til beslutning om den pågældende fusion (26.11.1993), et udkast, som bl.a. indeholdt oplysningerne om de pågældende virksomheders markedsandele i Fællesskabet. Endvidere er visse oplysninger om størrelsen af de enkelte virksomheders salg i hver medlemsstat efter anmodning blevet meddelt den franske regering, ganske vist telefonisk. Det står ligeledes fast, at de af den franske regering krævede oplysninger først i fuldt omfang blev meddelt samtlige medlemsstater på det rådgivende udvalgs møde den 3.

54 — SCPA's samlede salg i Belgien og Luxembourg beløb sig i virkeligheden til 22 000 tons, mens dokumenterne fra Kommissionen havde tallet 221 000 tons.

december 1993, og at en af de pågældende oplysninger, nemlig den vedrørende SCPA's salg i Belgien og Luxembourg, var forkert.

45. Under disse omstændigheder må det fastslås, om den sene fremsendelse af oplysningerne om kalisalgets størrelse og fejlen i et af tallene som hævdet af den franske regering indebærer en tilsidesættelse af Kommissionens forpligtelse til at samarbejde med de nationale myndigheder.

Jeg vil for det første bemærke, at den sene fremsendelse af disse oplysninger i den foreliggende sag ikke kan retfærdiggøres hverken af det ønske om fortrolig behandling, som de fusionerende virksomheder hævdes at have fremsat, idet oplysningerne i så fald ikke burde være fremsendt overhovedet [55], eller ved en generel henvisning til det skøn, Kommissionen råder over, når den skal afgøre, hvilke dokumenter der er de vigtigste i forordningens artikel 19, stk. 1's forstand. Ganske vist er overholdelsen af fristerne ikke et mål i sig selv, men alligevel skal fristerne overholdes for at sikre en korrekt afvikling af proceduren. Fra denne synsvinkel er det vigtigt at fastslå, om de omhandlede oplysninger var afgørende for vurderingen af fusionens konkurrencebegrænsende virkninger, og om deres sene fremsendelse var egnet til at fordreje proceduren.

55 — Kommissionen har selv i sit indlæg hævdet, at der især var tale om let tilgængelige statistiske oplysninger, og at medlemsstaterne under alle omstændigheder ved forordningens artikel 19 sikres adgang til sagens akter.

46. Jeg må indrømme, at jeg er lidt i tvivl om, hvorvidt størrelsen og fordelingen af de forskellige virksomheders salg, som ganske vist er vigtige, hvis man ønsker et fuldstændigt overblik over fusionens virkninger, skal medregnes blandt de vigtigste dokumenter i forordningens artikel 19, stk. 1's forstand. Jeg finder det ikke helt uberettiget, når Kommissionen hævder, at oplysningerne om hver virksomheds markedsandele, som var indeholdt i udkastet til beslutning, var tilstrækkelige til at foretage en kvalificeret vurdering af den planlagte fusion.

Under alle omstændigheder finder jeg ikke, at man i betragtning af de særdeles korte frister, der er fastsat for Kommissionens vedtagelse af beslutningen, samt den omstændighed, at den franske regering allerede den 5. november modtog disse oplysninger telefonisk, kan hævde, at Kommissionen over for Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til forordningens artikel 19, stk. 1 og 2. Hertil kommer, at den sene meddelelse af disse oplysninger ikke i sig selv kan betragtes som egnet til at gøre beslutningen ugyldig, idet dette kræver, at den påberåbte uregelmæssighed indebærer en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. I denne forbindelse vil jeg erindre om, at ifølge Domstolens faste praksis er »betingelsen for, at en sådan tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet er annullationsgrund ... imidlertid, at en regelret gennemført procedure ville

have medført et andet resultat« [56]. Og i den foreliggende sag har den sagsøgende regering på ingen måde påvist, at Kommissionens beslutning ville have været en anden, såfremt der ikke som påstået var sket tilsidesættelse af forpligtelsen til vedvarende samarbejde med de nationale myndigheder. Den franske regering indskrænker sig til at hævde, at denne mulighed ikke kan udelukkes.

47. Endelig vil jeg se på det forhold, som ligeledes er fremdraget af den franske regering, nemlig at det rådgivende udvalg først modtog alle relevante oplysninger, herunder den fejlbehæftede, på sit møde den 5. december, dvs. den dag, hvor udvalget skulle afgive udtalelse. Men ifølge forordningens artikel 19, stk. 5, skal udkastet til beslutning samt de vigtigste dokumenter meddeles udvalget ved indkaldelsen, dvs. mindst 14 dage før det møde, hvor udtalelsen skal afgives [57].

Dette klagepunkt, der, som Kommissionen har fremhævet, nærmere vedrører retningslinjerne for indkaldelse og høring af det rådgivende udvalg, synes ikke at kunne have væsentlige følger for den anfægtede beslutning. For det første må man nemlig ikke undervurdere betydningen af, at det rådgivende udvalg, som består af eksperter fra branchen, ikke har gjort indsigelse. For det andet har den franske regering på ingen måde godtgjort, at det rådgivende udvalg ville have afgivet en anden udtalelse, og endnu mindre, at Kommissionens endelige beslutning ville have været en anden, såfremt de pågældende oplysninger var fremkommet i tide, og såfremt et af dem ikke havde været behæftet med fejl [58]. Tværtimod synes Kommissionens argumenter, som ikke bestrides, at udelukke en sådan eventualitet.

b) *Fusionens indvirkning på det tyske marked* (sag C-68/94)

48. Den franske regering har fremført to anbringender om vurderingen af fusionens indvirkning på det tyske marked. Dels kritiserer den Kommissionen for i den foreliggende sag at have anvendt den såkaldte »failing company defence«-teori, ifølge

56 — Dom af 21.3.1990, sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 48. Se i samme retning bl.a. dom af 10.7.1980, sag 30/78, Distillers Company mod Kommissionen, Sml. s. 2229, præmis 26, og af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 30.

57 — I artikel 19, stk. 5, bestemmes det dog, at Kommissionen kan afkorte denne frist »i fornødent omfang med henblik på at hindre, at en eller flere af de i en fusion deltagende virksomheder påføres alvorlig skade«.

58 — I denne forbindelse kan det være på sin plads at erindre om, at Kommissionen »i videst mulig udstrækning [tager] hensyn til udvalgets udtalelse. Den underretter udvalget om, i hvilket omfang den har fulgt dets udtalelse« (artikel 19, stk. 6). Kommissionen kan således undlade at tage hensyn til udvalgets udtalelse eller revidere sin stilling og vedtage en endelig beslutning, der afviger fra det udkast, der er forelagt udvalget til udtalelse. Som eksempel kan nævnes den sag, der førte til Kommissionens beslutning 94/208/EF af 31.1.1994, hvori en fusion blev erklæret forenelig med fællesmarkedet (sag nr. IV/M.315 — Mannesmann/Vallourec/Ilva) (EFT L 102, s. 15). I denne sag var holdningen i det beslutningsudkast, som det rådgivende udvalg afgav udtalelse om, at fusionen var uforenelig med fællesmarkedet (se det rådgivende udvalgs udtalelse i EFT 1994 C 111, s. 6), mens Kommissionen i sin endelige beslutning gik i den modsatte retning, uden at det vides, om dette skyldes mindretalsudtalelsen fra nogle af udvalgsmedlemmernes side. Angående det punkt, der behandles i hovedteksten, henvises endvidere for så vidt angår det rådgivende udvalg, der er oprettet på grundlag af forordning nr. 17, til dom af 10.7.1991, sag T-69/89, Radio Telefis Eireann mod Kommissionen, Sml. II, s. 485, præmis 21-27.

hvilken der under visse betingelser skal gives tilladelse til overtagelse af en virksomhed, der er under konkurs, eller som er konkurstruet, idet dette ikke vil skabe konkurrenceproblemer, forkert, dels for ikke at have knyttet nogen betingelse vedrørende det pågældende marked til fusionstilladelsen, selv om der ved fusionen skabes et faktisk monopol, idet den fælles virksomhed får en markedsandel på 98%.

49. Hvad angår det første klagepunkt skal jeg for det første bemærke, at den amerikanske antitrust-lovgivning, ganske vist inden for strenge grænser for at undgå misbrug, giver mulighed for at godkende en overtagelse af en insolvent virksomhed, forudsat at de i fusionen deltagende virksomheder, som ved en proportionalitetsundersøgelse, kan godtgøre, at a) den overtagende virksomhed befinder sig i en situation, der sandsynliggør en snarlig konkurs; b) virksomheden ikke kan gøres til genstand for en vellykket omstrukturering i den i kapitel 11 i Bankruptcy Act forudsatte betydning; c) der ikke findes andre løsninger, der er mindre skadelige for konkurrencevilkårene, end en fusion; d) den konkurstruede eller -ramte virksomhed vil forsvinde fra markedet, såfremt fusionen ikke gennemføres [59].

Som Kommissionen udtrykkeligt har anført i sin beslutning, har den ikke kritikløst taget teorien til sig, men har anvendt en tillempet form. Inspireret af denne teori er Kommissionen navnlig gået ud fra følgende tre kriterier: 1) MdK ville være forsvundet fra markedet, såfremt det ikke var blevet overtaget af et andet selskab; 2) K+S ville under alle omstændigheder have overtaget MdK's markedsandel efter MdK's tilbagetrækning fra markedet; 3) der var ikke noget andet alternativ, der virkede mindre konkurrencebegrænsende.

50. Den franske regering har i det væsentlige gjort indsigelse mod den af Kommissionen valgte løsning, der går ud på at anvende en teori, der er udviklet i og for et andet system, efter en delvis ændring af kriterierne. Den franske regering har navnlig gjort gældende, at Kommissionen overhovedet ikke har taget hensyn til kriterierne under a) og b) i den amerikanske teori; at Kommissionen helt vilkårligt har indført kriteriet om overtagelse af markedsandele, og endelig, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at MdK under alle omstændigheder ville være blevet tvunget ud af markedet, og at der ikke fandtes noget alternativ.

Den franske regering har endvidere erkendt hensigtsmæssigheden af ved vurderingen af en fusion at tage hensyn til det i traktatens artikel J.2 og J.3 fastsatte mål »økonomisk og social samhørighed«, som der ligeledes henvises til i 13. betragtning til forordningen [60], men har gjort gældende, at dette under ingen omstændigheder må føre til en fornægtelse

59 — Se angående »Guidelines« af 1992: Leddy, der er nævnt i fodnote 32.

60 — I denne betragtning hedder det som bekendt, at »Kommissionen ved sin generelle vurdering [bør] tage sit udgangspunkt i virkeliggørelsen af de grundlæggende mål i traktatens artikel 2, herunder styrkelsen af Fællesskabets økonomiske og sociale samhørighed som omhandlet i traktatens artikel 130 A«.

af hovedformålet med fusionskontrollen, nemlig at beskytte konkurrencen.

51. Det er givet, at de kriterier, på grundlag af hvilke fusionernes forenelighed med fællesmarkedet skal vurderes, således som kriterierne er fastsat i forordningen, bygger på en strengt økonomisk opfattelse, hvor det således er hensynet til konkurrencebeskyttelsen, der vejer tungest [61]. Det er dog også givet, at 13. betragtning, som erkendt af den franske regering, viser, at der tillægges den økonomiske og sociale samhørighed stor betydning, hvilket berettiger til, at man naturligvis i den udstrækning, hvor konkurrencen ikke bringes i fare, tager hensyn til mål, som traktaten tillægger en lige så grundlæggende betydning.

Det siger endvidere sig selv, at man ikke kan erklære beslutningen ugyldig med den begrundelse, at Kommissionen har ladet sig inspirere af en teori udviklet i et andet system, men i en tillempet form. Det, der her har betydning, er, at denne teori ikke er i strid med forordningen, at den analyse af teorien, der findes i beslutningen, ikke er forkert, og endelig, at de anvendte kriterier er anvendt korrekt.

52. Som det fremgår af beslutningen, har Kommissionen fundet, at argumentet om »failing company defence«-teorien faktisk kan tages med i betragtning, »eftersom spørgsmålet om, hvorvidt fusionen kan betragtes som værende *årsagen til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling*, kan tillægges betydning efter fusionsforordningens artikel 2, stk. 2« [62].

Den anfægtede indførelse af det kriterium, hvorefter det skal undersøges, om den overtagende virksomhed under alle omstændigheder vil få den overtagne virksomheds markedsandel, har netop til formål at vise, at styrkelsen af den dominerende stilling er uundgåelig, således at forstå, at den dominerende stilling vil blive styrket, også selv om fusionen forbydes.

53. Jeg skal for det første bemærke, at det tyske markeds påviste uigennemtrængelighed og det forhold, som der også er redegjort for i beslutningen, at K+S er i stand til at øge produktionen uden at forøge omkostningerne og vil kunne blive den eneste leverandør på det tyske marked, uundgåeligt

61 — Jf. artikel 2, stk. 3. Kommissionens praksis synes at have fulgt denne kurs. Faktisk findes der før den beslutning, der anfægtes i den foreliggende sag, ingen beslutninger, hvor de nævnte sociale hensyn har vundet over hensynet til konkurrencen. Jeg skal i denne forbindelse henvise til beslutningen i Aérospatiale-Alenia/de Havilland, hvor Kommissionen har forkastet parternes argument om, at de Havillandselskabet sandsynligvis ville blive tvunget bort fra markedet, såfremt fusionen ikke blev godkendt, idet Kommissionen ikke fandt dette sandsynligt (Kommissionens beslutning 91/619/EØF af 2.10.1991, sag nr. IV/M.053 — Aérospatiale-Alenia/de Havilland (EFT L 334, s. 42)).

62 — Jf. 71. betragtning til beslutningen (min fremhævelse).

fører til den konklusion, at MdK's markedsandel, såfremt MdK forsvinder fra markedet, vil tilfalde K+S. I øvrigt er der ingen, ikke engang den franske regering, der for alvor bestrider dette.

Den franske regering har snarere gjort indsigelse mod anvendelsen af dette kriterium, idet den har hævdet, at man herved giver en virksomhed, der allerede indtager en dominerende stilling, mulighed for at styrke sin stilling, alene ud fra den betragtning, at virksomheden alligevel i nær fremtid vil ende med at overtage de markedsandele, som den anden virksomhed på markedet har. Dette vil føre for langt og vil være i strid med konkurrencebeskyttelsesmålet. Med denne påstand, som i sig selv er uigendrivelig, ser den franske regering dog bort fra, at det pågældende kriterium forudsætter, at to andre betingelser er opfyldt, nemlig at den pågældende virksomhed under alle omstændigheder vil forsvinde fra markedet, og at der ikke findes noget andet overtagelsesalternativ, der vil virke mindre konkurrencebegrænsende.

Dette argument må forkastes. Ganske vist har Treuhand, det offentlige organ, der har til opgave at privatisere det tidligere Østtysklands virksomheder, og som ejer MdK, andel i den ved fusionen skabte virksomhed (49% af kapitalen). Følgelig har Treuhand (og således staten) ydet og vil fortsat yde en betydelig støtte til denne virksomhed. Det må dog også betænkes, at Kommissionens analyse bygger på følgende omstændigheder: a) MdK's store tab kan ikke varigt dækkes af Treuhand gennem offentlig støtte, idet en sådan løsning under alle omstændigheder er uforenelig med traktatens bestemmelser om statsstøtte; b) omkostningerne ved en eventuel omstrukturering vil under alle omstændigheder være større end den støtte, der er fastsat som led i fusionen; c) Treuhand's erklæring vedrørende privatisering af virksomheder, ifølge hvilken Treuhand vil indstille samtlige MdK's aktiviteter, såfremt den ikke finder en privat virksomhed, der er rede til at overtage dem. Det er således på grundlag af de særlige omstændigheder i den foreliggende sag (privatisering af en statsvirksomhed, der efter de normale principper for vurdering af selskaber ikke kan betragtes som levedygtig), at Kommissionen har fundet, at den har tilstrækkelige beviser til at godtgøre, at MdK på længere sigt ville forsvinde fra markedet.

54. Med hensyn til de to sidste kriterier har den franske regering dog som nævnt gjort gældende, at de ikke er anvendt korrekt i den foreliggende sag. Den franske regering har for så vidt angår bl.a. MdK's sandsynlige tilbagetrækning fra markedet hævdet, at Kommissionen på ingen måde har godtgjort, at det ville være umuligt at bevare MdK som offentlig virksomhed, f.eks. ved hjælp af støtte, der er forenelig med traktatens artikel 92 og 93.

55. En yderligere grund til at tilslutte sig Kommissionens analyse er, at der ikke findes noget andet alternativ, der vil virke mindre konkurrencebegrænsende. Det er nemlig ubestridt, hvilket fremgår af de dokumenter vedrørende privatiseringen, som Treuhand har forelagt Kommissionen, at samtlige virksomheder, der har ytret interesse for at overtage MdK, senere har afstået herfra. Kommissionen har endvidere undersøgt sagen

yderligere og har navnlig meddelt de interesserede virksomheder det nøjagtige støttebeløb, som fusionen ville have modtaget; et beløb, der også vil blive ydet, såfremt en privat virksomhed overtager MdK. Til trods herfor har ingen virksomhed erklæret sig rede til at overtage MdK.

Under disse omstændigheder finder jeg at kunne tilslutte mig Kommissionens konklusion. Jeg må dog også se på, hvorfor Kommissionen ikke har betragtet Peine-koncernens tilbud, fremkommet efter opnåelsen af enighed om fusionsaftalen, om at overtage Bischofferode-minen, dvs. en af de fire MdK-miner, der er i drift. Dette skyldes, at Bischofferode ikke udgør en væsentlig del af MdK, ligesom der også foreligger en beskæftigelsesmæssig begrundelse.

56. Sidstnævnte aspekt, der i øvrigt har fået stor betydning for anvendelsen af »failing company defence«-teorien også i USA [63], er efter min opfattelse afgørende, navnlig i betragtning af de krav om økonomisk og social samhørighed, som jeg har nævnt flere gange.

Den særlige baggrund for fusioner, som uundgåeligt også omfatter industripolitiske problemer, kan meget vel, også i lyset af den tilstræbte styrkelse af den økonomiske og sociale samhørighed, jf. traktatens artikel 2 og 130 B, muliggøre en passende hensyntagen til beskæftigelsesspørgsmål og til sociale spørgsmål i almindelighed ved vurderingen af fusioner. Dette gælder i hvert fald i de tilfælde, hvor de forskellige løsninger, som i den foreliggende sag, frembyder væsentlige forskelle netop for så vidt angår beskæftigelsesmuligheder [64].

57. I denne forbindelse skal jeg endvidere bemærke, at også Retten i Første Instans i to nyere domme, der ganske vist har en anden baggrund og andre mål, idet der nærmere betegnet var tale om en analyse af søgsmålsretten for repræsentanter for de i fusionen deltagende virksomheders arbejdstagere, har bekræftet, at den betydning, der tillægges den frie konkurrence ved vurderingen af, om en fusion er forenelig med fællesmarkedet, meget vel kan forenes med en hensyntagen til fusionens sociale konsekvenser vurderet på baggrund af traktatens artikel 2. Kommissionen kan således ifølge Retten efterprøve,

63 — »Failing company defence«-teorien skyldes økonomiske hensyn og hensynet til virksomhedernes effektivitet. Senere har politiske og sociale overvejelser dog også gjort sig gældende, bl.a. hensynet til beskæftigelsen. Se herom dommen i United States mod General Dynamics Corp., 415, US 486, 507 (1974); og ovennævnte Areeda Turner, bind IV, 1980, s. 941.

64 — I den konkrete sag, hvor fusionen omfatter aktiviteter, der repræsenterer i alt 3 000 arbejdspladser, var Peine-koncernens tilbud begrænset til overtagelse af aktiviteter, der kun repræsenterede 536 arbejdspladser, dvs. 18% af de arbejdspladser, som fusionen ville sikre. Det er ganske vist navnlig lovgiver, der skal afveje de konkurrencepolitiske mål mod traktatens øvrige mål, men også Domstolen har foretaget sådanne afvejninger: Se f.eks. ovennævnte dom i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen (nævnt i fodnote 3) samt dom af 18.3.1980, forenede sager 154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78, 264/78, 39/79, 31/79, 83/79 og 85/79, Valsabbia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 907.

om fusionen vil kunne få konsekvenser for arbejdstagernes situation i de deltagende virksomheder, »som kan påvirke beskæftigelsesniveauet eller beskæftigelsesvilkårene i Fællesskabet eller en væsentlig del af Fællesskabet« [65]. Retten har i disse domme ikke undladt at henvise til ovennævnte 13. betragtning til forordningen.

Endelig har det betydning, at beskyttelsen af beskæftigelsen i den foreliggende sag skal ses på en bredere baggrund kendetegnet ved nødvendigheden af at afhjælpe de strukturelle mangler i Østtyskland, hvor MdK er etableret. Selv under denne vinkel er beslutningen således helt i overensstemmelse med den tilstræbte økonomiske og sociale samhørighed, der er omhandlet i 13. betragtning.

58. Den franske regerings andet klagepunkt, som har tæt forbindelse med det klagepunkt, jeg lige har gennemgået, går som sagt ud på, at Kommissionen ikke har knyttet nogen betingelse og/eller påbud til tilladelsen til fusionen for så vidt angår det tyske marked, selv om der herved skabes et faktisk monopol på dette marked (98% af markedet). Ifølge den franske regering burde Kommissionen navnlig have gjort erklæringen om forenelighed med fællesmarkedet betinget af et præcist tilsagn fra virksomhedernes side om at holde det tyske marked åbent for konkurrence efter den model, der er fastlagt i Nestlé/Perrier-beslutningen [66].

Kommissionen har svaret, at Nestlé/Perrier-beslutningen er ganske irrelevant, idet åbningen af markedet for konkurrencen i den foreliggende sag ikke afhænger af markedets struktur som i den citerede sag, men af købernes adfærd, dvs. af efterspørgslen og ikke af udbuddet. Kommissionen har endvidere påpeget, at den franske regering ikke har gjort det klart, hvilke forpligtelser der kan pålægges K+S og MdK med henblik på at »åbne markedet for konkurrencen«.

59. Som den franske regering ganske rigtigt har bemærket, er det ikke op til den at foreslå løsninger på dette område, idet denne opgave henhører under Kommissionen, som er det organ, der skal gennemføre antitrustlovgivningen. Men at Kommissionen ikke har fremsat forslag, kan kun ses som tegn på vanskeligheden ved at finde frem til, hvilke betingelser der skal knyttes til fusionen på det tyske marked for at åbne dette for konkurrencen.

Det må her være tilstrækkeligt at påpege, at selv om man går ud fra, at det for at åbne det

65 — Domme af 27.4.1995, sag T-96/92, CCE de la Société générale des grandes sources m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1213, præmis 28 og 29, og sag T-12/93, CCE de Vittel m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1247, præmis 38 og 39.

66 — Kommissionens beslutning 92/553/EØF af 22.7.1992 om en procedure i henhold til Rådets forordning nr. 4064/89 (sag nr. IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (EFT L 356, s. 1).

tyske marked under alle omstændigheder er nødvendigt, trods de særlige forhold, der er anført af Kommissionen, at gribe ind i markedets struktur, er det ikke desto mindre en kendsgerning, at man må afvise en løsning som den, der blev vedtaget i Nestlé/Perrier-sagen. Som nævnt er der nemlig i den foreliggende sag ikke andre overtagelsesalternativer. Derfor finder jeg ikke, at den franske regerings indsigelser kan bruges til at tilbagevise Kommissionens vurdering.

60. Når alt kommer til alt og ligeledes under hensyntagen til det ovenfor anførte om de særlige socio-økonomiske forhold, der gør sig gældende i den foreliggende sag, foreslår jeg Domstolen at forkaste det pågældende anbringende, idet Kommissionens vurdering af fusionens indvirkning på det tyske marked bør godkendes i sin helhed.

c) *Fusionens indvirkning på fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland* (sag C-68/94 og C-30/95)

61. Såvel den franske regering (sag C-68/94) som SCPA og EMC (sag C-30/95) har anfægtet beslutningen for så vidt angår vurderingen af fusionens indvirkning på det andet relevante geografiske marked, nemlig det, der omfatter samtlige medlemsstater bortset fra Tyskland. I virkeligheden vedrører sagsøgernes klagepunkter selve afgrænsningen af dette marked, muligheden af at anvende forordningen på kollektivt dominerende stillinger, den forkerte brug, der i den foreliggende sag er gjort af begrebet kollektivt dominerende stilling, og endelig fastsættelsen af betingelser og påbud, der skal opfyldes af virksomheder, som står uden for fusionen.

Eftersom SCPA's og EMC's argumenter for størstedelens vedkommende går igen i den franske regerings argumentation (som dog er mere omfattende og detaljeret), vil jeg i redegørelsen nedenfor navnlig henvise til den franske regerings argumenter. Naturligvis vil jeg ikke undlade at fremhæve de aspekter, hvorved de pågældende sager afviger fra hinanden.

1) *Afgrænsning af det relevante geografiske marked*

62. Udpegningen af Fællesskabet (bortset fra Tyskland) som det andet geografiske marked, der skal indgå i en vurdering af fusionen, er ifølge den sagsøgende regering og de sagsøgende virksomheder utilstrækkeligt begrundet og hviler på en fejlagtig og i hvert fald ufuldstændig analyse af de relevante elementer. Den franske regering har navnlig bemærket, at de kriterier, som Kommissionen har anvendt ved afgrænsningen af det pågældende geografiske marked, burde have ført til den konklusion, at der ikke findes et enhedsmarked bestående af de øvrige EF-medlemsstater, såfremt kriterierne havde været i overensstemmelse med de kriterier,

der sædvanligvis anvendes ved forordningens gennemførelse. Der er nemlig af flere grunde tale om et meget heterogent marked.

Kommissionen har som svar gjort gældende, at den helt legitimt og korrekt har defineret hele Fællesskabet bortset fra Tyskland som et særskilt geografisk marked, og at der er tale om en ad hoc-definition, der tager hensyn til det pågældende produkts art og kendetegn. Derfor mener Kommissionen, at det er irrelevant at henvise til de kriterier, der anvendes i andre tilfælde.

63. Jeg skal for det første bemærke, at fastlæggelsen af det relevante geografiske marked, som er en forudsætning for enhver undersøgelse af en påstået konkurrencefordrejende adfærd, får endnu større betydning, når man som i den foreliggende sag ønsker at påvise eksistensen af en dominerende stilling [67].

Selv om det ikke kan benægtes, at Kommissionen på dette område har et vidt skøn, siger det sig selv, at det under alle omstændigheder tilkommer Fællesskabets retsinstanser at undersøge nøjagtigheden og beretligelsen af den i beslutningen indeholdte analyse, som danner grundlag for konstateringen af, at der på fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland er tale om en kollektivt dominerende stilling [68].

64. Det bør præciseres, at forordningen ikke indeholder klare angivelser med henblik på at definere det relevante geografiske marked, og at forordningen kun i artikel 9, stk. 7, kommer ind på de kriterier, der er nødvendige for at vurdere, om der findes et særskilt marked inden for en medlemsstat, og således om betingelserne for, at Kommissionen kan overlade det til denne medlemsstats myndigheder at undersøge en anmeldt fusion, er opfyldt. Disse kriterier er indeholdt i CO-formularens del 5 [69]: »Ved det relevante geografiske marked forstås det område, inden for hvilket de pågældende virksomheder afsætter deres varer eller tjenesteydelser, som frembyder tilstrækkeligt homogene konkurrencevilkår, og som kan adskilles fra tilgrænsende områder, navnlig på grund af væsentlige forskellige i konkurrencevilkårene. Blandt de elementer, der har betydning for identificering af det relevante geografiske marked, indgår faktorer som de pågældende varers eller tjenesteydelsers art og karakteristika, eventuelle hindringer for adgangen til dette område, forbrugsvaner, større forskelle mellem virksomhedernes markedsandele i dette og tilgrænsende områder eller større prisforskelle.«

67 — Hvad angår begrebet »det relevante marked« har Retten i sin dom af 21.2.1995 i sag T 29/92, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 289, fremhævet, at dette aspekt er vigtigere i forbindelse med anvendelsen af artikel 86 end artikel 85. Bemærkninger i dommen finder jeg også relevante, når der er tale om en dominerende stilling som følge af en fusion.

68 — Flanglas dommen, der er nævnt i fodnote 38, præmis 360.

69 — CO-formular som fastsat i forordning nr. 2367/90, der er nævnt i fodnote 13.

Blandt de elementer, der skal tages i betragtning ifølge bestemmelserne i ovennævnte CO-formular, er der således ingen rangorden, der gør et af elementerne mere tungtvejende eller i hvert fald mere betydningsfuldt end de øvrige. Selv om jeg ikke kan give Kommissionen ret i, at de kriterier, der er anvendt ved tidligere beslutninger, er uden betydning i den foreliggende sag, må jeg følgelig fastslå, at kriterierne blot er en referenceramme, idet berettigelsen af og sammenhængen i Kommissionens beslutninger skal vurderes på grundlag af de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i de enkelte tilfælde.

65. Jeg vil nu gå over til at behandle de forskellige argumenter, der er fremført. For det første mener sagsøgerne, at Kommissionen har betragtet et marked bestående af lande uden egen produktion (Belgien, Nederlandene, Danmark, Grækenland), producentlande, hvor produktionen strukturelt overstiger forbruget (Spanien, Det Forenede Kongerige), og andre, hvor forbruget strukturelt overstiger produktionen (Frankrig), som et homogent marked. Hertil kommer, at de importerende medlemsstaters indkøbsstrategier afviger meget fra hinanden, således at næsten hele handelen inden for Fællesskabet er ensrettet og ikke præges af den gensidighed, der normalt karakteriserer et ægte homogent marked.

Kommissionen har således ifølge den franske regering blandet en række vidt forskellige situationer sammen, selv om der kun i forbindelse med de lande, der ikke har nogen produktion, kan påvises en vis homogenitet. Et andet bevis på markedets manglende homogenitet får man efter den franske regerings opfattelse, hvis man ser på leverandørernes markedsandele, som varierer betydeligt fra land til land, samt på koncentrationen af udbuddet. Selv en analyse af efterspørgslens karakteristika bekræfter ifølge den franske regering, at der i den foreliggende sag ikke findes et geografisk marked bestående af samtlige medlemsstater bortset fra Tyskland. Kommissionen har nemlig ikke ret i, at produkterne er indbyrdes substituerbare, idet valget af kaliprodukter afhænger af jordens geologiske beskaffenhed, landbrugsarealet, forbrugervanerne og landbrugspolitikkerne samt af, om der findes en kaliindustri i det pågældende område [70].

66. Kommissionen har svaret, at det, at man lader et og samme marked omfatte såvel producentlande som ikke-producentlande, ikke er ensbetydende med, at der er sket en fejlagtig afgrænsning af det relevante geografiske marked, ligesom det ikke er afgørende, at en medlemsstat kun har én producent. Endvidere udelukker det forhold, at handelsstrømmene er ensidige, ikke, at det pågældende marked er homogent. Ifølge de økonomiske teorier udelukker det ene ikke det andet. Man kan heller ikke ud fra importmedlemsstaternes forskellige indkøbsstrategier og endnu mindre ud fra hovedvirksomhedernes markedsandele i de forskellige lande udlede,

70 — De sagsøgende virksomheder synes derimod at være enige med Kommissionen med hensyn til produkternes substituerbarhed, men de har gjort gældende, at dette afhænger af, hvorledes markedet for det pågældende produkt defineres og således ikke har nogen indflydelse på fastlæggelsen af det relevante geografiske marked.

at markedet ikke er homogent, idet disse faktorer ikke er afgørende for afgrænsningen af markedet, idet der f.eks. kan være tale om forudeksisterende handelsbarrierer eller forbrugervaner.

Hvad angår de særlige kendetegn ved efterspørgslen efter de pågældende produkter mener Kommissionen at have taget tilstrækkeligt hensyn til dem. Kommissionen har konstateret dels, at produkterne i høj grad er substituerbare, idet der bortset fra Tyskland ikke er noget land, hvor brugerne klart foretrækker de lokale produkter, dels at samtlige Fællesskabets kaliproducenter er i stand til at producere de forskellige typer. Til forskel fra de andre tilfælde, hvor man har konstateret aftagerpræferencer for kendte mærker [71] eller nationale produkter [72], eller en meget svag efterspørgsel på et marked, der først er ved at blive etableret [73], er der således i den foreliggende sag intet, der viser, at efterspørgselsstrukturen har en sådan beskaffenhed, at der må være tale om særskilte nationale markeder.

67. For det andet finder sagsøgerne ikke, at der kan sættes lid til Kommissionens undersøgelse af transportomkostningerne og priserne på referencemarkedet. Hvad angår transportomkostningerne har Kommissionen i virkeligheden ikke foretaget nogen analyse, men har blot uden at tåle modsigelse hævdet, at transportomkostningerne ikke er en hindring for handelsstrømmene.

Undersøgelsen af kalipriserne inden for Fællesskabet er lige så utilstrækkelig. Ifølge sagsøgerne har Kommissionen ikke, som den burde, sammenlignet priserne hos de forskellige virksomheder i hver medlemsstat. Som bevis på, at der ikke er væsentlige forskelle på prisniveauerne i de forskellige berørte lande, har Kommissionen fremlagt fem år gamle statistikker, der således er uden værdi.

68. Kommissionen har afvist kritikken af sin analyse og gjort gældende, at manglende handelsstrømme mellem producentlande og importlande ikke altid og ikke nødvendigvis skyldes transportomkostningerne. Endvidere viser handelsstrømmene mellem visse lande, der ikke er nabolande (Tyskland og Portugal, Spanien og Belgien, Tyskland og Irland), og de manglende handelsstrømme mellem nabolande (Storbritannien og Nederlandene) efter Kommissionens opfattelse, at transportomkostningerne ikke er prohibitive. I denne forbindelse har Kommissionen henvist til sine overvejelser i den anfægtede beslutning (42. betragtning), som ifølge Kommissionen klart viser, at transportomkostningerne ikke ligger på et sådant niveau, at de lægger hindringer i vejen for samhandelen på det relevante geografiske marked. Med hensyn til priserne i medlemsstaterne bortset fra Tyskland har Kommissionen påpeget, at de ikke er væsentligt forskellige.

71 — Kommissionens beslutning 91/403/EØF af 29.5.1991 (sag nr. IV/M.043 — Magneti Marelli/CEAc) (EFT L 222, s. 38).

72 — Kommissionens beslutning af 6.11.1990 (sag nr. IV/M.004 — Renault Volvo) (EFT C 281, s. 2).

73 — Nestlé/Perrier-beslutningen, nævnt i fodnote 66.

Den største forskel mellem priserne inden for Fællesskabet er nemlig på 10%, mens tallet for Tysklands vedkommende når helt op på 20%.

69. Endelig burde Kommissionen ifølge de sagsøgende virksomheder og den sagsøgende regering i sin vurdering af fusionsprojektet i det mindste have udskilt det franske og det spanske marked, som på grund af deres særlige kendetegn ikke frembyder de samme konkurrencevilkår som de øvrige fællesskabsmarkeder. Efter den franske regerings opfattelse ligner det spanske og det tyske marked hinanden, mens det franske marked er i en ganske særlig situation, der er bestemt af en produktion, som er mindre end forbruget, og af, at der kun er én stor virksomhed på markedet.

Ved ikke at have udskilt disse to medlemsstaters markeder fra de øvrige fællesskabsmarkeder har Kommissionen ifølge sagsøgerne helt forvansket analysen af konkurrencevilkårene før og efter fusionen og givet et forkert billede af styrkeforholdet mellem K+S og SCPA.

70. Kommissionen har bemærket, at den omfattende, om end ensidige, samhandel, de manglende prisforskelle af betydning og de forskellige kaliprodukters indbyrdes substituerbarhed nødvendigvis må indebære, at også Spanien og Frankrig regnes som en del af fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland, ikke mindst da distributionsmetoderne i disse to lande er identiske med dem, der anvendes i resten af Fællesskabet (bortset fra Tyskland).

Hvad angår Frankrig har Kommissionen endvidere bestridt, at konkurrencevilkårene på dette marked afviger fra vilkårene i resten af Fællesskabet, idet det ikke kan tillægges nogen betydning i den forbindelse, at K+S og SCPA/EMC kunstigt har udskilt det franske marked fra fællesskabsmarkedet. Trods dette er de to markeder nemlig grundlæggende homogene, bedømt efter objektive kriterier.

71. Hertil skal jeg for det første bemærke, at det forhold, at handelsstrømmene er ensidige, hvilket også Kommissionen erkender, ubestrideligt er en vigtig faktor, når det relevante geografiske marked skal afgrænses, idet det lader formode, at der er adgangsbarrierer i de forskellige lande, der kan hindre markedsføringen af produkterne og derved bevise, at der er tale om nationale marke-

der [74]. Kommissionen burde således have undersøgt dette spørgsmål grundigere og ikke have indskrænket sig til at påpege, at der var betydelige handelsstrømme mellem de pågældende medlemsstater.

Det virker også lidt besynderligt, at Kommissionen ikke har taget hensyn til, at de største importører i denne sektor havde og har store markedsandele i deres eget land og meget mindre i de øvrige lande, og at Kommissionen ikke har tillagt udbuddets koncentrationsgrad stor betydning.

72. Ovennævnte mangler er dog ikke af en sådan art, at de afkræfter Kommissionens vurdering, som synes at hvile på objektive forhold, der i det væsentlige er ubestridte.

For det første synes de betingelser for at betragte efterspørgselsstrukturen som kendetegnende for særskilte nationale markeder ikke at være opfyldt, så meget mindre som der i hele Fællesskabet bortset fra Tyskland er en høj grad af substituerbarhed for kaliprodukterne, og der ikke er aftagerpræferencer for specialprodukter, der alene kan købes hos lokale producenter.

73. Med hensyn til vurderingen af transportomkostningerne, en faktor, som i almindelighed betragtes som en af de væsentligste for afgrænsningen af det relevante marked, hvilket Domstolen har fastslået i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen [75], er det ganske vist rigtigt, at Kommissionen ofte har indskrænket sig til generelle konstateringer [76]. Jeg finder dog ikke, at det lykkes den franske regering at vise, at forskellene i omkostninger udgør »adgangsbarrierer«. Efter Domstolens praksis er forskellene i transportomkostningerne jo ikke relevante i denne forbindelse, såfremt de er »ikkediskriminerende« [77].

Noget tilsvarende kan siges om analysen af priserne på de pågældende produkter, som er en anden væsentlig faktor, der skal tages i betragtning, jf. det synspunkt, Kommissionen har givet udtryk for i tidligere sager [78]. Ganske vist består de eneste oplysninger, som Kommissionen har fremlagt for

74 — Modsætningsvis har Kommissionen altid betragtet en gensidig markedspenetration som et vigtigt, om end ikke afgørende, tegn på, at to lande tilhører samme geografiske marked. Se Mannesmann/Vallourec/Ilva-beslutningen, der er nævnt i fodnote 58, 33.-37. betragtning. Angående dette punkt, se Cook og Kerse, nævnt i fodnote 48, s. 145 ff., som peger i samme retning.

75 — Dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Sml. s. 1663, præmis 372.

76 — I Kommissionens beslutning hedder det f.eks., at »transportomkostningerne varierer ... I EF uden for Tyskland ser transportomkostningerne dog ikke ud til at ligge på et sådant niveau, at de lægger hindringer i vejen for samhandel mellem de enkelte medlemsstater« (42. betragtning til beslutningen).

77 — Jf. dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 52 og 53.

78 — Jf. f.eks. Magneti Marelli/CEAc beslutningen, der er nævnt i fodnote 71.

at påvise, at der ikke er væsentlige prisforskelle mellem medlemsstaterne, af visse statistikker fra FAO vedrørende perioden 1987-1989 samt en oplysning om K+S's priser i 1992 i Belgien, Nederlandene og Tyskland, men det er også en kendsgerning, at hverken den franske regering eller de sagsøgende virksomheder har fremlagt oplysninger, der modsiger Kommissionens analyse. De har snarere bekræftet, at der ikke er væsentlige prisforskelle, men dette har de dog tilskrevet markedets gennemsigtighed og ikke dets homogenitet.

74. Hvis man hertil føjer, at sagsøgerne ikke har bestridt, at distributionsmetoderne i de forskellige lande stort set ligner hinanden, hvilket udelukker adgangsbarrierer som dem, der findes i Tyskland, må Kommissionens analyse i det væsentlige betragtes som korrekt og tilstrækkeligt begrundet.

Man kan heller ikke nå til en anden konklusion, hvis man går ud fra den franske regerings argumenter for at betragte Frankrig og Spanien som selvstændige markeder, der ikke kan blandes sammen med resten af fællesskabslandene. Kommissionens holdning er dog ikke fri for selvmodsigelser.

75. Det må nemlig i denne forbindelse erkendes, at der i analysen af de såkaldte »adgangsbarrierer« [79] ikke tages hensyn til SCPA's retlige monopol (der ganske vist er begrænset til transiteringen af indførsler fra tredjelande), som Kommissionen betragter som en vigtig barriere for adgangen til Frankrig [80], ved vurderingen af, om Frankrig udgør et særskilt marked eller ej. Denne manglende sammenhæng kan heller ikke, som hævdet af Kommissionen, forklares ved sondringen mellem de barrierer, der er en hindring for handelen inden for Fællesskabet, og dem, der hindrer samhandelen med tredjelande. Det synes i hvert fald tvivlsomt, om SCPA's distributionsmonopol påvirker adgangen til de øvrige medlemsstaters markeder for produkter fra tredjelande, idet visse oplysninger fra den franske regering, som ikke bestrides af Kommissionen, viser det modsatte [81].

De modsigelser, der er fremhævet ovenfor, synes dog ikke at være tilstrækkelige til at give den franske regering medhold. Ifølge Kommissionens vurdering, som står uimodsagt, frembyder såvel Frankrig som Spanien nemlig på konkurrenceområdet karakteristika, der svarer til resten af fællesskabsmarkedet, hvis man ser på produkternes indbyrdes substituerbarhed, markedernes åbning (som bekræftes af det store importvo-

79 — De offentlige distributionsmonopoler rangerer højt blandt adgangsbarrierne, jf. f.eks. Kommissionens beslutning af 29.4.1991 (sag nr. IV/M.063 — ELF/Ertoil) (EFT C 124, s. 13).

80 — Jf. punkt 53 i svarskriftet.

81 — Jf. punkt 78 i replikken.

lumen), prisniveauet og distributionssystemerne. Selv hvad angår disse to lande er der således et tilstrækkeligt grundlag for at støtte Kommissionen, når den vælger at medregne dem til fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland.

76. I betragtning af det ovenfor anførte går jeg i det væsentlige ind for beslutningens afgrænsning af det geografiske marked og, ikke mindst, de konklusioner, der drages heraf.

Kommissionen kunne og burde måske have dokumenteret sine vurderinger lidt bedre, idet vurderingerne, hvis man ser nærmere på dem, på visse punkter viser sig at være omtrentlige. Jeg finder dog ikke, at der er grundlag for at bestride, at der er en vis homogenitet i konkurrencevilkårene på det marked, der består af samtlige medlemsstater bortset fra Tyskland, og slet ikke for at hævde, at den franske regerings indsigelser kan overbevise om det modsatte. Det må endvidere ikke glemmes, at »ensartede« konkurrencevilkår efter Domstolens praksis ikke betyder fuldstændig lige vilkår på de forskellige dele af det område, der betragtes som det relevante marked. Det vigtige er snarere, at konkurrencevilkårene er tilstrækkeligt homogene til at fremtræde som ikke-diskriminerende [82], dvs. at de gør det muligt for virksomhederne at konkurrere på lige fod.

77. I den foreliggende sag forekommer det mig ikke, at den franske regerings argumenter er tilstrækkeligt grundlag for at antage, at konkurrencevilkårene på det marked, som Kommissionen betegner som det relevante marked, ikke er ensartede i ovennævnte forstand. Under disse omstændigheder foreslår jeg Domstolen at forkaste den franske regerings anbringende.

2) *Muligheden for at anvende fusionsforordningen over for kollektivt dominerende stillinger*

78. De betingelser, der er knyttet til beslutningen om godkendelse af den pågældende fusion, har, som det vil erindres, netop til formål på grundlag af Kommissionens analyse at fjerne forudsætningerne for en oligopolistisk dominans fra K+S's og SCPA's side på det pågældende marked.

Såvel den franske regering som SCPA og EMC, som under alle omstændigheder bestrider, at der i den foreliggende sag er tale om en kollektivt dominerende stilling, har gjort gældende, at forordningen overhovedet ikke finder anvendelse på sådanne tilfælde.

82 - Dommen i sagen United Brands mod Kommissionen, som er nævnt i fodnote 77, præmis 44, 52 og 53.

79. Sagsøgerne har nemlig gjort gældende, at man allerede fra et teoretiske og generelt synspunkt må afstå fra at tale om kollektivt dominerende stilling i forbindelse med anvendelse af reglerne om fusionskontrol. Dette er der mange grunde til:

— For det første stiller bestemmelsernes ordlyd sig i vejen, idet der i forordningens artikel 2 i modsætning til traktatens artikel 86 (»en eller flere virksomheders ...«) ikke udtrykkeligt tales om muligheden for en kollektivt dominerende stilling.

— For det andet giver hverken forordningens retsgrundlag — traktatens artikel 235 og 87 — eller lovgivers hensigt hjemmel til at anvende fusionsbestemmelserne på situationer med en oligopolistisk dominerende stilling.

— Endelig bekræftes dette ligeledes af de processuelle garantier, som forordningen giver tredjemand. Navnlig er de virksomheder, der er del af en kollektivt dominerende stilling, men ikke af fusionen, ikke tilstrækkeligt beskyttede.

80. Kommissionen har følgende svar på dette:

— Man kan ikke på grundlag af forordningens indhold, navnlig den omstændighed, at der ikke udtrykkeligt nævnes muligheden af en dominerende stilling omfattende »flere virksomheder«, udelukke, at forordningen finder anvendelse på skabelsen eller styrkelsen af kollektivt dominerende stillinger. Det er i denne forbindelse ikke uden betydning, at artikel 2, stk. 3, sammenkæder den dominerende stilling med selve fusionen og ikke med de omfattede virksomheder, idet der tages hensyn til den dominerende stillings konsekvenser for den effektive konkurrence.

— Forordningens retsgrundlag viser, at dens formål er at udfylde et hul, som artikel 85 og 86 efterlader i konkurrencereglerne for så vidt angår kontrollen med de oligopolistiske dominerende stillinger. Der er intet i de forberedende arbejder eller i de erklæringer, som den franske regering henviser til, der berettiger til at mene, at Rådet har haft til hensigt at udelukke anvendelsen af forordningen med henblik på at fordømme eller afskaffe kollektivt dominerende stillinger.

— En beslutning om godkendelse af en fusion er alene bindende for de virksomheder, som har anmeldt fusionen. Eftersom den retsakt, hvorved proceduren afsluttes i forordningens forstand,

ikke kan skade udenforstående virksomheder, selv om disse er del af den pågældende kollektivt dominerende stilling, er det upassende at tale om manglende eller utilstrækkelige garantier for tredjemand. De proceduremæssige retningslinjer for forordningens anvendelse yder under alle omstændigheder en omfattende beskyttelse af tredjemands rettigheder og interesser.

— Muligheden af at forbyde en fusion, som styrker de oligopolistiske tendenser på markedet, er resultatet af den økonomiske teori, ifølge hvilken konkurrencen under alle omstændigheder berøres på et oligopolistisk marked, såfremt visse betingelser er opfyldt. Det er således absolut nødvendigt at kunne anvende forordningen i tilfælde af kollektivt dominerende stilling, hvis den effektive konkurrence skal sikres.

— Bestemmelsernes ordlyd

81. Jeg vil begynde med en påpegning af, at sagsøgernes synspunkt vanskeligt kan bestrides. Forordningen, særlig artikel 2, indeholder nemlig ingen henvisning, ej heller indirekte, til begrebet oligopolistisk dominerende stilling. Dette er så meget mere påfaldende, som traktatens artikel 86, som fremhævet af sagsøgerne, derimod udtrykkeligt taler om uforenelighed med fællesmarkedet af »en eller flere virksomheders« misbrug af en dominerende stilling.

Det er åbenbart, at artikel 2, stk. 3, der, som hævdet af Kommissionen ganske vist sammenkobler den dominerende stilling med fusionen og ikke med de pågældende virksomheder, henviser til fusionens dominerende stilling og ikke til den dominerende stilling, der indtages af virksomheder, som står uden for fusionen. Det vil under disse omstændigheder være for letkøbt at citere de velkendte ord: ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit.

82. Men selv om bestemmelsernes ordlyd ikke kan undgå at føre til den konklusion, at forordningen alene tager sigte på at modvirke de fusioner, som skaber eller styrker en enkelt virksomheds dominerende stilling, og ikke dem, der fører til flere virksomheders dominans [83], kan forordningens artikel 2 dog ikke betragtes som afgørende, idet denne bestemmelse skal læses i lyset af hele forordningen og dennes formål.

83 — Se i denne retning f.eks. Siragusa Subiotto: »Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima alalisi critica delle decisioni della Commissione«, i *Giurisprudenza Commerciale* 1992, 1, s. 233, på s. 271 og 272. Hos visse andre finder man en mere nuanceret holdning, idet de indskrænker sig til at understrege vanskeligheden ved at tilslutte sig det modsatte synspunkt, jf. f.eks. Cook og Kerse, der er nævnt i fodnote 48, s. 134 ff.; Korah: *EC Competition Law and Practice*, London, 1994, s. 242; Bellamy og Child: *Common Market Law of Competition*, London, 1993, s. 343 og 344.

Jeg er således nået frem til sagsøgernes øvrige argumenter, som vedrører retsgrundlagene, lovgivers hensigt (som denne fremgår af de forberedende arbejder og forordningens ordlyd) og de processuelle garantier, samt Kommissionens overvejelser af økonomisk karakter, som hænger nøje sammen med konkurrencereglernes formål.

— Retsgrundlag og lovgivers hensigt

83. Lad mig med det samme sige, at jeg ikke deler sagsøgernes synspunkt, ifølge hvilket valget af retsgrundlag i sig selv taler for, at forordningen ikke finder anvendelse på kollektivt dominerende stillinger. I princippet kan artikel 87 og 235 nemlig meget vel anvendes til dette formål. Men jeg finder heller ikke, at man kan påberåbe sig det modsatte under henvisning til, at forordningen i det væsentlige bygger på artikel 235 snarere end på artikel 87, eller til Rådets og Kommissionens erklæring ad forordningens artikel 22, nemlig den del, hvor det anføres, at artikel 85 og 86 ikke finder anvendelse på fusioner [84].

84 — Rent bortset fra, at mundtlige erklæringer ifølge Domstolens faste praksis har begrænset værdi (jf. f.eks. dom af 26.2.1991, sag C-292/89, Antonissen, Sml. I, s. 745, præmis 18), og at den pågældende erklæring under ingen omstændigheder kan fortolkes som en begrænsning af artikel 85 og 86's anvendelsesområde, kan en sådan erklæring helt sikkert ikke føre til den konklusion, at den hjemmel, der udgøres af traktatens artikel 87, i virkeligheden har en begrænset rækkevidde, med den konsekvens, at der ikke kan knyttes en forbindelse mellem begrebet kollektivt dominerende stilling og artikel 86.

Det er næsten overflødigt at tilføje, at man vanskeligt kan se, hvorledes man ellers skal kunne gribe ind til forebyggelse af kollektivt dominerende stillinger, der skabes eller styrkes som følge af fusioner, medmindre man mod al sund fornuft indtager det synspunkt, at traktaten selv udelukker en sådan mulighed.

84. Af denne konklusion udleder jeg dog i modsætning til Kommissionen ikke, at forordningen faktisk i sin nuværende ordlyd gør det muligt at gribe ind over for kollektivt dominerende stillinger. Jeg vil her nøjes med at bemærke, at den omstændighed, at det valgte retsgrundlag givetvis kan være bestemmende for tildelingen af bestemte beføjelser, ikke i sig selv indebærer, at disse beføjelser faktisk er blevet tildelt. Alligevel forholder det sig dog således, at man ved at benytte dette retsgrundlag har fastsat visse beføjelser og udelukket andre.

Det væsentlige er i sidste instans, om forordningens ordlyd udtrykkeligt eller selv stiltiende bekræfter, at Kommissionen har fået tillagt beføjelse til at gribe ind over for kollektivt dominerende stillinger. Og jeg hælder til det synspunkt, at teksten som helhed snarere taler til fordel for en restriktiv fortolkning af artikel 2.

85. Til fordel herfor taler f.eks. som påpeget af de sagsøgende virksomheder ordlyden af 15. betragtning til forordningen, ifølge

hvilken »fusioner, der på grund af de deltagende virksomheders begrænsede markedsandele ikke er tilbøjelige til at hindre den faktiske konkurrence, kan anses for at være forenelige med det fælles marked«, og »[der kan] især foreligge et tegn herpå, når de berørte virksomheders markedsandel ikke overstiger 25%«. Ifølge de sagsøgende virksomheder ville man ikke have valgt denne procentdel, såfremt forordningen også fandt anvendelse på kollektivt dominerende stillinger [85].

Det er rigtigt, at den formodning for uforenelighed, der findes i betragtningen, når der er tale om en dominerende stilling med en samlet markedsandel på over 25%, ikke genfindes i forordningens dispositive del [86]. Det er også rigtigt, at markedsandelene i de i medfør af forordningen vedtagne beslutninger blot er et udgangspunkt for vurderingen af fusionens virkninger, idet der skal tages hensyn til mange andre forhold [87]. Men hvis man ønsker at tillægge 15. betragtning nogen betydning overhovedet, vil det ikke være urimeligt at betragte den som tegn på en vilje hos lovgiver til ikke at lade forordningen omfatte tilfælde af kollektiv dominans, idet en andel på 25% ganske rigtigt er for lidt til at kunne vedrøre et oligopol [88].

86. Hertil kommer, at de forberedende arbejder egentlig synes at bekræfte lovgivers ønske om *ikke* at anvende forordningen på kollektivt dominerende stillinger. Ganske vist kender vi meget vel Kommissionens ønske, der manifesterede sig under retsaktens udarbejdelse og kom til udtryk flere gange, om at anvende den pågældende ordning på oligopoler [89], men det er ligeledes en kendsgerning, at Kommissionen har fremhævet, at den nuværende formulering af artikel 2, stk. 3, er resultatet af et vanskeligt kompromis netop vedrørende spørgsmålet om kollektivt dominerende stillinger [90].

Det vil være på sin plads her at understrege, at det fremgår af en sammenligning mellem

85 — Se ligeledes Cook og Kerse, nævnt i fodnote 48, s. 134.

86 — Dette har Kommissionen f.eks. vist i sin beslutning af 18.12.1991 (sag nr. IV/M.165 — Alcatel/AEG Kabel) (EFT 1992 C 6, s. 23), 22. betragtning.

87 — Se f.eks. Kommissionens beslutning 94/359/EF af 21.12.1993 (sag nr. IV/M.358 — Pilkington-Techint/SIV) (EFT L 158, s. 24). Jeg skal endvidere påpege, at heller ikke i Domstolens praksis vedrørende artikel 86 er markedsandelen, selv om den kan udgøre et vigtigt holdepunkt for, at der foreligger en dominerende stilling, hvis den er på 80% eller derover, nødvendigvis en afgørende faktor herfor, idet den blot skal tages i betragtning sammen med andre faktorer. Se bl.a. dom af 5.10.1988, sag 247/86, Alsatel, Sml. s. 5987, præmis 19.

88 — I hvad dette angår er der i den tyske lov om konkurrencebegrænsning, som netop bygger på en strukturel opfattelse, nemlig et system med formodninger, hvor virksomhedernes markedsandele er afgørende, fastsat en tærskel på mindst 50%. Nærmere bestemt hedder det i denne lovs afdeling 23, § 2, stk. 2: »Med henblik på fusionskontrol anses en gruppe virksomheder også for at indtage en dominerende stilling, såfremt:
1.den omfatter tre virksomheder eller derunder, som har den største markedsandel og tilsammen repræsenterer en andel på 50%, eller
2.den omfatter fem virksomheder eller derunder, som har den største markedsandel og tilsammen repræsenterer en andel på to tredjedele, medmindre virksomhederne godtgør, at konkurrencevilkårene er sådanne, at man kan forvente en væsentlig konkurrence mellem virksomhederne selv efter fusionen, eller såfremt disse virksomheder under ét ikke indtager en dominerende stilling i forhold til de tilovers blevne konkurrenter ...«

89 — I denne forbindelse er det tilstrækkeligt med en henvisning til *XVI beretning om konkurrencesituationen* af 1986, særlig punkt 333.

90 — Jf. duplikken, s. 36.

Kommissionens sidste ændrede forslag [91] og den endelige tekst, at forslagets henvisning til hindringerne for opretholdelse og udvikling af en effektiv konkurrence er udskiftet med begrebet »dominerende stilling«, som unægteligt bringer ordlyden af artikel 86 i erindring. Under disse omstændigheder må det fastslås, at den endelige tekst er resultatet af et bevidst valg som følge af vanskeligheden ved at nå til enighed om dette punkt, hvilket Kommissionen har erkendt.

87. Man kan beklage, at Rådet har truffet sin afgørelse i enighed med visse af sine medlemmer og uenighed med andre, men ingen kan ændre på dette forhold undtagen lovgiver selv. Kommissionens synspunkt, nemlig at denne situation, hvor der ikke findes nogen bestemmelse, som udtrykkeligt udelukker forordningens anvendelighed på kollektivt dominerende stillinger, indebærer, at spørgsmålet står åbent, forekommer mig ikke overbevisende. Jeg finder under ingen omstændigheder, at Kommissionen, som den selv hævder, har grund til at mene, at den har beføjelse til at løse problemer, som medlemsstaterne bevidst har ladet stå åbne.

For at sige det tydeligere, vil den modsatte opfattelse svare til en godkendelse af et sui generis-subsidiaritetskriterium, i medfør af hvilket Kommissionen, når den finder det hensigtsmæssigt eller nødvendigt, kan indtage en rolle som stedfortræder for andre institutioner og navnlig for lovgiver. For at følge spillets regler burde Kommissionen snarere tage initiativ til at anmode om en ændring af forordningen i ovennævnte retning. Dette har Kommissionen ikke gjort, og jeg vil tøve meget med at påstå, at Kommissionen og Domstolen som led i gennemførelsen og/eller fortolkningen af et sæt regler kan udfylde de huller deri, som skyldes et bevidst valg hos lovgiver [92].

88. Når det kommer til stykket, synes selv de forberedende arbejder at bekræfte, at lovgivers hensigt, således som denne kommer til udtryk i forordningen, går i retning af at udelukke kollektivt dominerende stillinger fra forordningens anvendelsesområde. Denne konstatering er dog ikke afgørende i den foreliggende sag. De forberedende arbejder kan nemlig højst være en rettesnor. De er ikke afgørende, fordi man ved den rette fortolkning af en bestemmelse skal se på bestemmelsens bogstav og dens formål.

— Processuelle garantier

89. Jeg går nu over til at behandle et aspekt, som uomtvisteligt har grundlæggende betydning i den foreliggende sag. Såvel den franske regering som de sagsøgende virksomheder

91 — KOM(88) 734/rev., endelig udg.

92 — Allerede Trabucchi, der er nævnt i fodnote 31, s. 503, har under henvisning til retspraksis på konkurrenceområdet erklæret, at »den hyppige henvisning til økonomiske forhold og den betydning, man tillægger disse i forbindelse med retsafgørelser, står på ingen måde i modsætning til *Domstolens væsentligste funktion, som går ud på at overholde og få andre til at overholde traktaten og den afledte ret* ... Såfremt en bestemmelse findes, skal den fuldt ud overholdes ...«.

har jo som nævnt gjort gældende, at den manglende vilje og mulighed for at anvende forordningen på kollektivt dominerende stillinger på afgørende vis bekræftes af, at disse bestemmelser ikke indeholder processuelle garantier, der er egnede til at beskytte de virksomheders rettigheder, som, selv om de ikke er omfattet af fusionen, er med til at skabe en kollektivt dominerende stilling.

Jeg har allerede under behandlingen af formaliteten i forbindelse med de sagsøgende virksomheders sag understreget, at der ikke er hold i Kommissionens synspunkt, ifølge hvilket den retsakt, hvorved proceduren i medfør af forordningen bringes til afslutning, alene er bindende for parterne i fusionen, med det resultat, at den under ingen omstændigheder kan skade tredjemand. Jeg behøver ikke nævne andre eksempler, idet det netop af den foreliggende sag helt klart og utvetydigt fremgår, at det modsatte er tilfældet [93].

90. Her drejer det sig om at fastslå, om forordningens processuelle garantier til beskyttelse af tredjemand kan anses for tilstrækkelige, også i det tilfælde, hvor de pågældende »tredjemænd« er del af det oligopol, som Kommissionens beslutning vedrører.

Jeg vil for det første bemærke, at tredjemands deltagelse i proceduren i overensstemmelse med forordningen ikke i den foreliggende sag synes at kunne sikre en passende beskyttelse af retten til kontradiktion. Dels modtager de virksomheder, der formodes at udgøre del af oligopolet, og som står uden for fusionen, ikke nogen specifikke informationer. Dels kan der i henhold til artikel 18, stk. 4, kun indhentes udtalelser fra tredjemand, såfremt Kommissionen eller de kompetente myndigheder i medlemsstaterne anser det for påkrævet også at indhente udtalelser fra andre fysiske eller juridiske personer (herunder naturligvis også de virksomheder, der står uden for fusionen), eller på disse fysiske eller juridiske personers anmodning, såfremt de godtgør, at de har en interesse deri. Der er således tale om en ikke-obligatorisk, uformel procedure, hvilket bekræftes af forordning nr. 2367/90 [94] (som

93 — Det er nemlig helt åbenbart, at den skade, som beslutningen har påført de sagsøgende selskaber, er en direkte følge af den adfærd, som de i fusionen deltagende virksomheder har tillagt sig for at opfylde Kommissionens krav. Dette er i øvrigt allerede blevet bekræftet af præsidenten for Retten i Første Instans, der havde fået forelagt en sag om foreløbige forholdsregler. Præsidenten har i kendelse af 15.6.1994 i sagen Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique (nævnt i fodnote 30), hvorved gennemførelsen af den anfægtede beslutnings artikel 1 udsættes, for så vidt det heri pålægges selskaberne at trække sig ud af Kali-Export, fastslået, at det ikke kan udelukkes, at den pågældende betingelse, »vil kunne krænke tredjemands rettigheder, i dette tilfælde de rettigheder, der tilkommer de øvrige anpartshavere i Kali-Export ... som ikke var part i proceduren for Kommissionen« (præmis 28).

94 — Nævnt i fodnote 13. I denne forordning er der nemlig i lighed med Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25.7.1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42) alene fastsat bestemmelser for høringer af parterne i fusionen (artikel 13 og 14), mens det, for tredjemands vedkommende — som f.eks. de sagsøgende virksomheder i den foreliggende sag ifølge Kommissionen — er fastsat en ordning, hvor tredjemand høres efter anmodning, men uden processuelle garantier (artikel 15). Den franske regering har angående dette punkt understreget, at disse høringer i praksis blot er simple kontakter med Kommissionens tjenestemænd, som på ingen måde kan opfylde de krav om information og beskyttelse af personer, der er 100% impliceret i proceduren, som f.eks. »parterne« til det oligopol, der skabes som følge af fusionen. Det skal bemærkes, at forordning nr. 2367/90 er erstattet af forordning nr. 3384/94 (nævnt i fodnote 13), hvis bestemmelser er mere beskyttende i visse henseender. Men i den del, der er af interesse i den foreliggende sag, er problemformuleringen nogenlunde uændret. Ganske vist kan tredjemand, der har fremlagt skriftlige bemærkninger, nemlig i medfør af artikel 16 i den nye forordning deltage i en officiel høring, men denne mulighed henhører under Kommissionens skøn.

finder anvendelse, ratione temporis, på den foreliggende sag), idet proceduren afvikles uden deltagelse af repræsentanter for medlemsstaternes myndigheder og uden iagttagelse af de formaliteter og garantier, der er fastsat for høring af parterne. Der er kort sagt tale om en procedure, der beskytter de rigtige »tredjemænds« (i alle ordets betydninger) rettigheder, men ikke de virksomheders rettigheder, der er »parter« i den dominerende stilling.

91. Analysen foretaget af den franske regering, som har sammenlignet de procedureregler, der i medfør af forordningens artikel 18, stk. 4, er fastsat i forordning nr. 2367/90, med reglerne for de procedurer, der indledes i medfør af artikel 85 og 86, bekræfter blot, at der ikke er tilstrækkelige garantier, der sikrer retten til kontradiktion for virksomheder, der indgår i et oligopol, men som står uden for fusionen [95].

Det fremgår nemlig klart af denne analyse, at virksomheder i et oligopol, der hævdes at være skabt eller styrket ved en fusion, som virksomhederne dog står uden for, i modsætning til virksomheder, som indtager en kollektivt dominerende stilling i artikel 86's forstand, behandles som »tredjemænd« med de uundgåeligt negative følger, dette har med hensyn til retten til kontradiktion.

92. Som bekendt er retten til kontradiktion i de administrative procedurer et fast element i Fællesskabets retsorden. Som Domstolen nemlig har fastslået igen og igen, udgør »retten til kontradiktion under en hvilken som helst procedure, der indledes over for nogen, og som kan føre frem til en retsakt, der indeholder et klagepunkt imod denne ... et grundlæggende fællesskabsretligt princip, der skal overholdes, selv i tilfælde, hvor der ikke foreligger regler for den pågældende procedure« [96].

Under denne synsvinkel kan man i et vist omfang anerkende Kommissionens synspunkt, nemlig at eventuelt manglende processuelle ad hoc-garantier i forordningen ikke har nogen betydning for forordningens anvendelighed over for kollektivt dominerende stillinger, eftersom overholdelsen af retten til kontradiktion udgør en grundlæggende ret. Tredjemænds og parternes ret til

95 — Som påpeget af den franske regering (stævningen, s. 20-23), er proceduren i henhold til artikel 86 nemlig i overensstemmelse med forordning nr. 17 (nævnt i fodnote 51) og nr. 99/63 (nævnt i fodnote 94) konstant kontradiktorisk i forhold til virksomheder, som antages at indtage en dominerende stilling, og som lige fra begyndelsen underrettes om den procedure, der er iværksat over for dem, således at de er i stand til at forsvare sig.

96 — Dom i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt i fodnote 56, præmis 27. Dette betyder, som Domstolen har fremhævet, at »den pågældende person, som Kommissionen har indledt en administrativ procedure over for, sættes i stand til under denne procedure at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder virkelig foreligger, og hvilken betydning de da har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af fællesskabsretten«. Se i samme retning allerede dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 9 og 11.

den nødvendige beskyttelse ville under ingen omstændigheder blive anfægtet.

93. Kommissionens synspunkt virker bestemt besnærende, men jeg kan alligevel ikke tilslutte mig det. Det er rigtigt, at retten til kontradiktion under alle omstændigheder skal overholdes i alle de situationer, der kan tænkes at opstå, og ikke kun fordi der er fastsat udtrykkelige bestemmelser herom. Men det er også rigtigt, at det ville være paradoksalt at lade Kommissionen søge tilflugt bag denne kendsgerning, når den ved vedtagelsen af ad hoc-regler, og det må forordning nr. 2367/90 siges at være, ikke samtidig fastsætter de nødvendige garantier til fordel for dem, der kan skades ved anvendelsen af den pågældende ordning.

Når dette er sagt, erkender jeg, at Domstolen kan overvinde problemet ved at fastslå, at det er tilstrækkeligt at udvide de garantier, der er fastsat for fusionsparterne, til at omfatte parterne i det formodede oligopol. Alligevel kan de manglende bestemmelser herom i forordningen som hævdet af sagsøgerne kun bekræfte, at forordningen ikke tager sigte på, eller i hvert efter lovgivers opfattelse ikke skulle tage sigte på kollektivt dominerende stillinger. Endelig er det næsten overflødigt at tilføje, at den ret til kontradiktion, som de sagsøgende virksomheder (ifølge Kommissionen) under alle omstændigheder var omfattet af, i den foreliggende sag i hvert fald ikke er blevet sikret [97].

— Økonomiske betragtninger og forordningens mål

94. Jeg mangler at gennemgå Kommissionens økonomiske argumenter, som hænger nøje sammen med målet, nemlig at sikre en effektiv konkurrence.

Kommissionens synspunkt går i det væsentlige ud på, at det er nødvendigt med en kontrol af oligopolistiske situationer [98], for så vidt som sådanne situationer kan skade konkurrencen mindst lige så meget som en individuelt dominerende stilling. Forordningen skal således kunne anvendes over for kollektivt dominerende stillinger med den begrun-

97 — Det bør erindres, at repræsentanterne for de sagsøgende selskaber først blev modtaget af Kommissionens tjenestemænd efter gentagne anmodninger den 1.12., dvs. to dage før mødet i det rådgivende udvalg og på et tidspunkt, hvor terningerne allerede var kastet. Selv om det er sandt, at SCPA's repræsentanter, som hævdet af Kommissionen — men benægtet af sagsøgerne — allerede blev modtaget af institutionens tjenestemænd den 3.11.1993, ændrer det ikke noget ved situationen, idet det ikke rokker ved den kendsgerning, at hele proceduren er meget »uigennemsigtig« set fra tredjemands side. Dette gælder så meget mere, som Kommissionen har bekræftet, at de af K+S afgivne tilsagn først blev drøftet med repræsentanterne for det franske selskab den 1.12.

98 — Ifølge Kommissionen bekræftes dette krav af, at alle de vigtigste antitrust-systemer også anvender fusionskontrolreglerne på oligopolistisk dominans. Se den sammenlignende analyse i Briones: »Oligopolistic dominance: is there a common approach in different juridictions? A Review of the decisions adopted by the Commission under the Merger Regulation«, i *ECLR*, 6, 1995, s. 334 ff.

delse, at det er nødvendigt med en kontrol med oligopolerne for at beskytte konkurrencen [99].

95. Hvad angår dette punkt vil jeg begynde med at fastslå, at Kommissionens bekymring ikke er ubegrundet, navnlig ikke hvis man analyserer den på baggrund af de oligopolistiske situationers økonomiske og retlige konsekvenser. Det siger næsten sig selv, at et oligopol, dvs. markedet for en håndfuld virksomheder [100], kan have negative virkninger, der meget ligner dem, der i almindelighed tillægges monopoler [101]. Hertil kommer, at det ikke kan nægtes, dels at der er en vis sammenhæng mellem fusion og markedsherredømme forstået som magt til at hæve priserne ved at begrænse produktionen og skaffe sig en ekstra fortjeneste, dels at fusioner kan fremme hemmelige aftaler mellem konkurrenter og en parallel, men ikke nødvendigvis samordnet adfærd.

Kommissionen har endvidere fremhævet, at problemet heller ikke kan løses ved anvendelse af traktatens artikel 85 og 86, idet disse artikler ikke altid og ikke i alle tilfælde giver mulighed for at gribe effektivt ind over for oligopoler. Undertiden kan man nemlig ikke holde oligopoler nede ved at benytte forbuddet mod aftaler, idet en parallel adfærd, som er udtryk for selve oligopolets væsen, som fastslået af Domstolen i cellulose-dommen, ikke kan betragtes som bevis på en samordning, medmindre samordningen er den eneste sandsynlige forklaring på en sådan adfærd. Det er nemlig væsentligt at bemærke, at selv om traktatens artikel 85 forbyder enhver hemmelig aftale, der fordrejer konkurrencen, udelukker den ikke de erhvervsdrivendes ret til at foretage de nødvendige tilpasninger til deres konkurrenters konstaterede eller antagelige adfærd [102]. Endvidere begrænses anvendelsen af artikel 86 af, at denne bestemmelse kun kan have følger for forud eksisterende dominanssituationer.

96. De huller, jeg har påpeget, finder jeg dog ikke tilstrækkelige til at begrunde anvendelsen af forordningen over for oligopolers dominans. Cellulose-dommen synes ej heller at indeholde elementer, der peger i den af Kommissionen ønskede retning. At der

99 — Det er netop på denne baggrund, at visse forfattere slet ikke har udelukket, at forordningen også kan anvendes over for oligopolers dominerende stillinger, såfremt den effektive konkurrence begrænses væsentligt af flere virksomheder, som sammen er i stand til at optræde uafhængigt af deres konkurrenter og kunder. Se f.eks. Jones, Gonzales-Diaz: *The EEC Merger Regulation*, London, 1992, s. 168 ff., samt Venit: »The Evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast«, i International Mergers and Joint Ventures, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1991, s. 519, på s. 540 ff.

100 — Med udgangspunkt i Cournot's pionerundersøgelse, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, 1848, har den økonomiske teori vedrørende oligopoler givet anledning til en lang række bemærkelsesværdige bidrag. Se sammenfattende Pigassou: *Les oligopoles et le droit*, Paris, 1983, kap. III, s. 151-260.

101 — Areeda og Turner: *Antitrust Law*, bind III, Boston/Toronto, 1978, s. 359: »oligopoly with monopoly — like results«. Dette synspunkt finder støtte i den økonomiske teori, som fremhæver, at der i sådanne situationer er tale om samme markedsherredømme som det, der begrunder anvendelsen af antitrust-bestemmelserne på monopolsituationer, og at et oligopol endog kan være til større skade for konkurrencen end de individuelt dominerende stillinger. Sidstnævnte har nemlig tendens til at blive svækket med tiden under påvirkning af konkurrencen fra mindre virksomheder, mens et stærkt oligopol under visse omstændigheder kan have en lang levetid. Se herom Scherer og Ross: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990.

102 — Cellulose-dommen, nævnt i fodnote 52, præmis 71.

findes parallel adfærd, der ikke kan straffes på grundlag af artikel 85 [103], betyder nemlig ikke i sig selv, at disse former for adfærd under alle omstændigheder skal straffes, og kan slet ikke berettige til den brede fortolkning af forordningen, som Kommissionen har foreslået.

Ovenstående betragtninger viser tydeligt den manglende sammenhæng i Kommissionens holdning i den foreliggende sag. Som nævnt har Kommissionen gjort gældende, at bestemmelserne i artikel 85 og 86 ikke kan benyttes til at gribe ind over for oligopoler, hvilket efter Kommissionens opfattelse retfærdiggør en bred fortolkning af forordningens artikel 2, stk. 3. Sagen er bare den, at ser man nærmere efter, har Kommissionens indgreb over for det påståede duopol K+S/SCPA/EMC bestået i et »påbud« til førstnævnte selskab om at afbryde sine aftalemæssige forbindelser med de to andre. Men hvorfor ikke bruge artikel 85, når der nu er tydelige tegn på »samordning« [104]?

97. Jeg skal endelig bemærke, at den praksis, der følges ved anvendelsen af forordningen, og som er nævnt flere gange i sagens løb, heller ikke kan tjene som argument for en anden løsning. I Nestlé/Perrier-beslutningen, hvor Kommissionen ikke lagde skjul på, at den ville indføre et selvstændigt »kollektiv dominans«-begreb, blev forordningens anvendelighed over for oligopoler i det væsentlige fastslået under henvisning til traktatens artikel 3, litra g) [105].

Det er rigtigt, at der er en generel henvisning til denne bestemmelse i første betragtning til forordningen, og at bestemmelsen, da den har til formål at sikre en effektiv konkurrence, nødvendigvis må omfatte alle tilfælde af konkurrencefordrejning, hvad enten de er forårsaget af en eller flere virksomheder. Men det må ikke glemmes, at det i denne bestemmelse også er fastsat, at den kun finder anvendelse »under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i denne traktat«.

98. De forhold, jeg hidtil har behandlet, rejser alvorlig tvivl om muligheden for at

103 — Se angående dette spørgsmål med alle dets implikationer generaladvokat Darmon's grundige forslag til afgørelse i cellulose-sagen (Sml. 1993, I, s. 1445). Se også Soames' udtømmende nyere undersøgelse af retspraksis på området: »An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference«, i *ECLR* 1996, s. 24.

104 — Det er muligt, at svaret på dette spørgsmål findes i kravet om hurtighed. Man kan måske finde en bekræftelse på denne hypotese i den omstændighed, at en af de oprindelige tilsagn, nemlig det, der vedrører virksomheden Potacan, og som senere er blevet til en uformel løsning, der er behandlet ovenfor (i forbindelse med formaliteten), i virkeligheden var genstand for en procedure iværksat i medfør af forordning nr. 17.

105 — Beslutning 92/553, nævnt i fodnote 66. I denne beslutning tilføjer Kommissionen, at såfremt forordningen ikke finder anvendelse på oligopolistiske situationer, vil det indebære, at de nationale myndigheder, som før forordningens indførelse kunne anvende sanktioner over for sådanne situationer i medfør af deres interne bestemmelser, helt opgiver deres kontrol hermed, »uden at den i stedet [blev] foretaget på EF plan« (115. betragtning).

anvende begrebet kollektivt dominerende stilling i forbindelse med fusionsforordningens bestemmelser. Når alt kommer til alt, finder jeg ikke, at forordningens bestemmelser finder anvendelse på oligopolistisk dominans, og jeg mener, at denne fortolkning er den, der passer bedst ikke alene til bestemmelsernes ordlyd, men også til den sammenhæng, de indgår i, og mere generelt til hele systemets opbygning. Selv om der på det økonomiske plan er visse forhold, der taler for den modsatte løsning, ville en sådan have flere negative konsekvenser. Og navnlig ville den modsatte løsning ende med at skabe usikkerhed, fordi der ikke foreligger normative og/eller forordningsbaserede referenceparametre svarende til dem, der findes i andre antitrust-systemer. Dette vil i øvrigt være i strid med det gentagne gange bekræftede krav om, at fællesskabslovgivningen skal være klar, og at de retsundergivne må kunne forudse dens anvendelse [106].

Som jeg allerede har bemærket, må og skal Kommissionens betænkeligheder med hensyn til de negative konsekvenser for bekæmpelsen af konkurrencebegrænsende adfærd, som en manglende anvendelse af forordningen på oligopoler kan have, ikke glemmes. Men jeg finder det mere korrekt at behandle sådanne betænkeligheder i deres naturlige rammer og gøre dem til genstand for et forslag til ændring, som skal supplere de relevante bestemmelser.

106 — Dom af 22.2.1984, sag 70/83, Kloppenburg, Sml. s. 1075, præmis 11.

3) *Den fejlagtige anvendelse i den foreliggende sag af begrebet kollektivt dominerende stilling*

99. Ved dette anbringende påberåber såvel den franske regering som de sagsøgende selskaber sig en række retlige og faktiske fejl, som de hævder er begået i forbindelse med vurderingen af fusionens indvirkning på fællesskabsmarkedet uden for Tyskland.

Generelt lægger den franske regering Kommissionen til last, at denne ved vurderingen af, om der er tale om en kollektivt dominerende stilling, hverken har fulgt de kriterier, der er opstillet i retspraksis vedrørende artikel 86, eller kriterierne i Kommissionens tidligere beslutninger, som i øvrigt er smidigere end dem, der er fastsat af Fællesskabets retsinstanser. Den franske regering har endvidere til støtte for sit synspunkt fremsat en række kritiske bemærkninger til samtlige de forhold, der er taget hensyn til i beslutningen, og har samtidig understreget vigtigheden af de kriterier, som Kommissionen ikke har taget hensyn til. Ifølge den franske regering understreger disse argumenter de fejl, som beslutningen er behæftet med for så vidt angår eksistensen af en kollektivt dominerende stilling, og i hvert fald den utilstrækkelige begrundelse for beslutningen.

De sagsøgende selskaber, som også har bestridt visse af de faktorer, der indgår i beslutningen, med argumenter svarende til den franske regerings, har navnlig gjort gældende, at Kommissionen ikke har bevist, at der er en årsagsforbindelse mellem fusionen og den påståede skabelse af en kollektivt dominerende stilling.

100. Kommissionen har svaret, at de kriterier, den har anvendt i den anfægtede beslutning, på ingen måde står i modsætning til de kriterier, den har anvendt i tidligere beslutninger. Kommissionen har nemlig i det væsentlige baseret sin påstand om, at der foreligger en kollektivt dominerende stilling, på tre kriterier: koncentrationsgraden på markedet efter fusionen, de strukturelle faktorer i forbindelse med markedets karakter og produktets kendetegn samt de strukturelle forbindelser mellem de pågældende virksomheder.

Kommissionen har endvidere gjort gældende, at den foreliggende sag på visse punkter afviger fra andre sager, som den har grebet ind i. For det første var der før fusionen ingen effektiv konkurrence mellem de to største leverandører af kaliprodukter på grund af K+S's fravær fra det franske marked og båndene mellem K+S og SCPA. For det andet indtog K+S og SCPA efter styrkelsen af konkurrencepotentialet som følge af fusionen med MdK, K+S og SCPA en dominerende stilling i forhold til de øvrige kalileverandører.

101. Mere generelt har Kommissionen som svar på den franske regerings indsigelser gjort gældende, at der i beslutningen ikke er set bort fra kriterierne vedrørende artikel 86, men at disse ikke er afgørende for fusionskontrollen. En kollektivt dominerende stilling kan nemlig i denne forbindelse kun være resultatet af en analyse, der bygger på fremtiden — i modsætning til den situation, der opstår, når man støtter sig på artikel 86, hvor den dominerende stilling hovedsagelig defineres på grundlag af markedsandele. Markedsandelene er således kun et udgangspunkt. Det er i øvrigt vigtigt at undersøge de aktuelle og potentielle konkurrenters mulighed for at danne modvægt til den nye virksomheds eventuelle dominans. Og det er netop på grundlag af en sådan analyse, at mange fusioner, selv om der er tale om store markedsandele, der næsten helt sikkert ville føre til en erklæring om uforenelighed med artikel 86, er blevet godkendt i medfør af forordningen.

Hvad angår de kriterier, Kommissionen har fastsat i sine beslutninger, har Kommissionen påpeget, dels at de beslutninger, som den franske regering har henvist til, bortset fra Nestlé/Perrier-beslutningen [107], alle er fremkommet senere end den anfægtede beslutning, dels at det er på grundlag af en vurdering af de særlige omstændigheder ved hver konkret sag, at man tillægger visse kriterier mere vægt end andre, eller måske tillægger dem afgørende værdi. Det er således de særlige omstændigheder ved den foreliggende sag, der har bevirket, at Kommissionen har tillagt de nævnte kriterier mere vægt.

102. Jeg skal for det første bemærke, at begrebet »kollektivt dominerende stilling«, således som det har udviklet sig på grundlag af traktatens artikel 86, hvor der helt bogstaveligt siges, at en magtposition, som kan føre

107 — Beslutning nævnt i fodnote 66.

til misbrug, kan være skabt såvel af en enkelt virksomhed som af flere virksomheder [108], er blevet præciseret i årenes løb. Retten i Første Instans har navnlig med planglas-dommen fastslået, at to eller flere virksomheder tilsammen indtager en dominerende stilling, når de, selv om de er uafhængige, på markedet er forbundet med særlig tætte økonomiske bånd, f.eks. hvis de i fællesskab har et teknologisk forspring, som gør det muligt for dem at udvise »en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for deres konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne« [109]. Domstolen har i det væsentlige bekræftet dette begreb i sin dom i sagen Almelo m.fl., i hvilken den fastslog, at en kollektivt dominerende stilling forudsætter, at de pågældende virksomheder »har så snævert et samarbejde, at de kan føre samme markedspolitiske linje« [110].

Hvad angår de kriterier, der er fastlagt i den beslutningspraksis, der findes på området, er det ganske rigtigt, at Kommissionen, som hævdet af sagsøgerne, ved vurderingen af fusionerne har en bredere og i hvert fald delvis forskellig opfattelse af kollektiv dominans end den, der kommer til udtryk i retspraksis vedrørende artikel 86. Det må dog i denne forbindelse erkendes, at forordningen, selv om den henviser til de samme faktorer, som Domstolen benytter som bevis på kollektiv dominans, undgår at give en definition heraf og således ikke udelukker muligheden af at påberåbe sig »strukturelle« vurderinger og således gå ud fra en til en vis grad uafhængig definition af begrebet i forhold til den definition, der er udarbejdet på grundlag af artikel 86 [111].

103. Det er klart, at der er fare for, at en ny opfattelse af kollektiv dominans, som afviger fra den, der afspejles i retspraksis vedrørende artikel 86, vil gøre anvendelsen af det pågældende begreb i forbindelse med fusioner endnu mere problematisk og uforudsigelig, selv om den nye opfattelse kan begrundes med fusionskontrollens særlige karakter. Ganske vist er der i forordningens artikel 2, stk. 1 — idet det stadig forudsættes, at de kriterier, der er fastsat i denne bestemmelse for vurderingen af fusionernes forenelighed med fællesmarkedet, også finder anvendelse på det her omhandlede tilfælde — ikke angivet nogen rangfølge mellem de faktorer, der skal tages i betragtning. Men alligevel kan Kommissionen ikke se bort fra de nævnte kriterier, og det skøn, som den råder over i henhold til forordningen, er ikke så

108 — Til trods herfor syntes Domstolen i begyndelsen at vige tilbage for en anerkendelse af begrebet kollektiv dominans, bl.a. på grund af vanskeligheden ved at bestemme, hvilke elementer der skal indgå i den konkrete definition, fordi der ikke er fastsat nogen regler herom. Ved én lejlighed har Domstolen således tilsyneladende valgt kun at anvende artikel 86 på tilfælde af individuelt dominerende stillinger. I Hoffmann-La Roche-dommen (nævnt i fodnote 96), har Domstolen nemlig fastslået, at »der [bør] sondres mellem en dominerende stilling og det parallelle adfærdsmønster, der er karakteristisk for oligopolsituationer, idet virksomhedernes adfærd i et oligopol er genstand for gensidig påvirkning, mens en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, i vidt omfang selv kan fastlægge sin adfærd«. Se angående dette punkt Korah: »Concept of a dominant position within the meaning of Article 86«, i *Common Market Law Review*, 1980, s. 395, på s. 398.

109 — Planglas-dommen, nævnt i fodnote 38, præmis 358. Se i samme retning Hoffmann-La Roche-dommen, der er nævnt i fodnote 96, præmis 38 og 48.

110 — Dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Sml. I, s. 1477, præmis 42. Principperne i denne dom er senere gentaget i Domstolens dom af 17.10.1995, forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94, DIP SpA m.fl., Sml. I, s. 3257, præmis 24, 25 og 26. Se angående dette punkt generaladvokat Fenelly's forslag til afgørelse i denne sag, hvori det bl.a. påpeges, at begrebet kollektivt dominerende stilling ikke kan anvendes for at råde bod på mangel på direkte bevis for, at der foreligger en dominerende stilling og endnu mindre for et misbrug af en sådan stilling (punkt 64).

111 — Se i denne retning Venit, der er nævnt i fodnote 99, s. 527 ff., på s. 530 og 531. Denne opfattelse bekræftes ligeledes af, at begrebet »konkurrence, [der] hæmmes«, som findes i forordningens artikel 2, stk. 3, giver Kommissionen mulighed for at udvikle en ny opfattelse af »dominans«, som bygger på en sandsynlighedsanalyse af markedets særpræg. Se Brittan: »The Law and Policy of Merger Control in the EEC«, i *European Law Review*, 1990, s. 354.

vidt, at det grænser til det vilkårlige. Kort sagt må det bestemt udelukkes, at Kommissionen kan *opfinde* de kriterier, som den finder mest hensigtsmæssige i de enkelte sager.

Kommissionens praksis, der ubestrideligt er kompleks og på visse punkter selvmodsigende, kan under disse omstændigheder i øvrigt vise sig at være et nyttigt instrument til belysning af eventuelle inkonsekvenser og modsigelser i Kommissionens beslutning og forsvar, således at man også på dette grundlag kan afgøre, om de i den foreliggende sag anvendte kriterier er rigtige eller ej. Hvis problemet opstilles på denne måde, finder jeg ikke, at Kommissionen er berettiget til at påstå, at der ikke skal tages hensyn til de kriterier og vurderinger, der findes i beslutninger, der er vedtaget efter den, der er tale om i den foreliggende sag. Reelt udgør Kommissionens praksis, enten der er tale om tidligere beslutninger — som beslutningen i Nestlé/Perrier-sagen, der ofte nævnes af sagsøgerne [112] — eller senere beslutninger, bestemt ikke noget parameter for den anfægtede beslutnings lovlighed, men den viser dog, hvilken metode Kommissionen hidtil har fulgt, når den har anvendt forordningen på kollektivt dominerende stillinger.

112 — I denne forbindelse skal jeg i øvrigt bemærke, at det synes som om, den formulering og metode, der er anvendt i Nestlé/Perrier-beslutningen, ikke er helt fri for at kunne kritiseres, navnlig fordi der herved synes at opstå et kriterium for kontrol med kollektivt dominerende stillinger, hvis retlige konturer er noget usikre. Se angående dette punkt Winckler's og Hansen's bemærkninger i »Collective dominance under the EC Merger Control Regulation«, i *Common Market Law Review* (1993) 30, s. 787 ff., på s. 828, hvor det hedder: »if the standard used in Nestlé/Perrier is, as suggested, one of 'probability' or 'facilitation', then the Commission has not explained in sufficient detail what types of economic conduct ('collective abuses') it wishes to avoid making 'much easier'« (denne påstand vedrører 120. betragtning til beslutningen).

104. Jeg vil nu gennemgå den franske regerings samt de sagsøgende virksomheders kritik af de kriterier, der er anvendt i beslutningen for at fastslå, at der er tale om en kollektivt dominerende stilling, som må formodes at kunne føre til en væsentlig ændring af konkurrencevilkårene.

Først vil jeg behandle spørgsmålet om koncentrationsgraden på markedet og i umiddelbar fortsættelse deraf spørgsmålet om de strukturelle bånd, som ifølge Kommissionen selv er det væsentlige grundlag for dens påstand om, at K+S/MdK og SCPA i fællesskab indtager en dominerende stilling. Derefter vil jeg se på de øvrige kriterier, der anvendes i beslutningen, samt relevansen af de kriterier, der er anvendt i andre beslutninger, men ikke i den anfægtede beslutning.

— Koncentrationsgraden på markedet

105. Kommissionens vurdering bygger især på den øgede koncentrationsgrad (som allerede var høj), som skønnes at ville medføre en fremtidig styrkelse af en kollektivt dominerende stilling, der kan komme til at begrænse konkurrencen væsentligt.

Den franske regering og de sagsøgende virksomheder har bestridt denne vurdering og hævdet, at der ikke er tale om en væsentlig forøgelse, idet K+S's og SCPA's markedsandele som følge af fusionen er vokset fra 54 til 61%. Den franske regering har endvidere gjort gældende, at Kommissionens analyse er vilkårlig, idet den dels ikke tager hensyn til, at antallet af kalileverandører efter fusionen er faldet fra 10 til 9, dels ikke har taget tilstrækkeligt hensyn til den rolle, der spilles af to store virksomheder, nemlig CPL og Coposa. Endelig er Kommissionens analyse upålidelig, idet Kommissionen beregner markedsandelene på to forskellige måder afhængig af det resultat, der skal opnås. Ved den første metode tager Kommissionen nemlig alene hensyn til størrelsen af de forskellige virksomheders salg i Fællesskabet. Men efter den anden metode medregnes salget på det franske marked derimod i SCPA's samlede salg og trækkes således fra K+S's salg.

106. Det skal for det første påpeges, at en kvantitativ forøgelse af de pågældende virksomheders markedsandele, noget som Kommissionen har slået hårdt og endog for hårdt ned på i beslutningen, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at godtgøre, at der er skabt en kollektivt dominerende stilling. Dette har Retten i øvrigt meget klart givet udtryk for i planglas-dommen. Og dette gælder så meget desto mere, som fusionen i den foreliggende sag kun har ført til en forøgelse på 7%.

Det må således erkendes, at den øgede koncentrationsgrad på markedet som følge af overtagelsen ikke har nogen særlig betydning, idet den kun har medført et lille fald i antallet af konkurrenter på markedet (fra 10 til 9) og en begrænset stigning i K+S's og SCPA's samlede andel af det samme marked. Under disse omstændigheder synes den betydning, der i beslutningen tillægges dette kriterium, at være overdreven [113]. Hvorom alting er, kan analysen af dette punkt højst vise, at koncentrationsgraden på markedet ikke tillader, at man på forhånd udelukker, at der foreligger en kollektivt dominerende stilling.

— De strukturelle bånd mellem K+S og SCPA

107. Parterne er enige om, at det centrale element i den anfægtede beslutning er konstateringen af, at »[der består] usædvanlig snævre bånd ... mellem de to virksomheder [K+S og SCPA], og som går mange år tilbage« [114], hvilket giver grund til at antage, at der ikke består nogen effektiv konkurrence mellem de to virksomheder. Og det er netop disse bånd, der har været afgørende for Kommissionens vurdering, så meget mere som Kommissionen har fundet, at en opløsning af disse bånd gennem de betingelser, der stilles, kan eliminere den påståede kollektivt dominerende stilling.

113 — Jf. 52.-56. betragtning.

114 — 57. betragtning til beslutningen.

108. Ifølge den franske regering har Kommissionen begået en række fejl ved vurderingen af de strukturelle bånd mellem K+S og SCPA, som i virkeligheden ikke påviser nogen årsagsforbindelse mellem fusionen og skabelsen af duopolet K+S/SCPA, da de ikke er tilstrækkelige til at bevise, at den pågældende fusion har skabt betingelserne for en hemmelig aftale mellem de to virksomheder. Den franske regering har navnlig gjort gældende, 1) at de pågældende bånds konsekvenser er begrænset til Frankrig, selv om Kommissionen har fastslået, at det relevante marked er Fællesskabet bortset fra Tyskland; 2) at den spanske virksomhed Coposa i beslutningen burde have været medregnet i oligopolet [115]; 3) at K+S's tilstedeværelse på det franske marked er så svag, at det ikke kan hævdes, at denne virksomhed sammen med SCPA dominerer markedet; 4) at det ikke er bevist, at K+S's overtagelse af MdK har medført, at K+S og SCPA indtager en duopolistisk dominerende stilling.

De sagsøgende virksomheder har navnlig fokuseret på sidstnævnte aspekt og har påvist visse grundlæggende selvmodsigelser i Kommissionens holdning, navnlig Kommissionens påstand om, at fusionen har skabt og ikke blot styrket en kollektivt dominerende stilling på det relevante marked.

115 — Der er som bekendt tale om det selskab, der markedsfører kali produceret af visse spanske virksomheder, der for nylig er samlet i et offentligt organ ved navn INI.

109. Hvad angår det første af disse argumenter må jeg ganske rigtigt bemærke, at forbindelserne mellem de pågældende selskaber direkte eller indirekte alene vedrører det franske marked. Det er således alene på dette marked, at de kan betragtes som egnede til at påvirke den effektive konkurrence mellem K+S og SCPA. Dette gælder først og fremmest ophævelsen af distributionsaftalen mellem K+S og SCPA, som kun vedrører det franske marked. Men det gælder ligeledes deltagelsen i Kali-Export-kartellet. Ifølge Kommissionen er denne deltagelse nemlig egnet til at påvirke salget i Frankrig, selv om den ikke vedrører salget på fællesskabsmarkedet, men alene eksporten til tredjelande. Denne påstand kan ikke kontrolleres, idet der mangler beviser [116], men hvis påstanden kunne bevises, ville den højst vise, at der ikke er nogen effektiv konkurrence mellem K+S og SCPA på det franske marked, dvs. på et marked, som ifølge Kommissionen selv ikke udgør det relevante marked. Heraf følger, at såfremt Kommissionen har ret i sit synspunkt, vil selv deltagelsen i eksportkartellet inden for Fællesskabets grænser kun påvirke det franske marked, som, og jeg gentager mig selv, ikke udgør et marked, som er relevant for beslutningen.

På dette punkt synes den franske regerings konklusion, nemlig at Kommissionen ikke har påvist, hvorledes K+S's overtagelse af

116 — Kommissionen har faktisk i sine indlæg hævdet, at denne påvirkning fremgår tilstrækkelig tydeligt af 57., 59., 61. og 67. betragtning til beslutningen. Men en gennemlæsning af de pågældende betragtninger viser dog, at Kommissionen i disse betragtninger blot har fremhævet de strukturelle bånd mellem K+S og SCPA.

MdK kan bevirke, at der skabes et duopol, der kan hæmme konkurrencen på fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland, at være berettiget. Det er nemlig ikke tilstrækkeligt med henblik herpå at gå ud fra de forbindelser, der findes mellem K+S og SCPA i Frankrig, som ikke udgør et selvstændigt marked.

110. Hvad derimod angår spørgsmålet om det spanske selskab Coposa, har den franske regering gjort gældende, at Kommissionen med urette har undladt at medregne selskabet som del af oligopolet bestående af K+S og SCPA. Kommissionen kan under ingen omstændigheder først, for at vise rigtigheden af definitionen af det geografiske marked som værende fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland, hævde, at Coposa har en væsentlig eksport til Frankrig, for derefter, men denne gang for at påvise eksistensen af en kollektivt dominerende stilling, at påstå, at Coposa kun har en svag position i Frankrig, og at selskabets salg under alle omstændigheder er kanaliseret.

Jeg kan med det samme sige, at Kommissionen ikke har overbevist mig med sine argumenter om, at båndene mellem K+S og SCPA karakteriserer deres forbindelser i forhold til samtlige andre virksomheder, og at en eventuel medtagelse af Coposa i oligopolet under ingen omstændigheder er afgørende for beslutningen, da der herved blot ville ske en hypotetisk styrkelse af den kollektivt dominerende stilling. Det er nemlig helt klart, at en nøjagtig bestemmelse af deltagerne i et oligopol har stor betydning for vurderingen heraf og for vurderingen af konkurrencevilkårene uden for dette oligopol [117]. I den foreliggende sag synes det således vanskeligt på grundlag af de disponible oplysninger og under anvendelse af de kriterier, på grundlag af hvilke K+S og SCPA medregnes i den dominerende stilling, at udelukke Coposa fra dette oligopol. Det må være tilstrækkeligt at erindre om, at Coposa også deltager i Kali-Export-kartellet, og at det navnlig er gennem SCPA, at selskabet sælger i Frankrig.

111. For at godtgøre, at der ikke er nogen konkurrence mellem K+S og SCPA, og således påvise, at disse indtager en kollektivt dominerende stilling, finder jeg det heller ikke afgørende, at K+S, som hævdet af den franske regering i det tredje argument, er svagt repræsenteret i Frankrig, og at selskabet benytter SCPA's distributionsnet i forbindelse med en del af sit salg i Frankrig. Der kan være flere forklaringer på den første omstændighed, f.eks. den franske markedsstruktur, forbrugernes præferencer og det tyske selskabs forretningsstrategi. Hvis man ønsker at tillægge dette aspekt større betydning, vil det endvidere være nødvendigt at undersøge, hvorfor tilsvarende situationer, dvs. manglende nationale markeder af betydning, gør sig gældende for alle de største virksomheder i denne sektor; og navnlig hvorfor Kommissionen i den anfægtede beslutning for så vidt angår det tyske marked

117 — Jeg skal i denne forbindelse f.eks. erindre om, at det af den liste over faktorer, der skal undersøges ved en fusionskontrol, som blev vedtaget i 1990 af forbundskontoret for aftaler mellem virksomheder i Tyskland (hvoraf en engelsk udgave er offentliggjort i *Fordham Corporate Law Institute*, 1991, s. 161 ff.), fremgår, at manglende konkurrence mellem deltagerne i et oligopol og de udenforstående konkurrenter er en væsentlig faktor ved vurderingen af, om oligopolet er dominerende.

ikke har tilskrevet SCPA's fravær båndene med K+S, men de særlige strukturelle faktorer på dette marked.

Hvad angår salget af K+S's produkter gennem SCPA skal det fremhæves, at ganske vist går en stor del af den franske import af K+S's produkter gennem SCPA, men samtidig repræsenterer denne del en så lille mængde (1,4% af det pågældende marked), at den ikke kan betragtes som tilstrækkeligt bevis på berettigelsen af Kommissionens synspunkt.

112. Og jeg når endelig frem til den franske regerings sidste argument vedrørende følgerne af K+S's overtagelse af MdK. Den franske regering har særligt gjort gældende, at Kommissionen på ingen måde har bevist, at denne overtagelse har ført til en duopolistisk dominerende stilling, der skader konkurrencen. De sagsøgende virksomheder har også fremført et tilsvarende argument, idet de har lagt særlig vægt på det selvmodsigende i Kommissionens holdning, når Kommissionen dels anvender »failing company defence«-teorien ud fra den betragtning, at MdK under alle omstændigheder ville være forsvundet fra markedet, idet krisen ikke kunne afværges, og dels finder, at K+S's overtagelse af MdK — og den heraf følgende fusion — kan skabe en duopolistisk dominerende stilling, der vil kunne hæmme konkurrencen.

Kommissionen har påpeget, at skabelsen af K+S/MdK's og SCPA's fælles dominerende stilling faktisk er en følge af fusionen, idet denne har medført væsentlige ændringer af markedsstrukturerne. Kommissionen har navnlig fremhævet følgende punkter: a) MdK tegner sig for 25% af den samlede kaliproduktion i Fællesskabet; b) da beslutningen blev vedtaget, var MdK's kapacitetsudnyttelse faldet med 50%; c) endelig har markedsandelen på 7% afgørende betydning, idet udbuddet fra andre end gruppen K+S/MdK og SCPA er fragmenteret, og gruppens markedsandel ifølge Kommissionens analyse ikke kan undgå at vokse.

113. Jeg skal for det første bemærke, at Kommissionens ovennævnte påstande ikke besvarer sagsøgernes indsigelser. Såvel den franske regering som virksomhederne har nemlig gjort gældende, at der ikke er nogen årsagsforbindelse mellem *skabelsen* af den oligopolistiske dominans og fusionen, hvilket fremgår af, at MdK ifølge Kommissionens analyse under alle omstændigheder ville forsvinde fra markedet. Hvordan skulle overtagelsen af MdK egentlig kunne føre til skabelse af en kollektivt dominerende stilling, når MdK's markedsandel under alle omstændigheder — med eller uden fusion — ville være overtaget af de øvrige virksomheder i sektoren efter MdK's tilbagetrækning fra markedet?

Selv hvis man går ud fra, at Kommissionen har ret i sin analyse, ifølge hvilken det ikke

er rimeligt at regne med, at MdK's markedsandele i andre medlemsstater end Tyskland næsten helt sikkert ville være tilfaldet K+S [118], og at en af betingelserne for at anvende »failing company defence«-teorien således ikke er opfyldt, må det konstateres, at hele den argumentation, som Kommissionen har opbygget omkring en hårdnakket påstand om en årsagsforbindelse mellem fusionen og skabelsen af K+S og SCPA's fælles dominerende stilling, er ret svag. Heraf følger, at den vægt, der i denne forbindelse tillægges den 7%'s andel af det relevante geografiske marked, som MdK har, absolut ikke er afgørende.

— Den forsvundne konkurrents kendetegn

114. Ifølge den franske regering har Kommissionen ikke som i Nestlé/Perrier-beslutningen analyseret kendetegnene ved den konkurrent, der blev fjernet fra markedet ved fusionen, dvs. MdK. En undersøgelse af disse kendetegn ville nødvendigvis have ført til den konklusion, at MdK's tilbagetrækning fra markedet ikke kunne påvirke fusionen på nogen måde, idet det i øvrigt ifølge Kommissionens analyse drejede sig om en virksomhed, som alligevel — om end på længere sigt — ville forsvinde fra markedet.

118 — Jf. 79. betragtning.

Den franske regerings argument er ikke uden grundlag. I beslutningen i Nestlé/Perrier-sagen, hvor den fjernede konkurrent (Perrier) tegnede sig for mellem 35,9% og 44,2% af markedet, havde Kommissionen fundet, at når antallet af udbydere reduceres fra tre til to leverandører (duopol), er der ikke blot tale om en rent kosmetisk ændring i markedsstrukturerne. Fusionen ville være ensbetydende med, at en af de førende leverandører med de største kapacitetsreserver og den største omsætning på markedet forsvinder. Perrier's kilder og mærker vil blive delt mellem de to tilbageværende leverandører. Desuden vil de eneste to landsdækkende leverandører herefter meget lettere kunne anlægge en konkurrencebegrænsende, parallel adfærd, der kunne føre til kollektivt misbrug af deres dominans [119]. Kommissionen havde således understreget rækkevidden og virkningerne af overtagelsen af Perrier, som ved sin størrelse og sin markedsandel var en effektiv konkurrencefaktor.

115. I den foreliggende sag synes analysen i beslutningen i hvert fald at være behæftet med visse mangler. Selv uden at ville tillægge MdK's markedsandel i medlemsstaterne (7%) [120] for stor betydning, kan man ikke undgå at stille spørgsmålstegn ved de følger, som MdK's tilbagetrækning faktisk har for konkurrencen på markedet. I beslutningen findes heller ingen henvisning til MdK's »imponerende produktionskapacitet«, som Kommissionen nævner i sit svarskrift [121], og som i øvrigt synes vanskeligt forenelig med beskrivelsen af virksomheden som en ikke-

119 — Beslutning 92/553, nævnt i fodnote 66, 120. betragtning.

120 — Denne andel svarer i øvrigt til den markedsandel, selskabet SIV havde. Pilkington's og Techint's overtagelse af SIV blev godkendt uden betingelser ved beslutning 94/359, der er nævnt i fodnote 87.

121 — Jf. s. 32.

levedygtig virksomhed [122]. Endelig indeholder beslutningen ingen oplysninger, hvoraf man kan udlede, at MdK er af afgørende betydning for konkurrencen, ja af større betydning end dens faktiske vægt tilsiger.

Alt i alt finder jeg ikke, at Kommissionen har påvist, at MdK's tilbagetrækning fra fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland er egnet til at skabe eller i hvert fald at bidrage til skabelsen af et duopol bestående af K+S/MdK og SCPA, som vil kunne hæmme konkurrencen i væsentlig grad.

stater. Den franske regering har endvidere bestridt Kommissionens synspunkt, nemlig at kanaliseringen gennem SCPA af importen fra tredjelande viser, at duopolet stort set ikke udsættes for nogen konkurrence fra disse lande.

Også på dette punkt afslører den franske regerings argumentation visse objektive mangler ved beslutningen.

— Konkurrenternes stilling

116. Den franske regering har gjort gældende, at beslutningens analyse af konkurrenternes stilling på det pågældende marked er selvmodsigende og utilstrækkelig. Den franske regering har bl.a. fremhævet den inkonsekvente holdning hos Kommissionen, som bagatelliserer CPL's og Coposa's stilling på markedet og samtidig ved fastlæggelsen af det relevante geografiske marked netop lægger vægt på Spaniens og Det Forenede Kongeriges eksport til de øvrige medlems-

117. For det første kan man ikke godtage den metode, der følges af Kommissionen, som bruger kanaliseringen af den franske import fra tredjelande gennem SCPA som bevis for, at det formodede oligopol ikke udsættes for nogen konkurrence [123]. Frem for alt udgør Frankrig ikke et selvstændigt marked i henseende til den foreliggende sag. Følgelig kan analysen af de forhold, som vurderingen af fusionen bygger på, ikke alene tage hensyn til det franske marked, men bør også under alle omstændigheder tage hensyn til det område, der i beslutningen defineres som det relevante marked, nemlig det marked, der udgøres af hele Fællesskabet bortset fra Tyskland.

122 — Jf. 76. betragtning til beslutningen.

123 — Jf. s. 33 og 34 i svarskriftet og s. 54 i duplikken.

Samme grad af utilstrækkelighed og selvmodsigelse synes at præge Kommissionens betragtninger om omfanget af importen fra SNG, som ifølge den franske regerings oplysninger [124], som ikke bestrides af Kommissionen, gradvis er nået op på 11% af salget i Fællesskabet, hvilket bestemt ikke kan kaldes ubetydeligt. Der er endvidere grund til at mene, at de ni virksomheder, der er tilbage på markedet efter fusionen, sidder på så store markedsandele, at der opstår en situation, hvor det synes ubestrideligt, at det duopol, der hævdes at bestå af K+S/MdK og SCPA, udsættes for en væsentlig konkurrence [125].

— Sammenligning mellem K+S/MdK's og SCPA's situation

118. Den franske regering har endvidere i sin kritik af de kriterier, på grundlag af hvilke det hævdes, at der består en oligopolistisk dominans, kritiseret såvel den overdrevne vægt, som Kommissionen tillægger K+S's og SCPA's samlede markedsandel, som den omstændighed, at Kommissionen ikke har taget hensyn til den manglende symmetri mellem de to virksomheder, en mangel, som i de tidligere beslutninger har været en væsentlig grund til at nægte, at der består en oligopolistisk dominans.

Kommissionen har bemærket, at en markedsandel på 60% må siges at bekræfte, at der er tale om en kollektivt dominerende stilling, navnlig når konkurrenternes markedsandele, som i den foreliggende sag, er væsentligt mindre. Kommissionen har erkendt, at der er væsentlige forskelle mellem de pågældende virksomheder, men den bestrider det synspunkt, at man kun kan tale om et duopol, såfremt man står over for virksomheder, der har samme kendetegn.

119. Hvad angår det første af ovennævnte aspekter skal jeg for det første bemærke, at Kommissionen tidligere har udelukket muligheden af at fastsætte grænser for, hvornår der er en formodning for kollektiv dominans, og at den i hvert fald i nyere beslutninger [126] har godkendt fusioner omfattende markedsandele, der tilsammen svarer til dem, der er tale om i den foreliggende sag. Følgelig er det måske nok umuligt i teorien at fratage en markedsandel på 60% enhver betydning, men en sådan markedsandel kan ikke, i hvert fald ikke når den står alene, tillægges afgørende vægt og bevise, at der er tale om en oligopolistisk dominans.

Hertil kommer, at den af Kommissionen nævnte retspraksis ikke er relevant, idet den henviser til individuelt dominerende stillinger [127], hvorfor det er berettiget at tale om en formodning for dominans, når markedsandelen ligger mellem 45 og 80%. Markedsandelen står i øvrigt aldrig alene i disse domme,

124 — Jf. s. 42 i duplikken.

125 — Jf. oplysningerne i tabellen på s. 43 i den franske regerings replik, som Kommissionen ikke har bestridt.

126 — Jf. f.eks. beslutning 94/359, der er nævnt i fodnote 87.

127 — Det drejer sig om dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, der er nævnt i fodnote 96, samt dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, og af 3.7.1991, sag 62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359.

men altid sammen med andre faktorer, som f.eks. forskellen (mindst 50%) mellem den største og den næststørste virksomhed på markedet.

120. Jeg finder heller ikke at kunne tilslutte mig Kommissionens opfattelse hvad angår det andet af ovennævnte aspekter, nemlig den manglende hensyntagen til den manglende symmetri mellem de virksomheder, der formodes at udøve kollektiv dominans.

Først vil jeg påpege, at den manglende symmetri mellem de pågældende virksomheder, som er ubestridt i den foreliggende sag [128], i andre tilfælde har været afgørende for Kommissionens konstatering af, at der ikke er tale om et duopol [129], og dette gælder både med hensyn til markedsandele betragtet under ét og i forhold til de forskellige landes markeder, med hensyn til »økonomisk styrke« og endelig med hensyn til produktionskapacitet. Det bør erindres, at Kommissionen i Nestlé/Perrier-beslutningen har forklaret betydningen af symmetrien i de pågældende virksomheder og grundene til, at Kommissionen har taget hensyn hertil ved vurderingen af fusionens virkninger [130], og bl.a. bemærket, at en symmetri mellem virksomhederne er klart konkurrencehæmmende og fremmer en samordnet adfærd og hemmelige aftaler. Følgelig finder jeg ikke, at Kommissionens forsvar, der blot går ud på, at forskellen mellem K+S og SCPA ikke har nogen betydning for, om der består et duopol, er overbevisende. Jeg finder heller ikke, at Kommissionen har ret i at betragte det som ganske irrelevant i den foreliggende sag, hvilken praksis den har fulgt ved anvendelsen af forordningen. Ganske vist udgør denne praksis ikke et tvingende referenceparameter, idet den kan tilpasses de konkrete tilfælde. Men den kan heller ikke siges at være blottet for værdi, navnlig ikke da der ikke er noget grundlag for at bestride relevansen af denne praksis.

121. Ovenstående betragtninger afslører en række huller og selvmodsigelser i vurderingen og anvendelsen af Kommissionens kriterier, som får mig til at konkludere, at begrundelsen for beslutningen er usammenhængende. Det er nemlig ikke lykkedes for Kommissionen at bevise på tilfredsstillende måde, ikke engang på grundlag af sin praksis, at K+S/MdK og SCPA på det pågældende marked indtager en kollektivt dominerende stilling, som er skabt af den planlagte fusion.

Således foranlediget vil jeg kun hurtigt gennemgå den franske regerings øvrige argumenter vedrørende de andre elementer, der indgår i beslutningen. Mere nøjagtigt vil jeg opholde mig ved, hvorledes de aspekter, der er knyttet til kundernes økonomiske styrke,

128 — Jf. Kommissionens svarskrift, s. 37-58.

129 — F.eks. i Pilkington-Techint/SIV-beslutningen, der er nævnt i fodnote 87, 55. betragtning; derimod har Kommissionen i Mannesmann/Vallourec/Ilva-beslutningen (der er nævnt i fodnote 58) betragtet symmetrien mellem de i fusionen deltagende virksomheder, som havde en markedsandel på henholdsvis 36% og 33%, betragtet som en tilskyndelse til at tillægge sig en parallel adfærd.

130 — Beslutning nævnt i fodnote 66, 123. betragtning.

er blevet behandlet, ved adgangsbarriererne og markedets og produktets kendetegn samt den parallelle adfærd.

— Kundernes økonomiske styrke

122. Den franske regering har kritiseret Kommissionen for overhovedet ikke at have taget hensyn til kriteriet vedrørende kundernes økonomiske styrke, navnlig for ikke at have analyseret kalisaltproducenternes og -importørernes beskaffenhed og vægt; en analyse, som kunne (og burde) have ført til den konklusion, at det er højst usandsynligt, at K+S/MdK og SCPA vil skabe en oligopolistisk dominerende stilling.

Kommissionen har anerkendt betydningen af kundernes økonomiske styrke som »modvægt« til duopolet, som således kan hindre en parallel adfærd; Kommissionen har dog tilføjet, at der kun er tale om én faktor blandt så mange andre, der skal tages i betragtning ved den endelige vurdering af virkningerne af den pågældende fusion.

123. Det kan ikke bestrides, at der i den foreliggende sag ikke er taget noget hensyn til vægten af og kendetegnene ved de forskellige kunder til de pågældende produkter.

Derfor er det ikke muligt at fastslå, om de store multinationale producenter af blandingsgødning, som hævdet af den franske regering, har en sådan købekraft, at de kan forhindre deltagerne i oligopolet i at styrke deres stilling, eller om det derimod, som hævdet af Kommissionen, er de forskellige »bulk-blenders«, dvs. de virksomheder, som står for blandingen, der har betydning. Det fremgår heller ikke, om disse »bulk-blenders« virkelig er små og mellemstore virksomheder, som ikke er i stand til at lægge tilstrækkeligt pres på producenterne, eller om de, som hævdet af den franske regering, også kan være datterselskaber til de store multinationale virksomheder. Det er klart, at man må have et svar på dette spørgsmål for at fastslå, om kunderne er en reel økonomisk magtfaktor eller ej.

Kommissionen synes således at stå svagt, så meget mere som kundernes forhandlingsstyrke unægteligt er en vigtig konkurrencefaktor, idet den kan bremse en konkurrencebegrænsende adfærd. Det er i øvrigt således, at Kommissionens analyse i såvel Pilkington/Techint/SIV-sagen som i Nestlé/Perrier-sagen må fortolkes [131].

131 — I denne beslutning, som er nævnt i fodnote 66, har Kommissionen efter en punktvis analyse, som mangler i den foreliggende sag, konkluderet, at kunderne ikke havde tilstrækkelig vægt til at kunne lægge et reelt pres på producenterne (se særlig 77.-89. betragtning).

124. Den usikkerhed, jeg har omtalt ovenfor, bevirker, at der kan ses bort fra andre aspekter, som er fremhævet af den franske regering, uagtet at de er et naturligt element i kundekarakteristikken. Jeg skal blot af hensyn til klarheden tilføje, at Rettens konstatering i planglas-dommen, ifølge hvilken Kommissionen ikke i sine beslutninger skal tage stilling til hvert enkelt argument, der fremsættes af de berørte virksomheder [132], ikke taler for Kommissionens synspunkt i modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet under sagen.

— Adgangsbarrierer

125. Det lægges Kommissionen til last, at den ikke i den del af beslutningen, der vedrører forekomsten af en kollektivt dominerende stilling, analyserer spørgsmålet om adgangsbarrierer, en faktor, som efter Kommissionens praksis anses for at have stor betydning. Dette er så meget mere uforklarligt, som det fremgår af beslutningens afgrænsning af det relevante geografiske marked, at der ikke findes sådanne barrierer.

Kundernes økonomiske styrke er nemlig ikke et argument, som sagsøgerne har påberåbt sig i den administrative fase, og som ikke er medtaget i beslutningen, men en vigtig faktor, når det skal vurderes, om der består oligopolistisk dominans eller ej. Derfor må denne faktor nødvendigvis undersøges, idet beslutningen i modsat fald vil kunne blive behæftet med en mangel, som fjerner hele grundlaget for beslutningen. Netop i ovennævnte dom har Retten under henvisning til artikel 86 i øvrigt fundet, at en undersøgelse af de forhold på markedet, som ifølge sagsøgerne ikke var nævnt i beslutningen, var helt nødvendig for at kunne vurdere spørgsmålet om den dominerende stilling [133], og således bekræftet, at Kommissionen skal basere sine konstateringer på så fuldstændige og udtømmende undersøgelser som muligt.

I virkeligheden har Kommissionen anerkendt, at der ikke findes adgangsbarrierer inden for Fællesskabet. Kommissionen har dog tilføjet, at der i den foreliggende sag er to typer adgangsbarrierer for virksomheder fra tredjelande, nemlig antidumpingforanstaltningerne over for importen fra SNG og SCPA's lovlige monopol, som betyder, at al import til Frankrig fra tredjelande skal gå igennem denne virksomhed.

126. Lad det været sagt med det samme, at jeg stærkt betvivler, at ovennævnte forhold kan udgøre adgangsbarrierer. Antidumpingtolden er i hvert fald ikke en adgangsbarriere, idet den som erkendt af Kommissionen tager sigte på at genoprette konkurrencen og ikke på at hindre samhandelen [134]. Hertil kommer,

132 — Planglas-dommen, der er nævnt i fodnote 38, præmis 363.

133 — Idem, præmis 363.

134 — Jf. s. 61 i duplikken.

at antidumpingtoldens reelle indvirkning på importen overhovedet ikke er påvist, og slet ikke på grundlag af objektive oplysninger. Tværtimod tyder de vurderinger af de forskellige nationale markeder, der findes i beslutningen (64. betragtning), snarere på det modsatte.

Hvad angår SCPA's monopol skal jeg endvidere bemærke, at en fejl, som jeg allerede har påpeget flere gange, nemlig Kommissionens tilbøjelighed til at begrænse analysen til Frankrig, som om det franske marked udgjorde det relevante geografiske marked i beslutningens forstand, går igen på dette punkt. Jeg kan tilføje, at selv uden at undersøge, hvor langt virkningerne af et sådant monopol rækker, fører importen til forskellige EF-lande fra tredjelande, en import, som Kommissionen selv anerkender eksistensen af [135], og som er så stor, at den repræsenterer en væsentlig del af markedet, snarere til den konklusion, at det ikke er påvist, at der findes adgangsbarrierer.

— Markedets og produktets kendetegn

127. Hvad endelig angår markedets og produktets kendetegn, der sædvanligvis betragtes som væsentlige analyseelementer, vil jeg indskrænke mig til i lighed med den franske regering at bemærke, at man blandt Kommissionens vurderinger, der i øvrigt er præget af en vis kortfattethed, ikke finder nogen grundig og punktvis analyse hverken af K+S og SCPA's priser [136], en oplysning, der er absolut nødvendig for at bestemme markedets gennemsigtighed (der som bekendt fremmer en ensartet adfærd) og vurdere efterspørgselselasticiteten, eller af de to virksomheders omkostningsstrukturer, som, hvis de afviger fra hinanden, kan udgøre en tilskyndelse til at tillægge sig en konkurrencepræget adfærd.

Det siger sig selv, at sådanne undladelser vedrørende væsentlige aspekter bidrager til at svække Kommissionens analyse og resultaterne heraf. Jeg finder det derfor unødvendigt at uddybe de øvrige »strukturelle« elementer, der er nævnt, f.eks. vedrørende produktets homogenitet, men kan dog bemærke, at jeg ikke tilslutter mig den franske regerings vurdering af disse elementer, hvilket jeg allerede har gjort opmærksom under min behandling af afgrænsningen af det relevante geografiske marked.

— Parallel adfærd

128. Kommissionens vurderinger angående dette punkt er meget lidt overbevisende, hvilket den franske regering med rette har

135 — Jf. s. 61 i duplikken.

136 — Se angående dette punkt det, jeg allerede har fremhævet vedrørende definitionen af det relevante geografiske marked.

fremhævet. I virkeligheden viser de omstændigheder, som ifølge Kommissionen beviser, at K+S/MdK og SCPA i fællesskab indtager en dominerende stilling, sig at være blottet for betydning, særlig hvis man sammenligner dem med omstændighederne i de øvrige beslutninger. Det er kun alt for tydeligt, at aftalen mellem K+S og SCPA, som i 1973 blev erklæret uforenelig med artikel 85 [137], nødvendigvis må betragtes som et alt for svagt indicium til nu — over 20 år senere — at begrunde en formodning for manglende konkurrence mellem K+S og SCPA [138]. Ej heller betragtningerne vedrørende K+S minimale tilstedeværelse på det franske marked er under denne synsvinkel afgørende, og der kan meget vel tænkes at være en anden forklaring på dem, således som jeg fremhævede under gennemgangen af de strukturelle bånd mellem K+S og SCPA.

129. Disse bemærkninger støttes i øvrigt af, at afgørelsen af dette spørgsmål i tidligere beslutninger byggede på helt andre elementer. Således konstaterede Kommissionen i Nestlé/Perrier-beslutningen f.eks. efter at have fremhævet den meget begrænsede priskonkurrence, at de tre producenter, der var berørt af fusionen, førte en meget parallel prispolitik og havde udviklet transparensskabende instrumenter, der skulle lette samordningen af deres prispolitik og en gensidig kontrol hermed [139]. I samme sag betragtede Kommissionen endvidere de pågældende virksomheders reaktion over for en udenforstående virksomheds overtagelsesforsøg, en reaktion, der blev betragtet som »en fælles afværgeaktion«, som indicium for båndene mellem de pågældende virksomheder [140]. I Pilkington-Techint/SIV-sagen fandt Kommissionen derimod, at aftaler mellem de pågældende virksomheder, som var blevet afvist af Kommissionen i 1988, dvs. blot fem år før beslutningen, og af Bundeskartellamt blot få måneder før beslutningen, var egnede til at fremme konkurrencebegrænsende parallel adfærd [141].

Allerede ved første øjekast ser man, at disse elementer er klart mere betydningsfulde og har mere beviskraft end dem, som den anfægtede beslutning bygger på.

130. I betragtning af ovenstående finder jeg ikke, at Kommissionen i den foreliggende sag har været konsekvent i sin anvendelse af de kriterier, som den har opstillet for at afgøre, om der er tale om en kollektivt dominerende stilling. Og dette er ikke alt. Selv om man,

137 — EFT L 217, s. 3. Se angående dette punkt 57. betragtning til beslutningen.

138 — Endda uden i systematisk henseende at tage hensyn til det princip, der er fastsat i planglas-dommen, hvori det hedder, at det »for at bevise, at der er sket overtrædelse af traktatens artikel 86, ikke er tilstrækkeligt ... at 'genbruge' de faktiske omstændigheder, der udgør gerningsindholdet for en overtrædelse af artikel 85, og på grundlag heraf at fastslå, at deltagerne i en aftale eller i en ulovlig praksis til sammen har en stor markedsandel, og at de alene af denne grund indtager en kollektivt dominerende stilling, samt at deres ulovlige adfærd udgør misbrug af denne stilling« (dom nævnt i fodnote 38, præmis 360).

139 — Jf. 59., 121. og 122. betragtning til beslutningen.

140 — Jf. 127. betragtning til beslutningen.

141 — Beslutning 94/359, der er nævnt i fodnote 87, 32. betragtning. Det skal her tilføjes, at dette element ikke blev fundet egnet som grundlag for fastsættelse af betingelser og endnu mindre for at nægte godkendelse af fusionen.

som jeg har tidligere har gjort, anerkender, at begrebet kollektivt dominerende stilling skal kunne tilpasses de særlige krav, som fusionskontrollen stiller, samt de særlige omstændigheder ved den pågældende sag, må Kommissionen dog alligevel som led i fusionskontrollen fremlægge tilstrækkelige beviser for årsagsforbindelsen mellem fusionen og den kollektivt dominerende stilling [142].

I den foreliggende sag indgår ikke noget sådant element. Tværtimod er der visse ikke ubetydelige indicier, der taler for at forkaste Kommissionens synspunkt. Alt i alt finder jeg ikke, at Kommissionen har bevist, at den pågældende fusion giver K+S/MdK og SCPA en fælles dominans, der kan hæmme konkurrencen væsentligt.

d) *Fastsættelse af betingelser og påbud, som rammer virksomheder, der står uden for fusionen* (sag C-68/94 og C-30/95)

131. Vurderingen af anbringendet om lovligheden af at fastsætte påbud over for udenforstående virksomheder forudsætter naturligvis, dels at den kollektivt dominerende stilling har betydning for forordningens anvendelse, dels at Kommissionen faktisk har påvist, at der i den pågældende sag er tale om en kollektivt dominerende stilling.

I betragtning af de konklusioner, jeg er nået frem til, navnlig for så vidt angår anvendelsen i den foreliggende sag af begrebet kollektivt dominerende stilling, er det unødvendigt at undersøge det pågældende anbringende. Men da jeg ønsker, at min gennemgang skal være udtømmende, vil jeg alligevel også opholde mig ved sagsøgernes argumenter vedrørende dette punkt.

132. Den franske regering har gjort gældende, at forordningen, selv om man går ud fra, at den finder anvendelse på kollektivt dominerende stillinger, ikke giver mulighed for at knytte sådanne betingelser og påbud til erklæringen om forenelighed, som ligesom i den foreliggende sag direkte påvirker udenforstående virksomheders stilling. Til støtte herfor har den franske regering påpeget, at forordningens artikel 8, stk. 2, alene giver Kommissionen mulighed for at acceptere forpligtelser fra de anmeldende virksomheders side, som vedrører fusionen i snæver forstand, og ikke forpligtelser, som i væsentlig grad rammer udenforstående virksomheder.

De sagsøgende virksomheder, som er enige med den franske regering i, at forordningen ikke giver mulighed for at fastsætte betingelser og påbud, som indvirker på tredje-

142 — Var dette ikke tilfældet, ville man ende med at lade konstateringen af forekomsten af en kollektivt dominerende stilling, som er skadelig for konkurrencen, afhænge af en undersøgelse byggende på simple formodninger uden konkret hold, dvs. ganske upålidelige.

mand, har i det væsentlige gjort gældende, at selv om det i den foreliggende sag antages, at forekomsten af en kollektivt dominerende stilling er bevist, er de fastsatte betingelser ikke skikkede eller egnede til at opretholde en effektiv konkurrence på det pågældende marked.

1) *Muligheden af at anvende artikel 8, stk. 2, over for virksomheder, der ikke deltager i fusionen*

133. Jeg skal for det første bemærke, at jeg nødvendigvis må tilslutte mig den franske regerings synspunkt. Forordningens artikel 8, stk. 2, giver nemlig alene Kommissionen ret til at udstede »betingelser og påbud med henblik på at sikre, at de pågældende virksomheder overholder de forpligtelser med henblik på at ændre den oprindelige fusionsplan, som de har påtaget sig over for Kommissionen«. Denne ordlyd viser, at Kommissionen ingen beføjelse har til at gribe ind over for virksomheder, der står uden for fusionen, heller ikke selv om Kommissionen mener, at virksomhederne danner et oligopol sammen med de virksomheder, der har anmeldt projektet.

Med andre ord begrænser artikel 8, stk. 2, udtrykkeligt og klart Kommissionens beføjelser til en mulighed for at opnå tilsagn fra de pågældende virksomheder med henblik på »at ændre den oprindelige fusionsplan«; bestemmelsen udelukker således enhver mulighed for at vedtage strukturelle ændringer af den konkurrencemæssige ramme for fusionen. Retten til at ændre projektet kan således ikke, da der ikke er nogen udtrykkelig bestemmelse herom, ændres til en mere generel beføjelse til at omstrukturere et helt marked og/eller en hel industrisektor.

134. Kommissionen synes ikke ved sin argumentation at kunne tilbagevise denne løsning. Ifølge Kommissionens argumenter a) er der til beslutningen alene knyttet betingelser og påbud, som er rettet til de i fusionen deltagende virksomheder, og som skal sikre, at de parter, der har anmeldt projektet, overholder deres forpligtelser; b) er et forbud mod en fusion med den begrundelse, at de pågældende betingelser vil kunne påvirke tredjemands interesser, i strid med forordningens mål og uforenelig med proportionalitetsprincippet.

Hvad angår sidstnævnte aspekt henviser jeg til det, jeg sagde under undersøgelsen af forordningens anvendelighed over for kollektivt dominerende stillinger under hensyntagen til økonomiske betragtninger og forordningens mål [143]. Hvad angår det første aspekt kan jeg nøjes med at bemærke, at selv om det er rigtigt, som hævdet af Kommissionen, at det ligger i fusionskontrollens natur, at forpligtelser indgået af de anmeldende virksomheder kan få følger, selv indirekte, for tredjemand, er det lige så rigtigt, at der i den foreliggende sag bestemt ikke er tale om betingelser, som påvirker tredjemand, men snarere om betingelser, som objektivt og

143 — Jf. punkt 94 98 ovenfor.

subjektivt vedrører tredjemand i mindst samme grad som parterne. Den praksis, som Kommissionen har påberåbt sig, rykker heller ikke ved problemstillingen. Der er nemlig tale om beslutninger, som ikke pålægger betingelser, der direkte vedrører tredjemand, hvorfor beslutningerne således ikke kan sammenlignes med den anfægtede beslutning [144]. Endvidere forholder det sig under alle omstændigheder således, at »en bestemt praksis på området ... ikke [kan] tillægges større betydning end traktatens bestemmelser« [145], eller, kan jeg føje til, end bestemmelserne i en afledt retsakt, som står i klar modsætning til Kommissionens praksis. Som jeg allerede har påpeget ved en anden lejlighed, ville det være noget paradoksalt at anerkende, at en krænkelse af reglerne bliver lovlig, blot fordi den gentages!

2) Egnetheden af de betingelser, der i den foreliggende sag er fastsat for at opretholde en effektiv konkurrence

135. Dette punkt er særlig taget op af de sagsøgende virksomheder, som har gjort gældende, at disse betingelser hverken er nødvendige eller egnede til at opretholde en effektiv konkurrence på det pågældende marked. Betingelserne som sådanne er ikke egnede til at gennemføre det i forordningens artikel 2, stk. 2, fastsatte mål.

Ifølge SCPA og EMC er de betingelser, der er fastsat i den anfægtede beslutning, vilkårlige, og de vedrørte og vedrører på ingen måde fusionsprojektet, men alene aftalemæssige forbindelser mellem selskaber, der subjektivt og objektivt står uden for projektet. Hertil kommer, at de anvendes inden for andre geografiske rammer end det relevante marked [146].

136. Jeg skal indledningsvis bemærke, at effektiviteten af de konkurrencemæssige betingelser, der er fastsat, synes tvivlsom, både på grund af den allerede nævnte geografiske forskel mellem det marked, som betingelserne finder anvendelse på, og det relevante marked, og på grund af manglende beviser for, at betingelserne kan sikre, at fusionen er i overensstemmelse med forordningens bestemmelser. Under denne synsvinkel finder jeg anledning til at tilslutte mig de sagsøgende virksomheders opfattelse, der går ud på, at Kommissionen ved bestemmelsen af, hvilke betingelser der skal fastsættes i medfør af forordningens artikel 8, stk. 2, skal basere sin beslutning på seriøse og grundige vurderinger og ikke på hypotetiske

144 — Kommissionen har bl.a. henvist til beslutning af 4.5.1993, KNP/BT/VRG (EFT L 217, s. 35), af 19.12.1991, Courtaulds/SNIA (EFT C 333, s. 16), samt af 31.7.1991, Varta/Bosch (EFT L 320, s. 26).

145 — Dom af 9.8.1994, sag C-327/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3641, præmis 36.

146 — Betingelsernes rækkevidde viser snarere, at Kommissionen, hvis den havde fundet det hensigtsmæssigt, kunne have grebet ind over for de formodede deltagere i duopolet (SCPA/EMC og K+S) med andre midler, bl.a. artikel 85, hvilket Kommissionen i øvrigt sideløbende med den foreliggende sag har gjort i forbindelse med det fælles canadiske selskab Potacan, som er genstand for en undersøgelse i medfør af forordning nr. 17 (nævnt i fodnote 51).

betragtninger som dem, Kommissionen har anvendt som begrundelse for de betingelser, der er fastsat i den foreliggende sag.

Da jeg som nævnt finder, at de sagsøgende virksomheders sag må afvises, for så vidt den tager sigte på at få betingelserne vedrørende den fælles virksomhed Potacan annulleret, vil jeg i min korte gennemgang nedenfor holde mig til betingelserne vedrørende tilbagetrækningen fra selskabet Kali-Export og ophævelsen af distributionsaftalerne, idet jeg naturligvis kun lige vil strejfe de punkter, som jeg allerede har behandlet udtømmende i min gennemgang af de strukturelle bånd mellem K+S og SCPA [147].

— Betingelsen vedrørende K+S's udtræden af Kali-Export-kartellet

137. De sagsøgende virksomheder har for det første gjort gældende, at Kali-Exports eksistens og K+S, MdK og SCPA's kapitalinteresser i denne virksomhed ikke på nogen måde vil påvirke konkurrencevilkårene inden for Fællesskabet. Under alle omstændigheder har Kommissionen overhovedet ikke bevist, at K+S's deltagelse i Kali-Export-kartellet har nogen konkurrencebegrænsende virkning.

147 — Jf. punkt 107-113 ovenfor.

Kommissionen har svaret, at strukturen på det pågældende marked var af en sådan art, at man ikke kunne udelukke, at samarbejdet mellem K+S og SCPA inden for Kali-Export-kartellets rammer indirekte påvirkede kartelmedlemmernes konkurrencebegrænsende adfærd på fællesskabsmarkedet. Kommissionen har navnlig fremhævet, at a) K+S kun indtager en meget marginal position på det franske marked, b) CPL først efter sin udtræden af Kali-Export-kartellet har haft adgang til det franske marked, hvor virksomheden har forøget sit salg med 13% på seks år, og c) Coposa kun i begrænset omfang opererer på det franske marked, og at en stor del af den kali, som Coposa producerer, i øvrigt sælges gennem SCPA.

138. Kommissionens argumenter, som jeg har gennemgået ovenfor, synes ikke egnede til at imødegå de sagsøgende virksomheder indsigelser. Kommissionen har nemlig ikke godtgjort, at K+S's svage tilstedeværelse på det franske marked skyldes selskabets deltagelse i eksportkartellet Kali-Export. Denne situation kan, som fremhævet af de sagsøgende virksomheder, meget vel forklares ved historiske og geografiske faktorer. Endvidere kan man, som hævdet af Kommissionen, ganske vist ikke anvende principperne for gennemførelsen af artikel 85 og 86 på fusioner, men Kommissionen kan sandelig heller ikke basere sin vurdering på rene formodninger og sandsynligheder. Kommissionen skal i hvert fald godtgøre, at de pågældende betingelser er nødvendige for at sikre opretholdelse af en effektiv konkurrence.

Men i den foreliggende sag har Kommissionen ikke blot ikke på overbevisende måde forklaret, hvorledes et manglende samarbejde inden for et kartel, som indvirker på markedet uden for Fællesskabet, kan sikre en effektiv konkurrence på EF-markedet bortset fra Tyskland. Kommissionen har ej heller bevist, at K+S's eller Coposa's svage tilstedeværelse på det franske marked skyldes deltagelsen i det pågældende kartel. Hvad angår den omstændighed, at CPL først har øget sin eksport til Frankrig efter sin udtræden fra Kali-Export, siger det sig selv, at dette netop kan skyldes, at CPL har valgt at koncentrere sig om fællesskabsmarkedet, eller, som påstået af sagsøgerne uden modsigelse fra Kommissionen, de driftsvanskeligheder, som CPL havde, da virksomheden var del af Kali-Export.

I øvrigt består de pågældende bånd af en aftale af 28. juni 1985 om distribution af produkter, som ikke indeholder kali, men kiserit. Endvidere begrænser SCPA sig til at købe kali, der skal anvendes af EMC eller sælges uden for det franske marked. Endelig køber SCPA af K+S kaliprodukter indeholdende magnesium, som sælges i Frankrig. Men som det fremgår af beslutningen, er disse produkter ikke omfattet af markedet for det pågældende produkt.

140. I betragtning af den ovenfor beskrevne situation, som i øvrigt ikke er bestridt af Kommissionen, der i virkeligheden har indskrænket sig til at fremhæve betydningen af, at K+S har etableret sit eget distributionsnet på det franske marked, står det kun alt for klart, at K+S og SCPA ikke havde noget privilegeret samarbejde omkring distributionen af kaliprodukter. Men det bør erindres, at beslutningens formulering har fået K+S til at ophæve den eneste distributionsaftale med SCPA, nemlig aftalen vedrørende kiserit, dvs., og det vil jeg gerne gentage, vedrørende et produkt, som ifølge beslutningen ikke er omfattet af det relevante marked.

— Betingelsen om ophævelse af distributionsaftalerne mellem K+S og SCPA

139. Efter de sagsøgende virksomheders opfattelse har Kommissionen på ingen måde påvist, hvorledes og hvorfor ophævelsen af distributionsaftalerne mellem K+S og SCPA skulle kunne sikre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på fællesskabsmarkedet bortset fra Tyskland. Ifølge de sagsøgende virksomheder påvirker disse bånd i virkeligheden alene det franske marked.

Denne omstændighed er mere end noget andet med til at bekræfte rigtigheden af sagsøgernes udtalelse om beslutningens direkte indvirkning på deres interesser, og forstærker også den tvivl, der er om de fastsatte betingelsers egnethed til at eliminere den duopolistiske dominans, der hævdes at være skabt ved fusionen.

Forslag til afgørelse

141. Af ovenstående betragtninger fremgår det efter min opfattelse, at der i den foreliggende sag er begået fejl i fortolkningen og anvendelsen af bestemmelserne i fusionsforordningen.

På dette stadium må det afgøres, om disse fejl berettiger til en fuldstændig annullation af beslutningen eller kun en delvis annullation, dvs. en annullation, der er begrænset til den del, der indeholder betingelserne vedrørende de sagsøgende selskaber. Af grunde, som jeg skal forklare nedenfor, finder jeg sidstnævnte løsning mest egnet.

142. Jeg skal for det første bemærke, at Kommissionen ikke har ret i, at en delvis annullation af beslutningen på en vis måde vil forrykke den institutionelle balance, idet Fællesskabets retsinstanser ikke er kompetente til at ændre Kommissionens beslutning og vurdere fusionens i Kommissionens sted.

Jeg skal i den forbindelse blot bemærke, at det er selve forordningen samt Domstolens faste praksis [148], der har givet Domstolen mulighed for kun delvis at annullere en beslutning, der er vedtaget in subjecta materia. Det ville i øvrigt være paradoksalt at hævde, at Domstolens udøvelse af en beføjelse, den udtrykkeligt har fået tillagt, anfægter Kommissionens privilegier og beføjelser. Det bør snarere bemærkes, at en delvis annullation indebærer, at de ved retspraksis fastsatte betingelser herfor, som i sidste instans tager sigte på at sikre, at den delvise annullation ikke tømmer den anfægtede beslutning for indhold, er opfyldt [149].

143. I betragtning af det ovenfor anførte finder jeg, at beslutningen kan annulleres delvis, og at denne løsning kan vælges, uanset hvilket af de anbringender, som

148 — Dom af 20.3.1957, sag 2/56, Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 41, org. ref.: Rec. s. 9.

149 — Se herom allerede dom af 28.6.1972, sag 37/71, Jamet mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 129, sammendrag, org. ref.: Rec. s. 483, præmis 11 og 12.

parterne har påberåbt sig, og som jeg har skønnet berettigede, Domstolen vil tage til følge. Hvad enten Domstolen vil antage, at forordningen principielt ikke finder anvendelse på kollektivt dominerende stillinger, eller den fastslår, at der ikke består nogen kollektivt dominerende stilling, eller i hvert fald at forekomsten heraf ikke er tilstrækkeligt bevist, vil det nemlig fjerne forudsætningen for, at Kommissionen har underkastet de sagsøgende virksomheder de anfægtede betingelser. Disse er nemlig, som det vil erindres, fastsat for at undgå, at fusionen skaber en situation med oligopolistisk dominans, der kan hæmme konkurrencen på fællesskabsmarkedet.

Disse bemærkninger gælder efter min opfattelse også for det tilfælde, at Domstolen, når først problemerne omkring anvendelsen af forordningen på oligopoler er afklaret, og eksistensen af en kollektivt dominerende stilling godtgjort, når til den konklusion, at forordningens artikel 8, stk. 2, ikke giver Kommissionen ret til at pålægge betingelser, som indvirker direkte på udenforstående virksomheders interesser. Resultatet vil naturligvis være det samme, såfremt de pågældende betingelser skønnes uegnede til at sikre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på det relevante marked. Skulle de pågældende betingelser blive fundet uegnede til at sikre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på det relevante marked, vil den bedste løsning endnu en gang være en annullation af betingelserne, dvs. en delvis annullation af beslutningen.

144. I sidste instans vil det i alle de tænkte situationer, jeg har beskrevet ovenfor, være muligt at annullere betingelserne uden at tømme hele beslutningen for substans [150]. Jeg finder det på sin plads her at fremhævet, at vurderingen af fusionens virkninger på fællesskabsmarkedet — en vurdering, der er baggrunden for de anfægtede betingelser — objektivt er helt uafhængig af vurderingen vedrørende det tyske marked, hvilket bevirker, at det kan komme på tale at begrænse bestemmelsens saglige anvendelsesområde og derved opfylde de betingelser, der er fastsat i retspraksis på dette område.

Endvidere vil en delvis annullation af beslutningen heller ikke kunne ændre dennes rækkevidde. Jeg kan tilføje, at den anfægtede beslutning i den foreliggende sag som

150 — Særlig i dette tilfælde kan man forestille sig, at Kommissionen, når fristerne i forordningens artikel 10, stk. 5, begynder at løbe på ny, fastsætter andre betingelser eller på en grundigere og mere veldokumenteret måde godtgøre, at de oprindelige betingelser er egnede til at beskytte konkurrencen. Selv om denne eventualitet teoretisk er mulig, finder jeg den dog lidet sandsynlig, da den indebærer en fornyet behandling af en fusion, som allerede har produceret sine virkninger, og som derfor vil vanskeliggøre en vurdering på baggrund af status quo ante.

helhed er til gunst for de pågældende virksomheder. Dette er ifølge Domstolens praksis relevant, når der skal tages stilling til et krav om delvis annullation [151].

145. Med hensyn til sagens omkostninger foreslår jeg i medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 3, at de fordeles for så vidt angår sag C-68/94. Hvad angår sag C-30/95 finder jeg derimod på grundlag af samme bestemmelse, at Kommissionen, som i det væsentlige har tabt sagen, bør dømmes til at betale omkostningerne, herunder de omkostninger, der er afholdt af de intervenerende virksomheder. Derimod bør de regeringer, der har interveneret i sagen, bære deres egne omkostninger.

146. På grundlag af det ovenfor anførte foreslår jeg således Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— *i sag C-68/94:*

a) artikel 1 i Kommissionens beslutning 94/449/EF af 14. december 1993 om en procedure i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (sag IV/M308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) annulleres, for så vidt den gør erklæringen om fusionens forenelighed med fællesmarkedet betinget af opfyldelsen af de i 63. betragtning nævnte betingelser og påbud.

b) I øvrigt frifindes sagsøgte.

c) Sagens omkostninger fordeles mellem parterne, og den tyske regering bærer selv sine omkostninger i forbindelse med interventionen.

— *i sag C-30/95:*

a) De af SCPA og EMC anlagte sager admitteres bortset fra anbringendet om tilsagnet vedrørende det canadiske selskab Potacan.

151 — Dom i sagen Transocean Marine Paint mod Kommissionen, nævnt i fodnote 39, præmis 21.

b) Artikel 1 i Kommissionens beslutning 94/449/EF af 14. december 1993 om en procedure i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (sag IV/M308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) annulleres, for så vidt den gør erklæringen om fusionens forenelighed med fællesmarkedet betinget af opfyldelsen af de i 63. betragtning nævnte betingelser og påbud.

c) Kommissionen bærer sagens omkostninger, herunder de intervenerende virksomheders omkostninger. Den franske regering bærer sine egne omkostninger.