JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
GIUSEPPE TESAURO
6 päivänä helmikuuta 1997 *

Sisällys

Asetuksen syntyhistoria ja sisältö ..... I - 1383

Menettely ja päätös ..... I - 1387

Molempiin kanteisiin liittyvän ongelman sisältö ja ratkaisuehdotuksen rakenne ..... I - 1391

I Tutkittavaksi ottaminen (asia C-30/95) ..... I - 1394

a) Osittainen kumoaminen ..... I - 1395

b) Kanneoikeus ..... I - 1396

c) Mahdollisuus riitauttaa Potacania koskeva päätöksen kohta ..... I - 1399

d) Oikeussuojaintressin puuttuminen ..... I - 1400

II Pääasia ..... I - 1401

a) Kansallisten viranomaisten kanssa tapahtuvaa yhteistyötä koskevan velvollisuuden laiminlyönti (asia C-68/94) ..... I - 1401

b) Keskittymän vaikutukset Saksan markkinoilla (asia C-68/94) ..... I - 1404

c) Yrityskeskittymän vaikutukset Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla (asiat C-68/94 ja C-30/95) ..... I - 1410

1) Relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittely ..... I - 1410

2) Mahdollisuus soveltaa yrityskeskittymiä koskevaa asetusta kollektiivisten määräävien asemien valvomiseksi ..... I - 1417

— Asetuksen sanamuoto ..... I - 1419

— Oikeudelliset perustat ja lainsäätäjän tahto ..... I - 1420

— Menettelylliset takeet ..... I - 1422

— Taloudelliset näkökohdat ja asetuksen tavoitteet ..... I - 1425

3) Kollektiivisen määräävän aseman käsitteen virheellinen soveltaminen nyt käsiteltävässä asiassa ..... I - 1428

— Markkinoiden keskittymisaste ..... I - 1431

— K+S:n ja SCPA:n väliset rakenteelliset siteet ..... I - 1432

* Alkuperäinen kieli: italia.

— Markkinoilta poistuneen kilpailijan ominaispiirteet ..... I - 1436

— Kilpailijoiden asema ..... I - 1437

— K+S/MdK:n ja SCPA:n asemien vertailu ..... I - 1438

— Asiakkaiden taloudellinen vahvuus ..... I - 1440

— Markkinoille pääsyn esteet ..... I - 1441

— Markkinoiden ja tuotteen ominaispiirteet ..... I - 1442

— Markkinakäyttäytymisen samansuuntaisuus ..... I - 1442

d) Sellaisten ehtojen ja velvoitteiden määrääminen, jotka vaikuttavat keskittymän ulkopuolisiin kolmansiin osapuoliin (asiat C-68/94 ja C-30/95) ..... I - 1444

1) Mahdollisuus soveltaa 8 artiklan 2 kohtaa keskittymän ulkopuolisiin yrityksiin ..... I - 1445

2) Tehokkaan kilpailun ylläpitämiseksi asetettujen ehtojen asianmukaisuus .... I - 1446

— K+S:n vetäytymistä Kali-Export-kartellista koskeva ehto ..... I - 1447

— K+S:n ja SCPA:n välisten jakelusopimusten irtisanomista koskeva ehto . I - 1448

Ratkaisuehdotus ..... I - 1449

1. Voidaanko yrityskeskittymien valvonnasta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 [1] (jäljempänä asetus) säännöksiä soveltaa oligopoleihin? Ja mitkä rajoitukset koskevat asetuksen säännösten valossa komissiota sen arvioidessa keskittymien laillisuutta?

Yhteisöjen tuomioistuimella on nyt tilaisuus antaa vastaus muun muassa näihin, asetuksen soveltamisen kannalta kiistatta merkityksellisiin kysymyksiin asioissa C-68/94 ja C-30/95. Kyseisissä kanteissa, joista toisen on nostanut Ranskan hallitus ja toisen Société commerciale des potasses et de l'azote (jäljempänä SCPA) sekä Entreprise minière et chimique (jäljempänä EMC), riitautetaan 14.12.1993 tehty komission päätös 94/449/EY [2] (jäljempänä päätös), joskin osittain eri näkökohdista.

2. Komissio antoi päätöksessä luvan toimenpiteeseen, jonka tarkoituksena oli Kali und

1 — EYVL L 395, s. 1.

2 — Asetuksen N:o 4064/89 soveltamisesta tehty päätös (asia IV/M308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (EYVL 1994, L 186, s. 38).

Salz AG:n (jäljempänä K+S) ja Mitteldeutsche Kali AG:n (jäljempänä MdK) kaliumtuote- ja vuorisuolatuotealan toimintojen siirtäminen K+S:n ja Treuhandanstaltin perustamalle yhteisyritykselle. Keskittymä todettiin yhteismarkkinoille soveltuvaksi kuitenkin ainoastaan sillä edellytyksellä, että kyseiset yritykset noudattavat tiettyjä ehtoja, jotka koskivat lähinnä liikesuhteiden katkaisemista SCPA:n ja EMC:n kanssa.

SCPA:n ja EMC:n nostamassa kanteessa (asia C-30/95) vaaditaan päätöksen kumoamista juuri siltä osin kuin siinä määrätään kyseisistä ehdoista; Ranskan hallituksen kanne (asia C-68/94) koskee myös muita seikkoja ja on siis laajempi. Koska näiden kahden kanteen tavoitteet ovat kuitenkin vain osittain erilaiset ja koska tietyt perusteet, joihin on vedottu, ja esitetyt perustelut ovat suurimmaksi osaksi yhteneviä, pidän mahdollisena ja jopa parempana käsitellä niitä yhdessä, kunhan tietyt eroavaisuudet otetaan huomioon.

3. Ennen kuin tarkastelen päätöksen sanamuotoa ja itse riitaa, joka saattaa merkitä huomattavaa edistysaskelta kilpailua koskevassa oikeuskäytännössä siinä esitettyjen periaatekysymysten vuoksi, pidän kuitenkin sopivana kerrata asetuksen syntyhistorian ja sen oleelliset piirteet sekä yrityskeskittymien valvonnassa noudatettavan menettelyn. Siten on helpompaa ymmärtää tiettyjä yleisiä näkökohtia, joihin palaan tutkiessani tiettyjä tutkittavaksi ottamista ja pääasiaa koskevia kysymyksiä, jotka tulevat esiin nyt käsiteltävissä kanteissa.

Asetuksen syntyhistoria ja sisältö

4. Toisin kuin EHTY:n perustamissopimuksessa (66 artikla), EY:n perustamissopimuksessa ei ole yhtään yrityskeskittymiä koskevaa erityismääräystä. Tämä oikeusaukko on seurausta selvästä poliittisesta tahdosta, jolla pyritään edistämään yhteisössä toimivien yritysten vahvistumista myös yrityskeskittymien avulla. Komissio totesi itse 1.12.1965 päivätyssä muistiossa lähtökohtaisesti myönteisen kantansa keskittymiin, koska sen mielestä ne olivat tarkoituksenmukainen keino vahvistaa Euroopan teollisuutta, joka oli vielä liian heikko kyetäkseen kilpailemaan kansainvälisillä markkinoilla. Komissio vahvisti samassa muistiossa lisäksi aikomuksensa soveltaa keskittymiin pikemminkin 86 artiklaa kuin 85 artiklaa. Tämän näkemyksen vahvisti yhteisöjen tuomioistuin, joka totesi asiassa Europemballage ja Continental Can vastaan komissio antamassaan tuomiossa, että kyse voi olla 86 artiklassa tarkoitetusta määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä, kun yritys, jolla jo on määräävä markkina-asema, vahvistaa tätä asemaansa esimerkiksi fuusion kautta "niin paljon, että siten saavutettu määräävyyden aste rajoittaa olennaisesti kilpailua". [3]

3 — Asia 6/72, Europemballage ja Continental Can v. komissio, tuomio 21.2.1973 (Kok. 1973, s. 215, 26 kohta).

Perustamissopimuksen 86 artiklan soveltaminen ei voinut kuitenkaan olla täysin tyydyttävä ratkaisu jo pelkästään sen vuoksi, että kyseisen määräyksen perusteella voidaan puuttua tilanteeseen vasta jälkikäteen eli jo olemassa oleviin määräämiin asemiin, kun keskittymiä koskevalla säännöstöllä pitäisi erityisesti ennakolta estää kilpailunvastaiset vaikutukset. Komissio esitti tämän vuoksi hieman asiassa Europemballage ja Continental Can vastaan komissio annetun tuomion julistamisen jälkeen neuvostolle ensimmäisen tätä koskevan asetusehdotuksen. Lisäksi sen myöhempi päätöksentekokäytäntö osoitti halukkuutta harkita uudestaan 85 artiklan soveltamista keskittymiin käyttämällä "ennakkoarvioinnin" mekanismia. [4] Tämä suuntaus näyttää vahvistetun yhdistetyissä asioissa BAT ja Reynolds vastaan komissio annetussa tuomiossa, [5] jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että vähemmistöosuuden hankkiminen kilpailevasta yrityksestä voi tietyissä tilanteissa olla perustamissopimuksen 85 artiklan vastainen rajoitus.

5. Edellä mainittu tuomio oli lähtökohta tätä aihetta koskeneelle keskustelulle ja antoi komissiolle jälleen sysäyksen esittää uusi ehdotus vuonna 1988. Neuvosto antoi asetuksen kyseisen ehdotuksen pohjalta, ja asetuksen lopullisesta sanamuodosta käyvät paikoin ilmi syvällisetkin näkemyserot, jotka ovat liittyneet sen valmisteluvaiheeseen. [6]

Asetuksessakaan ei luovuttu myönteisestä suhtautumisesta yritysten välisiin keskittymiin, joita pidettiin keinona, jonka avulla Euroopan teollisuus voisi kilpailla tehokkaasti kansainvälisillä markkinoilla. Asetuksen johdanto-osassa näet korostetaan, että sisäisten rajojen poistaminen sisämarkkinoiden toteutuessa edistää keskittymien muodostumista ja että keskittymiin on suhtauduttava myönteisesti, koska ne sopivat tehokkaan kilpailun vaatimuksiin ja niillä voidaan edistää Euroopan teollisuuden kilpailukykyä, parantaa kasvun edellytyksiä ja nostaa elintasoa yhteisössä. Keskittymät ja teollisuuden rakennemuutokset eivät kuitenkaan saa aiheuttaa pysyvää vahinkoa kilpailulle, joten yhteisön oikeudessa on oltava säännöksiä "keskittymistä, jotka saattavat olennaisesti estää tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla" (viides perustelukappale).

6. Asetus perustuu ennen kaikkea perustamissopimuksen 87 artiklaan siltä osin kuin siihen sisältyvät 85 ja 86 artiklan soveltamista

4 — Ks. vastaavasti esim. Santamaria, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, s. 92— ; teoksessa mainitaan ensimmäisenä esimerkkinä tästä käytännöstä 12.12.1984 annettu komission päätös 85/78/ETY (asia Mechaniver — PPG) (EYVL 1985, L 35, s. 54).

5 — Yhdistetyt asiat 142/84 ja 156/84, BAT ja Reynolds v. komissio, tuomio 17.11.1987 (Kok. 1987, s. 4487). Ks. kuitenkin siitä, ettei asiassa BAT ja Reynolds v. komissio annetulla tuomiolla katsota olevan kyseistä tapausta laajempaa merkitystä, mm. Bellamy, "Mergers outside the Scope of the New Merger Regulation. Implications of the Philip Morris Judgment", *Fordham Corp. Law Institute*, 1988, s. 22.

6 — Ks. Frignani-Waelbroeckin yhteenveto: *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, s. 685 ja 686.

koskevat säännöt. Sen oikeudellinen perusta on kuitenkin myös 235 artikla, sillä kuten myös kuudennessa perustelukappaleessa todetaan, "85 ja 86 artikla — — eivät ole riittäviä kaiken sellaisen toiminnan valvomiseksi, joka voi osoittautua perustamissopimuksessa edellytettyyn vääristymättömän kilpailun järjestelmään soveltumattomaksi".

Asetuksen 3 artiklan 1 kohdassa määritellään keskittymät melko laajan käsitteen avulla, joka sisältää fuusion lisäksi tilanteet, joissa kyseiset toimijat voivat säilyttää oikeudellisen ja jopa taloudellisen itsenäisyytensä. [7] Sanan teknisessä merkityksessä puhtaiden fuusioiden ohella keskittymälle on teknisten fuusiotapausten lisäksi ominaista lähinnä määräysvallan hankkiminen, joka on 3 artiklan 3 kohdassa määritelty "mahdollisuudeksi käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa yrityksessä", mikä perustuu erityisesti "omistusoikeuteen yrityksen kaikkiin tai joihinkin varoihin taikka käyttöoikeutta niihin" tai "oikeuksiin tai sopimuksiin, joiden perusteella saadaan ratkaiseva vaikutusvalta yrityksen toimielinten kokoonpanossa, äänestyksissä tai päätöksissä". Asetusta sovelletaan 3 artiklan soveltamisalaan kuuluviin toimenpiteisiin ainoastaan siinä tapauksessa, että ne ovat "yhteisönlaajuisia". [8] Muut keskittymätapaukset kuuluvat sen sijaan kansallisten viranomaisten toimivaltaan.

7. Asetuksen 2 artiklan 1 kohdassa velvoitetaan komissio ottamaan huomioon seuraavat seikat arvioidessaan, soveltuvatko keskittymät yhteismarkkinoille: "tarve ylläpitää ja kehittää tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla muun muassa kaikkien kyseessä olevien markkinoiden rakenteen sekä yhteisön alueelta ja sen ulkopuolelta olevien yritysten todellisen ja mahdollisen kilpailun kannalta" sekä useita seikkoja, joiden perusteella selvitetään kyseisten yritysten todellinen markkinavoima. [9] Kyseiseen säännökseen sisältyvä luettelo jättää komissiolle laajan harkintavallan myös sen vuoksi, ettei siinä ilmoiteta huomioon otettavien eri seikkojen keskinäistä arvojärjestystä. On myös merkittävää, että toisin kuin muissa kilpailuoikeutta koskevissa säännöstöissä, asetukseen ei sisälly

7 — Säännöksen sanamuoto on seuraava: "jos a) kaksi yritystä tai useampi yritys, jotka ovat aikaisemmin olleet itsenäisiä, sulautuu; taikka b) — yksi tai useampi henkilö, jolla jo on määräysvalta ainakin yhdessä yrityksessä, tai — yksi tai useampi yritys saa ostamalla osakkeita tai osuuksia taikka varoja, sopimuksella tai muulla tavoin suoran tai välillisen määräysvallan, joka koskee yhtä tai useampaa yritystä kokonaisuudessaan tai jotakin sen tai niiden osaa".

8 — Tämä edellytys täyttyy, jos "kaikkien [keskittymään] osallistuvien yritysten yhteenlaskettu koko maailmasta kertynyt kokonaisliikevaihto on erikseen yli 5 miljardia ecua" tai jos "ainakin kahden siihen osallistuvan yrityksen yhteisön alueelta kertynyt kokonaisliikevaihto on erikseen yli 250 miljoonaa ecua" ja jollei "jokaisen keskittymään osallistuvan yrityksen omasta yhteisön alueelta kertyneestä kokonaisliikevaihdosta yli kaksi kolmasosaa ole kertynyt yhdestä ja samasta jäsenvaltiosta" (1 artiklan 2 kohta).

9 — Komissio ottaa huomioon "keskittymään osallistuvien yritysten aseman markkinoilla ja niiden taloudellisen ja rahoituksellisen vahvuuden, tavarantoimittajien ja käyttäjien käytössä olevat valintamahdollisuudet, heidän pääsynsä hankinta- ja toimitusmarkkinoille, oikeudelliset ja muut markkinoillepääsyn esteet, asianomaisten tavaroiden tai palvelujen tarjonnan ja kysynnän kehityksen, väli- ja loppukäyttäjien edut sekä kehityksen teknisessä ja taloudellisessa edistyksessä, jos se on kuluttajille eduksi eikä estä kilpailua".

yritysten markkinaosuuksiin sidottuja laittomuusolettamia eikä matemaattisia perusteita, joita arvioinnissa voitaisiin käyttää. [10]

Saman 2 artiklan 2 ja 3 kohdassa säädetään, että edellä mainittujen perusteiden mukaisesti tehty, yhteismarkkinoille soveltumista koskeva arvio riippuu viime kädessä siitä, luodaanko kyseisellä keskittymällä sellainen määräävä asema tai vahvistetaan sellaista asemaa, "jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyy". [11]

8. Valvontamenettely on kaksivaiheinen. Ensimmäinen vaihe alkaa ennakkoilmoituksesta [12] ja kestää kuukauden, ja sen aikana komissio tutkii, onko keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille vakavia epäilyjä. [13] Jos näin ei ole tai jos toimenpide ei kuulu asetuksen soveltamisalaan, menettely päättyy ensimmäisessä vaiheessa komission päätökseen (asetuksen 6 artiklan 1 kohdan a ja b alakohta). Jos päätöstä ei ole tehty, keskittymää pidetään yhteismarkkinoille soveltuvana (10 artiklan 6 kohta).

Jos toimenpiteen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille on sen sijaan vakavia epäilyjä ja komissio päättää sen vuoksi aloittaa virallisen menettelyn (asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohta), päätös on tehtävä neljän kuukauden kuluessa. Jos sitä ei tehdä, keskittymää pidetään yhteismarkkinoille soveltuvana. Mahdollisesti tehtävässä (lopullisessa) päätöksessä voidaan julistaa, että keskittymä soveltuu yhteismarkkinoille, ja siihen voidaan liittää tarvittaessa ehtoja ja velvoitteita (8 artiklan 2 kohta) tai keskittymä voidaan julistaa yhteismarkkinoille soveltumattomaksi. Viimeksi mainitussa tapauksessa komissio voi vaatia mitä tahansa toimenpi-

10 — Yhdysvalloissa otettiin vuoden 1984 *Merger Guidelines*illa käyttöön ns. Herfindhal-Hirschman Index (HHI), jossa lasketaan yhteen kunkin keskittymään osallistuvan yrityksen markkinaosuudet sen jälkeen, kun ne on korotettu toiseen potenssiin. Toimenpiteestä johtuvan markkinoiden keskittymisasteen todellisen lisäyksen määrittämiseksi kyseisten yritysten markkinaosuuksien summa kerrotaan kahdella. Jos HHI-indeksi on keskittymän jälkeen vähemmän kuin 1 000, toimenpide on lähtökohtaisesti sallittu. Jos se on 1 000— 1 800, toimenpide tutkitaan, ja se voidaan kieltää, jos se merkitsee yli 100:n lisäystä. Jos HHI ylittää 1 800, keskittymä voidaan kieltää, vaikka siitä seuraisi alle 50:n lisäys.

11 — Ilmaisu "olennaisesti" on herättänyt vilkasta keskustelua oikeuskirjallisuudessa: eniten tukea saaneiden tulkintojen joukosta mainittakoon tulkinta, jossa kyseinen ilmaisu liitetään de minimis -perusteeseen ja jonka mukaan ainoastaan sellaiset keskittymät voidaan todeta soveltumattomiksi yhteismarkkinoille, joilla on olennaisia vaikutuksia kilpailuun, koska ne vähentävät kilpailua merkittävästi ja pysyvästi. Ks. vastaavasti Langeheine, "Substantive Review under the EEC Merger Regulation", *Fordham Corporate Law Institute*, 1990, s. 484—. Ks. tästä myös Bellamy ja Child, *Common Market Law of Competition*, 4. painos, London 1993, s. 336—. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä viitataan "tehokkaan kilpailun" merkityssisällön osalta todellisiin olosuhteisiin, joissa kilpailu kehittyisi, jos kyseistä rajoitusta ei olisi: ks. tästä asia 31/85, ETA, tuomio 10.12.1985 (Kok. 1985, s. 3933, 11 kohta). Ks. myös Dechery, "Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations", *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 317, erityisesti s. 323.

12 — Keskittymästä on ilmoitettava viikon kuluessa sopimuksen tekemisestä tai julkisen osto- tai vaihtotarjouksen ilmoittamisesta tai määräysvallan tuottavan osuuden hankkimisesta.

13 — Kun arvioidaan, onko keskittymä "yhteisönlaajuinen", edellytetään selvästi taloudellisen viitealan määrittelemistä sekä huomioon otettavan tuotteen että maantieteellisen alueen osalta. Tältä osin käytetään asetuksen N:o 4064/89 mukaisista tiedoksiannoista, määräajoista ja kuulemisista 25 päivänä heinäkuuta 1990 annetun asetuksen (ETY) N:o 2367/90 (EYVL L 219, s. 5), joka on sittemmin kumottu ja korvattu 21.12.1994 annetulla komission asetuksella N:o 3384/94 (EYVL L 377, s. 1), liitteen I mukaiseen CO-lomakkeeseen sisältyviä tietoja. Kyseisessä lomakkeessa luetellaan itse asiassa kaikki tiedot, jotka komissiolle on ilmoitettava.

dettä tehokkaan kilpailun edellytysten palauttamiseksi, jos keskittymä on jo toteutettu (8 artiklan 4 kohta).

Menettely ja päätös

9. Komissio sai 14.7.1993 asetuksen 4 artiklan 1 kohdan mukaisen ilmoituksen keskittymäsuunnitelmasta, jonka osapuolia olivat kemianteollisuudessa toimivan BASF-konsernin saksalainen tytäryhtiö K+S ja MdK, johon on keskitetty kaikki entisessä Saksan demokraattisessa tasavallassa harjoitettu kalium- ja vuorisuolatuotealan toiminta ja jonka ainoa osakkeenomistaja on Treuhand, joka on julkisoikeudellinen laitos ja vastuussa entisessä Saksan demokraattisessa tasavallassa olevien julkisten yritysten rakenteiden muuttamisesta.

Tässä yhteydessä on täsmennettävä, että keskittymäsuunnitelman ilmoittamisajankohtana K+S oli Euroopan selvästi suurin kaliumintuottaja, sillä sen tuotanto oli yli 2 000 000 tonnia vuodessa, ja seuraavaksi tärkein tuottaja oli MdK, jonka tuotanto oli 1 430 000 tonnia vuodessa. Saksan kaliumtuotannon kokonaismäärä oli siis keskittymän toteuttamista välittömästi edeltäneen vuoden (1992) aikana noin 3 500 000 tonnia. Kolmannella sijalla oli Mines de potasse d'Alsace (jäljempänä MPA), jonka tuotanto oli noin 1 000 000 tonnia vuodessa ja jonka omisti ranskalainen julkisoikeudellinen laitos EMC, joka omisti lisäksi 100 prosenttia kyseisiä tuotteita markkinoivan yhtiön, SCPA:n, osakekannasta. Seuraavina olivat kolme espanjalaista yritystä, joiden tuottamat määrät olivat alle miljoona tonnia vuodessa ja jotka olivat vastikään yhtyneet julkiseksi yritykseksi, jonka nimi oli INI ja joka markkinoi niiden tuotteita saman yhtiön eli Coposan kautta; lopuksi mainittakoon vielä brittiläinen yhtiö Cleveland Potash Limited (jäljempänä CPL).

10. Keskittymäsuunnitelman mukaan kaikki K+S:n ja MdK:n kaliumin ja vuorisuolan louhinta- ja jalostustoiminnot oli määrä siirtää Mitteldeutsche Kali AG GmbH:lle (jäljempänä MdK GmbH), joka oli K+S:n ja Treuhandanstaltin yhteisyritys. K+S:n piti siirtää yhteisyritykselle kaikki kyseisen alan toimintonsa, kun taas Treuhandin oli määrä sijoittaa pääomaa yli miljardi Saksan markkaa (DEM). K+S:n osuudeksi yhtiöosuuksista ja äänivallasta oli sovittu 51 prosenttia ja Treuhandin osuudeksi 49 prosenttia.

Tutkittuaan suunnitelman komissio päätti 16.8.1993 aloittaa asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetun virallisen menettelyn, koska ilmoitetun keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille oli vakavia epäilyjä. Komissio teki 14.12.1993 pää-

töksen, jolla se hyväksyi keskittymän, [14] mutta asetti asetuksen 8 artiklan 2 kohdan mukaisesti ehdoksi tiettyjen sitoumusten noudattamisen.

11. Relevanttien tuotemarkkinoiden on päätöksessä määritelty käsittävän lähinnä maataloudessa käytettävät kaliumsuolapohjaiset tuotteet. [15] Kyse on mineraalilannoitteista, joita käytetään sellaisenaan tai sekoitetaan maaperään muiden ainesosien, kuten typen ja fosforin, kanssa, niin sanottuina yhdistelannoitteina. Kummassakaan tapauksessa kaliumsuoloja ei voida korvata muilla aineilla. Komission mukaan nämä tuotteet — olipa niiden sisältö (kaliumin eri määrät), muoto (vakiotuote tai rakeet) tai käyttökohde (maatalous tai yhdistelannoitteita tuottava teollisuus) mikä hyvänsä — ovat asiaa objektiivisesti tarkasteltuna kuluttajan mielestä suurelta osin keskenään korvaavia, joten niitä voidaan tarkastella yhdessä. [16]

Komissio on lisäksi määritellyt kaliumsuolapohjaisten tuotteiden markkinoista erilliset toiset relevantit markkinat, jotka käsittävät kaikki magnesiumia sisältävät tuotteet, ja todennut, että kyseisellä alalla toimivat lähinnä — kun yhteisön markkinoita tarkastellaan kokonaisuutena — vain K+S ja MdK. [17] Vaikka komissio on tehnyt sen päätelmän, että kyseisillä yhtiöillä olisi keskittymän seurauksena yhteisössä monopoliasema magnesiumsulfaatin ja kieseriitin osalta ja että perustettavalla yhteisyrityksellä olisi näillä markkinoilla määräävä asema 92 prosentin markkinaosuudellaan, [18] komissio ei ole kuitenkaan johtanut siitä mitään seuraamuksia.

12. Maataloudessa käytettävien kaliumsuolapohjaisten tuotteiden osalta, joihin päätöksessä lähes täysin keskitytään, komissio on sen sijaan erotellut kahdet maantieteelliset markkinat: Saksan markkinat ja Saksan ulkopuoliset yhteisön markkinat. [19]

Komissio on todennut Saksan markkinoiden osalta, että keskittymällä vahvistettaisiin K+S:n määräävää asemaa luomalla tosiasiallinen monopoli. [20] Komissio otti huomioon MdK:n maksukyvyttömyyden, jonka vuoksi MdK joutuisi poistumaan markkinoilta, ellei

14 — Keskittymiä käsittelevän neuvoa-antavan komitean puoltava lausunto, joka annettiin sen jäsenten enemmistöllä 3.12.1993 pidetyssä kokouksessa, on julkaistu EYVL:ssä 1994, C 199, s. 5.

15 — Komissio on näet sulkenut pois sen mahdollisuuden, että suola-alalla ja teollisuuskäyttöön tarkoitettujen kaliumsuolapohjaisten tuotteiden alalla toteutettavalla keskittymällä voitaisiin luoda sellainen määräävä asema tai vahvistaa sellaista määräävää asemaa, joka voisi merkittävästi rajoittaa tehokasta kilpailua yhteisössä tai sen merkittävällä osalla (päätöksen 11 kohta).

16 — Ks. päätöksen 13— 29 kohta.

17 — Ks. päätöksen 30 ja 45 kohta.

18 — Päätöksen 69 kohta.

19 — Päätöksen 31— 44 kohta.

20 — Kun ei oteta huomioon K+S:n omiin tarkoituksiin tuotettuja määriä (joita ovat lähes yksinomaan K+S:n toimitukset BASF-konsernin sisällä), K+S:n markkinaosuus on noin 79 prosenttia ja MdK:n 19 prosenttia, joten MdK GmbH:n kokonaismarkkinaosuus on 98 prosenttia (päätöksen 46 kohta).

jokin toinen yritys ostaisi sitä lähitulevaisuudessa, jolloin K+S saisi sen markkinaosuuden joka tapauksessa, ja päätteli tästä, että määräävä asema syntyisi myös siinä tapauksessa, että keskittymäsuunnitelman toteuttaminen kiellettäisiin. [21]

Komissio katsoi tässä tilanteessa voivansa hyväksyä osapuolten väitteet, jotka perustuivat niin sanotun *failing company defence* -periaatteen (maksukyvyttömän yrityksen pelastamista koskeva periaate) soveltamiseen, eivätkä toimivaltaiset viranomaiset kyseisen periaatteen mukaan voi kieltää keskittymää, jos jokin kyseisistä yrityksistä on konkurssin partaalla. Tätä päätelmää on komission mielestä pidettävä yhteensopivana yhteisön taloudellisen ja sosiaalisen yhteenkuuluvuuden vahvistamista koskevan vaatimuksen kanssa, johon asetuksen 13. perustelukappaleessa viitataan, [22] kun otetaan huomioon tilanne, joka Itä-Saksassa syntyisi MdK:n sulkemisen vuoksi.

13. Komissio on todennut, että markkinoilla, jotka käsittävät kaikki jäsenvaltiot lukuun ottamatta Saksaa, olisi suunnitellun keskittymän seurauksena kaksi yritystä määräävässä asemassa: K+S/MdK ja SCPA. [23]

Komission arviointi perustuu yhtäältä siihen, että muu kuin kahdelta pääasialliselta tuottajalta peräisin oleva tarjonta on hajaantunut lukuisten yritysten kesken, joilla ei ole mahdollisuutta pyrkiä tämän duopolin hallussa olevalle markkinaosuudelle, [24] ja toisaalta siihen olettamaan, ettei K+S:n ja SCPA:n välillä ole tehokasta kilpailua kaliummarkkinoiden erityispiirteiden, K+S:n ja SCPA:n aikaisemman käyttäytymisen ja näiden yritysten kiinteiden liikesiteiden vuoksi. [25] Näitä siteitä ovat pääasiallisesti a) yhteistoiminta vientikartellissa, jonka muodostaa Itävallan oikeuden mukaan perustettu yhtiö Kali-Export GmbH, jonka kotipaikka on Wien ja joka koordinoi osakkaidensa kaliumtuotteiden myyntiä yhteisön ulkopuolisissa maissa (K+S:llä, MdK:lla, SCPA:lla ja Coposalla on kullakin 25 prosentin yhtiöosuus kartellista), b) määräysvalta Kanadassa olevassa Potacannimisessä yhteisyrityksessä, jossa K+S:llä ja EMC/SCPA:lla on molemmilla 50 prosentin osuus, ja c) pitkäaikaiset liikesuhteet, joiden perusteella SCPA on huolehtinut Ranskassa K+S:n tuotteiden jakelusta.

21 — Ks. päätöksen 70 kohta.

22 — Ks. päätöksen 95 kohta.

23 — Kuten päätöksen 51 ja 52 kohdassa täsmennetään, K+S:n ja MdK:n fuusiossa syntyvä yritys ja ranskalainen SCPA-yhtiö vastaisivat 80 prosentista yhteisön kaliumsuolan tuotannosta (K+S 35 prosenttia, MdK 25 prosenttia ja SCPA 20 prosenttia). Kun jätetään pois kyseisten yritysten sisäinen kulutus ja lasketaan siis ainoastaan myynnit, saadaan noin 50 prosentin kokonaismarkkinaosuus (K+S 17 prosenttia, MdK 8 prosenttia ja SCPA 25 prosenttia). Koska SCPA kuitenkin myy lisäksi suuria määriä myös yhteisön ulkopuolisissa maissa toimivien muiden tuottajien kaliumsuoloja, saadaan kokonaismarkkinaosuudeksi 60 prosenttia (K+S 16 prosenttia, MdK 7 prosenttia ja SCPA 37 prosenttia), kun otetaan huomioon kaikki K+S:n, MdK:n ja SCPA:n kautta tapahtuva myynti yhteisön jäsenvaltioissa Saksaa lukuun ottamatta.

24 — Ks. päätöksen 54—56 kohta.

25 — Ks. päätöksen 57—62 kohta.

14. Komissio katsoi siis näistä syistä, että keskittymä merkitsisi kollektiivista määräävää asemaa Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla ja että tämä vaikuttaisi merkittävästi kilpailuun. Osapuolet suostuivat tiettyihin sitoumuksiin, jotta ne välttäisivät tästä päätelmästä aiheutuvat kielteiset seuraukset, ja sitoumukset on lueteltu päätöksen 63 kohdassa seuraavalla tavalla:

"— *Kali-Export GmbH, Wien*

K+S ja yhteisyritys vetäytyvät viivytyksettä Kali-Export GmbH:sta — — .

Samoin K+S ja yhteisyritys irtisanovat Kali-Export GmbH:n kanssa tekemänsä edustussopimuksen tämän sopimuksen irtisanomislausekkeiden mukaisesti. Irtisanomisen jälkeen yhteisyrityksestä tulee oman jakeluverkostonsa kautta Kali-Export GmbH:n kilpailija.

— Ranskan jakeluverkosto

K+S ja yhteisyritys perustavat yhteisössä oman jakeluverkostonsa, jollei sitä jo ole, ja myyvät tuotteitaan tämän verkoston kautta normaalin kauppatavan mukaisesti. Ranskassa perustetaan jakeluverkosto kaliumin sekä kaliumerikoistuotteiden myyntiä varten. Jakeluverkosto kattaa Ranskan markkinat kokonaisuudessaan, ja sen luonne ja koko suhteutetaan Ranskan markkinoiden laajuuteen. Jakeluverkostoa järjestettäessä noudatetaan taloudellisen tehokkuuden periaatetta.

Nykyinen sidossuhteeseen perustuva jakeluyhteistyö SCPA:n kanssa Ranskan markkinoilla lopetetaan — — . Näin SCPA voi panna täytäntöön omien asiakkaidensa kanssa jo tekemänsä sopimukset, ja yhteisyritys voi perustaa oman jakeluverkostonsa. SCPA:n kanssa voidaan yhä tehdä myyntisopimuksia normaalein markkinaehdoin."

15. Sen jälkeen kun K+S oli saanut tietää, että komissio epäili keskittymällä olevan kielteisiä vaikutuksia yhteisön kilpailuolosuhteisiin, se sitoutui, kuten päätöksen 65 kohdassa on todettu, lisäksi "muuttamaan 30.6.1994 mennessä Potacanin rakennetta siten, että tämän molemmat osakkaat voivat kumpikin itsenäisesti myydä Potacanin tuottamaa kaliumia yhteisön markkinoilla".

Päätöksen 67 kohdassa kuitenkin täsmennetään tältä osin seuraavaa: "Komissio on päättänyt, ettei se tee edellä mainitusta Potacania

koskevasta sitoumuksesta varsinaista velvoitetta. Se on ottanut huomioon tämän sitoumuksen ja pitää lähtökohtana sitä, että K+S pyrkii kaikin mahdollisin keinoin pääsemään sopimukseen EMC/SCPA:n kanssa Potacanin muuttamisesta sellaiseksi, että se täyttää edellä mainitut edellytykset." Koska EMC/SCPA ei ole asianosaisena menettelyssä ja koska K+S ja EMC ovat tehneet komissiolle asetuksen N:o 17 mukaisen ilmoituksen Potacan-yhteisyrityksen perustamisesta, komissio lisää, että siinä tapauksessa, että "K+S ei yrityksistään huolimatta pääse sopimukseen EMC:n kanssa, asianmukainen ratkaisu Potacan-yhteisyrityksen nykyisestä muodosta aiheutuviin kilpailuongelmiin on löydettävä asetuksen N:o 17 mukaisessa menettelyssä".

16. Koska komissio katsoi, että kyseisillä sitoumuksilla katkaistaisiin K+S:n ja EMC/SCPA:n väliset siteet, se totesi päätöksessään keskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi; kyseisen päätöksen 1 artiklassa määrätään seuraavaa: "Kali und Salz AG:n, Mitteldeutsche Kali AG:n ja Treuhandanstaltin välistä keskittymää koskeva suunnitelma todetaan yhteismarkkinoille soveltuvaksi sillä edellytyksellä, että osapuolet täyttävät kaikki päätöksen 63 kohdassa mainitut ehdot ja velvoitteet, jotka sisältyvät niiden komissiolle antamiin sitoumuksiin."

Molempiin kanteisiin liittyvän ongelman sisältö ja ratkaisuehdotuksen rakenne

17. Kuten jo totesin, päätöksen ovat riitauttaneet sekä Ranskan hallitus (asia C-68/94) [26] että SCPA ja EMC (asia C-30/95). [27] Viimeksi mainitut vaativat 1 artiklan osittaista kumoamista siltä osin kuin siinä edellytetään 63 kohdassa mainittujen ehtojen täyttymistä, jotta keskittymä voitaisiin todeta yhteismarkkinoille soveltuvaksi. Yhtiöt vaativat myös päätöksen *kumoamista siltä osin kuin siinä hyväksytään* (65 kohdassa tarkoitettu) K+S:n antama sitoumus muuttaa Potacan-yhtiön rakennetta 30.6.1994 mennessä.

Yhtiöt ovat esittäneet kanteensa tueksi kuusi perustetta: kahdessa ensimmäisessä ne väittävät, ettei 63 kohdassa tarkoitetuilla ehdoilla ole yhteyttä tehokkaan kilpailun ylläpitämiseen yhteisön markkinoilla; kolmannessa ne arvostelevat komissiota siitä, että se on hyväksynyt Potacania koskevan sitoumuksen loukaten niiden oikeuksia; neljännessä ja viidennessä ne väittävät, että komissio on tehnyt *tosiseikkoja koskevia ja oikeudellisia* virheitä sekä määritellessään maantieteelliset markkinat, jotka muodostuvat jäsenvaltioista Saksaa lukuun ottamatta, että arvioidessaan väitetyn kollektiivisen määräävän aseman olemassaoloa kyseisillä markkinoilla; lopuksi ne vetoavat siihen, ettei asetuksen säännöksiä voida soveltaa kollektiivista määräävää asemaa koskevaan tapaukseen.

26 — Kyseisessä asiassa Saksan hallitus tukee väliintulijana komission vaatimuksia.

27 — Kyseisessä asiassa Ranskan hallitus tukee kantajien vaatimuksia väliintulijana, kun taas K+S ja MdK on hyväksytty väliintulijoiksi tukemaan komission vaatimuksia.

18. On mielestäni tärkeää huomata, että kun asia oli vielä käsiteltävänä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, [28] SCPA ja EMC vaativat riidanalaisen päätöksen täytäntöönpanon lykkäämistä siltä osin kuin päätöksessä velvoitetaan K+S myymään osuutensa ja/tai vetäytymään Kali-Exportista ja lopettamaan ne jakeluyhteistyötä koskevat sopimussuhteet, jotka sitoivat sen SCPA:han, sekä komission aloittaman asetuksen N:o 17 mukaisen, Potacanin tapausta koskevan menettelyn täytäntöönpanon lykkäämistä.

Annettuaan ensimmäisen väliaikaisen määräyksen [29] ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentti hyväksyi 15.6.1994 antamallaan määräyksellä [30] kantajina olevien yhtiöiden vaatimukset osittain ja määräsi riidanalaisen päätöksen 1 artiklan täytäntöönpanoa lykättäväksi siltä osin kuin siinä asetetaan K+S:lle velvollisuus vetäytyä yhteisyritys Kali-Exportista.

19. Toisin kuin SCPA ja EMC, Ranskan hallitus vaatii päätöksen kumoamista kokonaan (asia C-68/94). Se väittää, että komissio on laiminlyönyt velvollisuutensa toimia läheisessä ja jatkuvassa yhteistyössä jäsenvaltioiden viranomaisten kanssa, kuten asetuksessa edellytetään; että komissio on arvioinut virheellisesti keskittymän vaikutuksia Saksan markkinoilla erityisesti soveltaessaan nyt käsiteltävään asiaan *failing company defence* -periaatetta; ja että se on lisäksi arvioinut virheellisesti keskittymän vaikutuksia Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla.

Viimeksi mainitussa perusteessa, joka puolestaan jakautuu useisiin osiin, Ranskan hallitus riitauttaa a) jäsenvaltioiden relevanttien maantieteellisten markkinoiden rajaamisen siten, että Saksa on jätetty ulkopuolelle; b) asetuksen soveltamisen sellaisiin keskittymiin, joissa on kyse kollektiivisista määräävistä asemista; c) kollektiivisen määräävän aseman käsitteen virheellisen soveltamisen käsiteltävässä asiassa; d) sellaisten ehtojen ja velvoitteiden asettamisen, jotka vaikuttavat keskittymän ulkopuolisiin kolmansiin osapuoliin.

20. On ilmeistä, että SCPA:n ja EMC:n väitteet, jotka koskevat keskittymän väitettyä virheellistä arviointia Saksan ulkopuolisten yhteisön markkinoiden osalta, ovat lähes yhtenevät Ranskan hallituksen esittämien väitteiden kanssa. Tämän vuoksi on mahdollista, kuten jo totesin, tutkia näiden kahden kanteen aineelliset perusteet yhdessä ja käsitellä esitetyt erilaiset perustelut tarvittaessa.

28 — SCPA:n ja EMC:n kanteet nostettiin näet ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, joka siirsi ne käsiteltäviksi yhteisöjen tuomioistuimessa, koska siellä oli jo käsiteltävänä Ranskan hallituksen samasta päätöksestä nostama kanne (asia C-68/94). Koska kyseiset kantajina olevat yhtiöt olivat pyytäneet, että yhteisöjen tuomioistuin käsittelisi nämä kaksi asiaa yhdessä, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin luopui asian käsittelystä 1.2.1995 antamallaan määräyksellä perussäännön 47 artiklan kolmannen kohdan mukaisesti ja siirsi asian yhteisöjen tuomioistuimelle.

29 — Asia T-88/94 R, Société commerciale des potasses et de l'azote ja Entreprise minière et chimique v. komissio, määräys 10.5.1994 (Kok. 1994, s. II-263).

30 — Asia T-88/94 R, Société commerciale des potasses et de l'azote ja Entreprise minière et chimique v. komissio, määräys 15.6.1994 (Kok. 1994, s. II-401).

Ennen asianosaisten esittämien kanneperusteiden yksityiskohtaista käsittelyä pidän kuitenkin asianmukaisena esittää muutamia lyhyitä yleisiä huomioita, joilla pyrin valottamaan nyt käsiteltävän asian periaatteellisia vaikutuksia niiden merkittävien intressien lisäksi, joita siihen liittyy.

21. Totean aluksi, että kilpailusäännöissä jätetään hallintoviranomaisille niillä säänneltävän alan luonteen vuoksi lähtökohtaisesti laaja itsemääräämisoikeus, ja viranomaisten on arvioitava kuhunkin yksittäistapaukseen liittyviä erityispiirteitä, jotta ne voivat antaa tarkoituksenmukaisimpia ratkaisuja. On myös selvää, että myös yhteisöjen tuomioistuimet tarvitsevat kilpailuasioita koskevaa tehtävää hoitaessaan tiettyä harkintavaltaa, kun ne arvioivat sääntöjen taloudellista merkitystä. [31]

Nämä näkemykset pätevät erityisesti keskittymiin, joiden valvonta tapahtuu välttämättä ennakolta ja edellyttää sinänsä harkinnanvaraista arviointia elimeltä, jonka on tulkittava ja sovellettava asetusta. Kaikissa kilpailuoikeutta koskevissa järjestelmissä, myös niissä, joissa on rakenteellisiin seikkoihin (kyseisten yritysten markkinaosuus ja siihen perustuvat oletukset) perustuvia valvonnan muotoja, on nähtävissä pyrkimys muotoilla perusteet siten, että ne pohjautuvat myös laadullisiin seikkoihin ja että niissä otetaan huomioon kyseiseen yksittäistapaukseen liittyvät erityispiirteet. [32] "Laadullisten" perusteiden käyttäminen ei kuitenkaan saa johtaa sellaiseen käytäntöön, joka ei ole ennakoitavissa, koska sen välittömänä seurauksena olisi kiistatta laillisuusvalvonnan merkityksen huomattava väheneminen. [33] Laillisuusvalvonta on lisäksi erityisen tarpeellista, kun otetaan huomioon, että komission tehtävien kaksitahoisuudesta, kun niihin kuuluu tutkimus- ja selvitysvaltuuksien lisäksi myös päätöksentekovalta, pitäisi seurata sille vieläkin ankarampi velvollisuus kunnioittaa puolustautumisoikeuksia. [34]

22. Esitän nämä huomautukset juuri siitä syystä, että nyt käsiteltävässä asiassa esiin tulevien erityisongelmien yhteydessä yhteisöjen tuomioistuimen on tutkittava yleinen kysymys, joka koskee komission harkintavallan rajoja [35]

31 — Yhteisöjen tuomioistuimen tehtävästä kilpailun alalla on kirjoittanut Trabucchi osuvasti artikkelissaan "Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria sulla concorrenza", *Rivista di diritto civile*, 1973, I, s. 497—.

32 — Ks. Yhdysvaltain osalta Leddy, "The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy", *ECLR*, 1993, s. 15.

33 — Muodollisen lainmukaisuuden kannalta tällainen valvonta kohdistuu toimivaltaan, perusteluihin, menettelymääräysten noudattamiseen ja puolustautumisoikeuksien kunnioittamiseen liittyviin seikkoihin; aineellisen lainmukaisuuden kannalta se merkitsee sen sijaan taloudellisen analyysin, markkinoiden, kilpailunvastaisten vaikutusten ja kyseisestä analyysistä tehtyjen oikeudellisten seurausten (esimerkiksi tosiseikkojen luonnehdinnan perusteella) oikeellisuuden valvontaa, vaikkakaan se ei tietenkään sekoitu harkintavaltaan, joka komissiolla on sen soveltaessa kilpailusääntöjä. Ks. tältä osin Canivet'n ja Biancarellin esitykset julkaisussa *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concetrations* (Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen 22.— 23.11.1993 järjestämän seminaarin pöytäkirja, Luxemburg, 1994, s. 25— 38 ja 55— 65.

34 — Yhdistetyt asiat 100/80, 101/80, 102/80 ja 103/80, Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomio 7.6.1983 (Kok. 1983, s. 1825).

35 — Tältä osin huomautettakoon, että sellaista hyväksyvää suhtautumista keskittymiin, jota olen edellä kuvannut, on vahvistanut komission käytännönläheinen menettelytapa sen soveltaessa asetusta, sillä se on suosinut "neuvotteluratkaisuja", jotka joka tapauksessa ovat olleet myönteisiä tutkittujen suunnitelmien kannalta. Se on usein viime kädessä turvautunut mahdollisuuteen hyväksyä keskittymät sillä edellytyksellä, että tiettyjä ehtoja ja velvoitteita noudatetaan, ja sen sijaan käyttänyt harvoin kieltovaltuuksiaan. Ks. tältä osin Van Bael-Bellis, *Il diritto della concorrenza nella CE*, 1995, s. 555 ja 556.

ja tuomioistuinten valtuuksia puuttua asiaan.

Yhteisöjen tuomioistuimen on siis arvioitava erittäin tarkasti niitä "systemaattisia" seurauksia, joita sen ratkaisulla voi olla ensinnäkin oikeusvarmuuteen, yhdenvertaiseen kohteluun ja kolmansien osapuolten oikeuksien takaamiseen, sekä ratkaisun vaikutuksia keskittymien valvontaa koskevaan tulevaan käytäntöön. Todettakoon tältä osin vielä, että tuomioistuinvalvonta on olennainen tekijä määriteltäessä keskittymiä koskevia sääntöjä, ja tämä pätee myös niissä järjestelmissä, joissa meidän järjestelmästämme poiketen on olemassa ennalta vahvistettu arviointiperuste, joka ohjaa hallintoviranomaisten toimintaa tehden sen käytännöstä selkeän ja ennakoitavissa olevan. [36]

23. Seuraavilla sivuilla tutkin oikeudenkäyntiväitteet, jotka komissio on esittänyt ranskalaisyhtiöiden kanteen tutkittavaksi ottamista vastaan (asia C-30/95) ja jotka koskevat a) mahdollisuutta kumota päätös osittain, kuten yhtiöt vaativat, b) kantajien kanneoikeutta, c) mahdollisuutta riitauttaa päätös siltä osin kuin se koskee K+S:n sitoumusta muuttaa Potacanin rakennetta (65 kohta) sekä lopuksi d) kantajien oikeussuojaintressiä.

Tämän jälkeen tutkin molempien asioiden aineelliset perusteet. Ensiksi käsittelen ne kaksi perustetta, jotka on esittänyt ainoastaan Ranskan hallitus ja jotka koskevat komissiolle asetuksen 19 artiklan perusteella kuuluvan velvollisuuden laiminlyöntiä, kun komissiolla on kyseisen säännöksen mukaan velvollisuus toimia läheisessä ja jatkuvassa yhteistyössä jäsenvaltioiden viranomaisten kanssa (a), ja keskittymästä Saksan markkinoilla aiheutuvia vaikutuksia koskevan komission arvioinnin oikeellisuutta (b). Tätä seuraa molemmissa kanteissa esitettyjen perusteiden käsittely, ja ne koskevat keskittymästä Saksan ulkopuolisille yhteisön markkinoille aiheutuvien vaikutusten arviointia (c). Tältä osin käsittelen ensin relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittelemiseen olennaisesti liittyviä seikkoja (1), minkä jälkeen tutkin mahdollisuutta soveltaa asetuksen säännöksiä kollektiivisiin määräämiin asemiin (2) sekä niiden sovellettavuutta nyt käsiteltävään asiaan (3), kun otetaan huomioon myös perusteet, jotka komissio on kehittänyt aikaisemmissa päätöksissään. Lopuksi käsittelen sitä, onko lainmukaista asettaa ehtoja keskittymän ulkopuolisille kolmansille osapuolille (d).

I Tutkittavaksi ottaminen (asia C-30/95)

24. Aluksi on selvitettävä, ovatko ne oikeudenkäyntiväitteet perusteltuja, jotka komissio on esittänyt ranskalaisyhtiöiden kanteen tutkittavaksi ottamista vastaan.

36 — Ks. Yhdysvaltain käytännön osalta Hawkin huomautukset edellä alaviitteessä 33 mainitussa artikkelissa "Public Private Enforcement of Merger Law in the United States", *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, s. 81—, erityisesti s. 83 ja 84, jossa todetaan, että "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) *Osittainen kumoaminen*

25. Ensimmäinen oikeudenkäyntiväite koskee päätöksen osittaista kumoamista koskevaa vaatimusta. Komissio näet väittää, että yhden ehdon tai kaikkien ehtojen kumoaminen merkitsisi sitä, että komission olisi pakko peruuttaa riidanalainen päätös kokonaisuudessaan, koska edellytyksiä keskittymän toteamiseksi yhteismarkkinoille soveltuvaksi ei enää olisi olemassa.

Kantajat sitä vastoin väittävät, että riidanalaiset ehdot voidaan helposti erottaa muusta päätöksestä ja että niiden kumoaminen aiheuttaisi ainoastaan sen, että päätökseen ei enää liittyisi ehtoja. Ne lisäävät, että koska asetuksen 8 artiklan 5 kohtaa, jossa komissiolle annetaan mahdollisuus peruuttaa päätöksensä, jos keskittymän osapuolet eivät täytä sitoumustaan, [37] ei voida soveltaa nyt käsiteltävässä asiassa, komission pelkäämää tilannetta ei missään tapauksessa voisi syntyä.

26. Tämä oikeudenkäyntiväite on mielestäni tutkittava pääasian yhteydessä. Ainoastaan sillä tavoin voidaan selvittää, vaikuttaisiko ehtojen mahdollinen kumoaminen todellisuudessa päätökseen muilta osin siten, että päätös olisi kokonaan kumottava.

Toisaalta olisi teoriassa mahdollista "erotella" päätös osiin kantajien esittämällä tavalla myös asetuksen 10 artiklan 5 kohdan perusteella, jossa säädetään nimenomaisesti osittaisesta kumoamisesta. Tällöin olisi tutkittava, täyttyvätkö yhteisön oikeuskäytännössä osittaiselle kumoamiselle asetetut edellytykset. Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut yhdistetyissä asioissa SIV ym. vastaan komissio antamassaan tuomiossa (jäljempänä lasilevytuomio), [38] "on varmistettava, että päätöksen päätösosaa, kun sitä luetaan päätöksen perustelujen valossa, voidaan ulottuvuudeltaan rajoittaa aineellisesti (ratione materia), henkilöiden osalta (ratione personae) tai ajallisesti (ratione temporis) siten, että sen vaikutuksia rajoitetaan muuttamatta sen sisältöä". Tutkimuksen yhteydessä on selvitettävä, onko, kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut, "osittainen kumoaminen mahdollista ja perusteltua siksi, että kokonaisuutena päätös on kyseisten yritysten edun kannalta suotuisa". [39]

27. Kuten olen jo todennut, ehtojen määrääminen sille, että keskittymä todetaan yhteismarkkinoille soveltuvaksi, perustuu komission mukaan siihen, että keskittymän seurauksena syntyisi Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla duopoli, joka saattaa

37 — Kyseinen säännös kuuluu seuraavasti: "Komissio voi peruuttaa 2 kohdassa tarkoitetun päätöksensä, jos:a) julistus soveltuvuudesta perustuu sellaisiin virheellisiin tietoihin, joista jokin keskittymään osallistuvista yrityksistä on vastuussa, tai jos päätös on saatu aikaan vilpillisesti; taikka b) keskittymään osallistuvat yritykset rikkovat päätökseen liitettyä velvoitetta."

38 — Yhdistetyt asiat T-68/89, T-77/89 ja T-78/89, SIV ym. v. komissio, tuomio 10.3.1992 (Kok. 1992, s. II-1403, 320 kohta).

39 — Asia 17/74, Transocean Marine Paint v. komissio, tuomio 23.10.1974 (Kok. 1974, s. 1063, 21 kohta).

estää kilpailua, minkä ainoastaan näiden ehtojen noudattaminen voisi estää. Jotta päätös voitaisiin kumota osittain, on siis näytettävä toteen, ettei tällä väitteellä ole perustaa eli että koska keskittymällä ei ole komission väittämää vaikutusta, ei ole välttämätöntä määrätä ehtoja, jotta toimenpide voitaisiin todeta yhteismarkkinoille soveltuvaksi.

Tämä vahvistaa sen, että oikeudenkäyntiväite voidaan tutkia vain pääasian yhteydessä. On korostettava heti, että mahdollinen osittainen kumoaminen voisi enintään merkitä asetuksen 10 artiklan 5 kohdan soveltamista, [40] mikä tarkoittaisi, että määräajat alkaisivat kulua uudelleen ja että komissio tutkisi asian uudelleen.

b) *Kanneoikeus*

28. Komissio väittää lisäksi, ettei riidanalainen päätös koske kantajia suoraan ja erikseen. K+S ja MdK ovat esittäneet samanlaiset väitteet, sillä ne katsovat, että päätöksessä määrätyt ehdot kohdistuvat yksinomaan niihin.

Oikeudenkäyntiväite on mielestäni ilmeisen perusteeton. Koska ranskalaisyhtiöt riitauttavat päätöksen, jota ei muodollisesti ole osoitettu niille, on selvitettävä, koskeeko se niitä suoraan ja erikseen, kuten 173 artiklassa edellytetään. Totean aluksi, että riidanalainen päätös koskee varmasti kantajia *suoraan*, koska vahinko, jonka ranskalaisyhtiöille on väitetty aiheutuneen, riippuu kyseistä päätöksestä.

29. Vakiintuneessa oikeuskäytännössä todetaan siitä, että päätöksen on koskettava kantajia erikseen, seuraavaa: "Jotta päätöksen voidaan katsoa koskevan erikseen muita kuin niitä, joille se on osoitettu, sillä on vaikutettava niiden oikeudelliseen asemaan niille ominaisten tiettyjen erityisten ominaisuuksien tai sellaisen tosiasiallisen tilanteen takia, jonka perusteella nämä erotetaan kaikista muista ja yksilöidään ne samalla tavalla kuin se, jolle päätös on osoitettu". [41] Nyt käsiteltävässä asiassa on ilmeistä, että kantajien tosiasiallinen tilanne on sellainen, että ne selvästi erottuvat kaikista muista.

On ensinnäkin merkittävää, että kantajia on kuultu oikeudenkäyntiä edeltäneen menettelyn aikana. Kolmansien osapuolten kanneoikeutta kilpailuasioissa, polkumyyntitulliasioissa ja valtiontukiasioissa koskevasta yhteisöjen tuomioistuimen ja ensimmäisen

40 — Kyseisessä säännöksessä säädetään seuraavaa: "Jos Euroopan yhteisöjen tuomioistuin antaa päätöksen, jolla kumotaan komission tämän asetuksen nojalla tekemä päätös kokonaan tai osittain, tässä asetuksessa säädetyt määräajat alkavat uudelleen kulua päivästä, jona tuomioistuimen päätös on annettu."

41 — Asia 25/62, Plaumann v. komissio, tuomio 15.7.1963 (Kok. 1963, s. 197, erityisesti s. 223; Kok. Ep. I, s. 181, erityisesti s. 185); asia C-198/91, Cook v. komissio, tuomio 19.5.1993 (Kok. 1993, s. I-2487) ja asia T-83/92, Zunis Holding ym. v. komissio, tuomio 28.10.1993 (Kok. 1993, s. II-1169, 36 kohta).

oikeusasteen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä käy näet ilmi, että henkilöillä, joille asetuksessa tai itse perustamissopimuksessa annetaan oikeus osallistua hallinnolliseen menettelyyn, on oikeus nostaa kanne "laillisten etujensa suojelemiseksi". [42]

30. Toiseksi komissio on arvioinut kilpailutilannetta toisilla relevanteiksi katsotuista markkinoista sekä keskittymän vaikutuksia siten, että se on ottanut lähinnä ja erityisesti huomioon EMC/SCPA:n tilanteen K+S:n kanssa muodostetun duopolin osatekijänä. [43]

31. Kolmanneksi kaikki ehdot, joita keskittymään osallistuville yrityksille on määrätty, jotta keskittymä voitaisiin todeta yhteismarkkinoille soveltuvaksi, koskevat suoraan ja lähes yksinomaan kantajien etuja ja saattavat heikentää merkittävästi niiden asemaa markkinoilla. [44] On ilmeistä, että jos yritystä koskevan päätöksen tekemisen edellytyksenä on se, että yritys muuttaa sopimussuhteitaan tai osakkuussuhteitaan kolmanteen yritykseen tai jopa katkaisee ne, vaikutetaan merkittävästi molempien eikä vain ensin mainitun oikeussubjektin toimintaan.

32. Komission esittämät perustelut eivät vakuuta myöskään tältä osin. SCPA:n kanneoikeutta ei voida kieltää sillä perusteella, että päätös koskee myös toisen vientikartelli Kali-Exportiin kuuluvan yrityksen eli espanjalaisen Coposa-yhtiön etuja.

SCPA:ta koskevat ensinnäkin suoraan ja erikseen myös muut päätöksessä määrätyt ehdot, jotka sen sijaan eivät koske mitään muuta oikeussubjektia; tämä riittää perusteeksi sille, että sen tilanne erottuu kaikista muista ja se yksilöidään samalla tavalla kuin sen oikeussubjektin tilanne, jolle päätös on osoitettu. Toiseksi ei ole mahdollista estää oikeussubjektia, jonka etuihin päätös kiistatta (ja erikseen) vaikuttaa, puolustamasta etujaan nostamalla kanteen, vain siitä syystä, että jokin toinen oikeussubjekti on vastaavanlaisessa tilanteessa.

33. Jos arvostelemani näkemys hyväksyttäisiin, saatettaisiin loukata oikeutta saada oikeussuojaa. Näyttää lisäksi siltä, ettei kyseinen näkemys saa tukea myöskään perustamissopimuksen 173 artiklan neljättä

42 — Asia 26/76, Metro v. komissio, tuomio 25.10.1977 (Kok. 1977, s. 1875, 13 kohta); asia 191/82, FEDIOL v. komissio, tuomio 4.10.1983 (Kok. 1983, s. 2913, 28 kohta ja sitä seuraavat kohdat); asia 169/84, Cofaz ym. v. komissio, tuomio 28.1.1986 (Kok. 1986, s. 391, 23 kohta). Ks. viimeisimmästä oikeuskäytännöstä asia T-37/92, BEUC ja NCC v. komissio, tuomio 18.5.1994 (Kok. 1994, s. II-285, 36 kohta) ja asia T-114/92, BEMIM v. komissio, tuomio 24.1.1995 (Kok. 1995, s. II-147, 26 kohta).

43 — Asia C-354/87, Weddel v. komissio, tuomio 6.11.1990 (Kok. 1990, s. I-3847, 20—23 kohta) ja asia T-2/93, Air France v. komissio, tuomio 19.5.1994 (Kok. 1994, s. II-323, 45 kohta), jossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin otti tutkittavaksi kanteen, jonka Air France oli nostanut komission päätöksestä, joka koski sen kahden kilpailijan välistä keskittymää, myös sen vuoksi, että "komissio on arvioinut keskittymästä aiheutuvaa kilpailutilannetta relevanteiksi todetuilla molemmilla markkinoilla siten, että se on ottanut huomioon erityisesti Air Francen tilanteen".

44 — Ks. edellä alaviitteessä 42 mainittu asia Cofaz ym. v. komissio, erityisesti tuomion 28 ja 29 kohta, vaikka tapaus eroaakin yksityiskohdiltaan nyt käsiteltävästä asiasta.

kohtaa koskevan oikeuskäytännön asianmukaisesta tulkinnasta. Mikään ei anna syytä ajatella, että edellytyksen, jonka mukaan päätöksen on koskettava henkilöä "suoraan ja erikseen", pitäisi täyttyä vain yhden oikeussubjektin osalta ja ettei se voisi täyttyä useiden oikeussubjektien osalta, jotka voidaan yksilöidä tarkasti ja konkreettisesti, koska toimenpide koskee heitä välittömästi, tai muuten kanneoikeutta tulkitaan liian suppeasti. [45] Kanneoikeuden syntymiseksi edellytetään todellisuudessa kyseisen edellytyksen täyttymistä eli sitä, että asianomaisen henkilön tilanne on erityinen ja eroaa kaikkien muiden tilanteesta, eikä edellytyksen täyttymistä voida nyt käsiteltävässä asiassa vakavasti kiistää.

34. Totean lisäksi, että myös syy-yhteys on nyt käsiteltävässä asiassa olemassa, koska kantajien tilanne on otettu huomioon niin erityisellä tavalla, että se on ollut ratkaiseva toimielimen päätöksen kannalta ja perusteena riidanalaiselle päätöksen osalle. [46] Asiaan liittyvät tosiseikat toisin sanoen osoittavat selvästi, ettei kantajina olevien yhtiöiden tilanne ole satunnainen.

35. Lopuksi on todettava, ettei komission viittaus asiassa Zunis Holding vastaan komissio annettuun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomioon [47] ole merkityksellinen asian kannalta. Vastaajana olevan toimielimen mukaan keskittymään osallistuvan yhtiön osakkeiden omistaminen ei riitä perusteeksi sille, että oikeussubjektin tosiasiallinen tilanne yksilöitäisiin kanneoikeuden kannalta samalla tavalla kuin sen oikeussubjektin tilanne, jolle päätös on osoitettu.

Todettakoon tästä heti aluksi, että asiassa Zunis Holding ym. vastaan komissio vahvistetut periaatteet koskivat kantajina olleita yhtiöitä, jotka olivat osakkeenomistajina yhtiöissä, jotka olivat välittömästi osallistuneet keskittymään, joten tilanne erosi täysin EMC:n ja SCPA:n tilanteesta nyt käsiteltävässä asiassa. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei tuomiossaan myöskään missään tapauksessa todennut, ettei osakkeiden omistus olisi riittävä peruste erottamaan henkilön tilannetta 173 artiklassa tarkoitetulla tavalla, kuten komissio väittää, vaan katsoi ainoastaan, ettei riitä, että päätös mahdollisesti vaikuttaa osakkeenomistajien välisiin suhteisiin, vaan että sen sijaan edellytetään erityisiä seikkoja, joiden perusteella voidaan katsoa, että päätös "koskee erikseen ja suoraan" jonkun osakkaan tilannetta. Edellä mainitun päätöksen tunnontarkankaan lukemisen perusteella ei voida pitää kohtuuttomana osakkuuden nimenomaisen laajuuden huomioon ottamista. [48]

36. Juuri esittämäni huomautukset koskevat sekä SCPA:ta että EMC:tä. Komissio on

45 — Kuten yhteisöjen tuomioistuin on täsmentänyt edellä alaviitteessä 41 mainitussa asiassa Plaumann v. komissio antamassaan tuomiossa, "tämän määräyksen [173 artiklan] sanamuoto ja merkitys puoltavat termien mahdollisimman laajaa tulkintaa. Lisäksi perustamissopimuksen määräyksiä, jotka koskevat yksityisten oikeussubjektien oikeutta toimia, ei saa tulkita suppeasti" (s. 219).

46 — Ks. tästä Barav ja Vandersanden, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, s. 172.

47 — Mainittu edellä alaviitteessä 41.

48 — Ks. em. asia Zunis Holding ym. v. komissio, tuomion 34—36 kohta sekä Cook-Kerse, *EC Merger Control*, London, 1996, s. 200—201.

lisäksi todennut, että Kali-Exportiin liittyvä ehto kohdistuu juuri viimeksi mainittuun yritykseen. Vaikka vain SCPA on kyseisen yhtiön osakas, päätös koskee EMC:tä ja SCPA:ta yhdessä, joten niitä kohdellaan — virheellisesti tai perustellusti — yhtenä yrityskokonaisuutena. [49] Tämän vuoksi komission yritys erottaa EMC:n asema SCPA:n asemasta sen kanneoikeuden poissulkemiseksi vaikuttaa vähintään väkinäiseltä; asia on näin, vaikka EMC itse on väittänyt sille aiheutuneen SCPA:han nähden "erillistä" vahinkoa erityisesti vientikartellin purkamisen seurauksena. Kartellin purkamisen vuoksi sillä ei näet ole myyntiverkostoa yhteisön ulkopuolisissa maissa, mikä estää siis "laajan" viennin sen osalta.

Lisättäköön vielä, että kaikki tähän mennessä esitetyt näkemykset oikeudenkäyntiväitteestä, joka koskee kantajien oikeutta nostaa kanne päätöksestä, pätevät myös väliintulijoina olevien yhtiöiden väitteisiin, joissa nojaudutaan erityisesti kantajien kanneoikeuden puuttumiseen.

c) *Mahdollisuus riitauttaa Potacania koskeva päätöksen kohta*

37. Komissio katsoo viimeisessä oikeudenkäyntiväitteessään, ettei Potacanin rakennetta koskeva päätöksen osa ole kannekelpoinen, koska siitä ei voi aiheutua sellaisia sitovia oikeusvaikutuksia, jotka vaikuttaisivat kantajayritysten etuihin.

Todettakoon tästä heti aluksi, että kun on selvitettävä, voidaanko päätöksestä nostaa 173 artiklassa tarkoitettu kanne, on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan tarkastelun kohteeksi otettava päätöksen asiasisältö ja selvitettävä, aiheutuuko päätöksestä sellaisia sitovia oikeusvaikutuksia, jotka kantajan oikeudellista asemaa selkeästi muuttamalla voivat vaikuttaa kantajan intresseihin. [50]

38. On tosin omituista, että vaikka komissio on aloittanut toisen menettelyn selvittääkseen Potacanin soveltuvuuden yhteismarkkinoille perustamissopimuksen 85 artiklan kannalta, se esittää tai pikemminkin ehdottaa ratkaisua jo nyt käsiteltävän asian yhteydessä ja itse asiassa kehottaa yhtä keskittymään osallistuvista yrityksistä "kaikin mahdollisin keinoin pääsemään sopimukseen EMC/SCPA:n kanssa Potacanin muuttamisesta" sellaiseksi, että se täyttää komission asettamat ehdot. Tällaisen näkemyksen asianmu-

49 — Ks. päätöksen 60 kohta.

50 — Ks. kilpailuasioiden osalta asia 53/85, AKZO Chemie v. komissio, tuomio 24.6.1986 (Kok. 1986, s. 1965) ja asia 60/81, IBM v. komissio, tuomio 11.11.1981 (Kok. 1981, s. 2639); ks. yleisemmin 173 artiklassa tarkoitetun kannekelpoisen päätöksen käsitteestä samansuuntaisesti kuin tekstissä asia C-325/91, Ranska v. komissio, tuomio 16.6.1993 (Kok. 1993, s. I-3283, 9 kohta) ja asia C-476/93 P, Nutral v. komissio, tuomio 23.11.1995 (Kok. 1995, s. I-4125, 28 kohta).

kaisuudesta herää väistämättä epäilyjä, koska siinä on selvästi sekoitettu keskenään eri menettelyjä, joilla on eri kohde ja eri asianosaiset.

Tästä huolimatta on myönnettävä, ettei tässä tutkittava päätöksen osa näytä täyttävän 173 artiklassa päätöksen kannekelpoisuudelle asetettuja edellytyksiä; siitä ei tarkemmin sanoen seuraa kantajina oleville yhtiöille sitovia oikeusvaikutuksia.

39. Kyseisen päätöksen nyt tarkasteltavassa osassa komissio näet ainoastaan "ottaa huomioon" K+S:n sitoumuksen, vaikka se onkin nimenomaisesti ehdottanut, että K+S ratkaisee Potacania koskevan ongelman tekemällä sopimuksen EMC:n kanssa. EMC:lle ei ole myöskään asetettu mitään velvollisuutta ryhtyä neuvotteluihin eikä varsinkaan hyväksyä K+S:n ehdotuksia. Kyseinen päätöksen osa voisi enintään vaikuttaa, joskin vain välillisesti, kuten edellä olen todennut, asetuksen N:o 17 [51] mukaiseen menettelyyn, mutta kyse on seurauksista, joilla ei voisi olla merkitystä arvioitaessa, voidaanko nyt käsiteltävän asian kohteena olevasta päätöksestä nostaa kanne, vaikka kyseiset seuraukset toteutuisivatkin.

Mielestäni nyt käsiteltävässä asiassa ei myöskään voida vedota menestyksellisesti niin sanotussa sellutapauksessa annettuun ratkaisuun, [52] jossa yhteisöjen tuomioistuin rinnasti kantajina olleiden yritysten sitoumuksen asetuksen N:o 17 3 artiklassa tarkoitettuihin määräyksiin lopettaa rikkominen, kun se tutki mahdollisuutta riitauttaa sitoumus tuomioistuimessa. Vaikka haluttaisiin jättää huomiotta näiden kahden tapauksen väliset erot, on todettava, ettei tämän ratkaisun taustalla ollut lähtökohta eli se, että kantajat olivat ainoastaan suostuneet päätökseen, jonka komissio olisi voinut tehdä yksipuolisesti, päde nyt käsiteltävässä asiassa.

40. Tämän vuoksi ehdotan, että komission ja väliintulijoina olevien yhtiöiden esittämä oikeudenkäyntiväite hyväksytään ja että ranskalaisten yhtiöiden nostama kanne jätetään tutkimatta edellä käsitellyn kohdan osalta.

d) *Oikeussuojaintressin puuttuminen*

41. Väliintulijoina olevat yhtiöt ovat lopuksi vedonneet siihen, että ranskalaisten yhtiöiden kanne olisi jätettävä tutkimatta myös puuttuvan oikeussuojaintressin vuoksi, koska ne

51 — Neuvoston asetus N:o 17, annettu 6.2.1962 (EYVL 1962, 13, s. 204).

52 — Yhdistetyt asiat 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 ja C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö ym. v. komissio, tuomio 31.3.1993 (Kok. 1993, s. I-1307, 181 kohta).

ovat jo toteuttaneet päätösehtojen kohteina olevat sitoumukset.

Tältä osin totean heti aluksi, että väite on jätettävä prosessiin liittyvistä syistä tutkimatta, koska komissio ei ole esittänyt vastaavia väitteitä. Tämä oikeudenkäyntiväite olisi joka tapauksessa hylättävä yhteisöjen tuomioistuimen vahvistaman periaatteen nojalla, jonka mukaan 176 artiklan perusteella silloinkin, kun kyseisessä määräyksessä asetetun velvollisuuden täyttäminen osoittautuu mahdottomaksi, "kumoamiskanteella on yhä merkitystä mahdollisen vahingonkorvauskanteen perustana". [53]

II Pääasia

42. Tutkin pääasian osalta ensin Ranskan hallituksen esittämät perusteet, jotka liittyvät siis asiaan C-68/94. Aloitan tarkemmin sanoen arvioimalla sen väitteen oikeellisuutta, jonka mukaan velvollisuus toimia yhteistyössä kansallisten viranomaisten kanssa olisi laiminlyöty (a), ja tutkin tämän jälkeen väitteet, jotka koskevat keskittymän virheellistä arviointia Saksan markkinoilla (b). Lopuksi käsittelen näkökohdat, jotka liittyvät väitteisiin, joiden mukaan keskittymää on arvioitu virheellisesti Saksan ulkopuolisten yhteisön markkinoiden osalta (c),

53 — Asia 76/79, Könecke v. komissio, tuomio 5.3.1980 (Kok. 1980, s. 665, 9 kohta).

mukaan lukien kysymyksen siitä, onko lainmukaista määrätä ehtoja ja velvoitteita, jotka koskevat keskittymän ulkopuolisia henkilöitä (d); nämä näkökohdat on esitetty molemmissa kanteissa, joten käsittelen ne yhdessä siltä osin kuin perustelut ovat yhteneviä.

a) *Kansallisten viranomaisten kanssa tapahtuvaa yhteistyötä koskevan velvollisuuden laiminlyönti* (asia C-68/94)

43. Tässä kanneperusteessaan Ranskan hallitus väittää, että komissio on loukannut monin eri tavoin asetuksen 19 artiklassa säädettyä periaatetta, jonka mukaan sen on oltava läheisessä ja jatkuvassa yhteydessä jäsenvaltioiden viranomaisiin. Se väittää erityisesti, että tiedot, jotka koskivat kunkin yrityksen myyntiä kussakin jäsenvaltiossa, ja SCPA:n osalta tiedot, jotka koskivat sen omien tuotteiden myynnin ja ulkopuolisten yritysten tuotteiden myynnin erotusta, toimitettiin jäsenvaltioille vasta 3.12.1993 neuvoa-antavan komitean kokouksessa; näitä tietoja pidetään olennaisina, jotta voitaisiin arvioida perustellusti sekä väitteitä, jotka komissio esitti ilmoituksen tehneille osapuolille, että päätösluonnosta. Ranskan hallitus oli näet saanut toistuvien pyyntöjen jälkeen 5.11.1993 puhelimitse vain joitakin pyydetyistä tiedoista. Lopuksi Ranskan hallitus väittää, etteivät jäsenvaltioiden edustajat olleet kyenneet arvioimaan keskittymää asianmukaisesti, koska SCPA:n myyntejä Belgiassa ja Luxemburgissa koskeneet luvut, jotka komissio oli toimittanut neuvoa-

antavalle komitealle, olivat olleet virheellisiä. [54]

Komissio muistuttaa ensinnäkin, ettei asetuksen 19 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetty jäsenvaltioiden kanssa tapahtuvaa läheistä ja jatkuvaa yhteistyötä koskeva periaate ole yleinen ja ehdoton, vaan se on sovitettava yhteen sekä valvontamenettelyä koskevien erittäin lyhyiden määräaikojen noudattamisen kanssa (asetuksen 10 artikla) että liikesalaisuuksien suojelemisen kanssa; nyt käsiteltävässä asiassa vedottiin liikesalaisuuksiin nimenomaan eri maissa toteutuneiden myyntien osalta. Toiseksi komission tehtävänä on asetuksen mukaan päättää, mitkä ovat tärkeimpiä asiakirjoja, jotka on toimitettava jäsenvaltioiden viranomaisille. Sekä jäsenvaltioiden viranomaisilla että neuvoa-antavalla komitealla oli komission mukaan joka tapauksessa kaikki tarvittavat tiedot, jotta ne kykenivät arvioimaan perustellusti suunnitellun keskittymän vaikutusta kilpailuun. Lopuksi se toteaa Ranskan hallituksen mainitsemasta virheellisestä tiedosta, joka lisäksi ei selvästikään voi olla muu kuin karkea lyöntivirhe, ettei sitä missään tapauksessa voida pitää sellaisena, että se kumoaisi neuvoa-antavan komitean päätelmät.

44. Muistutettakoon aluksi, että asetuksen 19 artiklassa velvoitetaan komissio toimittamaan "jäsenvaltioiden toimivaltaisille viranomaisille jäljennökset ilmoituksista kolmen työpäivän kuluessa ja jäljennökset tärkeimmistä komissiolle toimitetuista tai komission tämän asetuksen mukaan laatimista asiakirjoista niin pian kuin mahdollista" (19 artiklan 1 kohta). Lisäksi siinä edellytetään komission toimivan kyseisissä menettelyissä "läheisessä ja jatkuvassa yhteydessä jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten kanssa, jotka voivat esittää huomautuksensa näistä menettelyistä" (19 artiklan 2 kohta). Kyseisessä artiklassa säädetään nyt käsiteltävän asian kannalta merkityksellisiltä osin kansallisten viranomaisten edustajien osallistumisesta neuvoa-antavaan komiteaan, jonka tehtävänä on antaa lausunto, jonka perustana on "yhteenveto kuhunkin tapaukseen liittyvistä seikoista, tärkeimmät sitä koskevat asiakirjat sekä alustava päätösluonnos" (19 artiklan 5 kohta).

Nyt käsiteltävässä asiassa on kuitenkin kiistatonta, että komissio lähetti asianomaisille viranomaisille 19 artiklan 1 kohdan mukaisessa määräajassa samalla kertaa väitteet, jotka oli osoitettu suunnitelman ilmoittaneille osapuolille (14.10.1993), ja kyseistä keskittymää koskevan päätösluonnoksen (26.11.1993), joka sisälsi muun muassa tiedot alan yritysten markkinaosuuksista yhteisön markkinoilla; lisäksi Ranskan hallitukselle ilmoitettiin sen pyynnöstä, tosin puhelimitse, 5.11.1993 joitakin tietoja eri yritysten myyntimääristä kussakin jäsenvaltiossa. On myös kiistatonta, että Ranskan hallituksen pyytämät tiedot ilmoitettiin täydellisinä kaikille jäsenvaltioille vasta 3.12.1993 pidetyssä

54 — SCPA:n kokonaismyynti Belgian ja Luxemburgin alueella oli todellisuudessa 22 000 tonnia, vaikka komission toimittamissa asiakirjoissa viitattiin 221 000 tonniin.

neuvoa-antavan komitean kokouksessa ja että SCPA:n myyntiä Belgiassa ja Luxemburgissa koskeva tieto oli virheellinen.

45. Tässä tilanteessa on selvitettävä, merkitseekö se, että kaliumin myyntimääriä koskevat tiedot annettiin liian myöhään ja että sen lisäksi yksi tieto oli virheellinen, sitä, että komissio on laiminlyönyt velvollisuutensa toimia yhteistyössä kansallisten viranomaisten kanssa, kuten kantajana oleva hallitus väittää.

Totean tältä osin heti, ettei kyseisten tietojen antamista liian myöhään voida nyt käsiteltävässä asiassa perustella tietojen luottamuksellisuudella, johon keskittymään osallistuvat yritykset olisivat vedonneet, koska siinä tapauksessa kyseisiä tietoja ei olisi pitänyt antaa edes liian myöhään, [55] eikä viittaamalla yleisesti komission harkintavaltaan päättää, mitkä asiakirjat ovat asetuksen 19 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla tärkeimpiä. On totta, ettei tietojen antaminen määräajassa ole tarkoitus sinänsä, mutta se on vältämätöntä menettelyn asianmukaisen kulun takaamiseksi. Tässä mielessä on tärkeää selvittää, olivatko tässä tarkoitetut tiedot olennaisia keskittymän kilpailunvastaisten vaikutusten arvioimiseksi ja saattoiko niiden antaminen liian myöhään vääristää menettelyä.

55 — Komissio on itse myöntänyt kirjelmissään, että kyse oli suurimmaksi osaksi tilastotiedoista, jotka olivat helposti saatavissa, ja että asetuksen 19 artikla takasi joka tapauksessa jäsenvaltioille oikeuden tutustua asiakirjoihin.

46. Myönnän epäileväni hieman sitä, onko alan eri yritysten myyntimääriä ja myynnin jakautumista koskevat tiedot sisällytettävä asetuksen 19 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuihin tärkeimpiin asiakirjoihin, vaikka ne ovatkin tärkeitä täydellisen kuvan saamiseksi keskittymän vaikutuksista. Mielestäni komission väite, jonka mukaan päätösluonnokseen sisältyneet kunkin yrityksen markkinaosuuksia koskevat tiedot olivat riittäviä suunnitellun keskittymän asianmukaiseksi arvioimiseksi, ei ole perusteeton.

Kun otetaan huomioon erittäin lyhyet määräajat, joiden kuluessa komission on tehtävä päätöksensä, sekä se, että tiedot oli annettu Ranskan hallitukselle puhelimitse jo 5.11., katson joka tapauksessa, ettei komission voida katsoa laiminlyöneen Ranskan tasavallan osalta asetuksen 19 artiklan 1 ja 2 kohdassa sille asetettuja velvoitteita. Tähän on lisättävä, ettei kyseisten tietojen antamisen liian myöhään voida sellaisenaan katsoa aiheuttavan päätöksen pätemättömyyttä, koska tällöin edellytettäisiin, että väitetty sääntöjenvastaisuus sisältäisi olennaisten menettelymääräysten rikkomisen. Tältä osin muistutettakoon, että yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan, "jotta —— puolustautumisoikeuden rikkominen aiheuttaisi päätöksen kumoamisen, edellytetään, että asian käsittelyssä olisi voitu päätyä erilaiseen ratkaisuun, jollei kyseistä

rikkomista olisi tapahtunut". [56] Kantajana oleva hallitus ei ole nyt käsiteltävässä asiassa kuitenkaan näyttänyt toteen, että komission päätös olisi ollut erilainen, jos velvollisuutta toimia jatkuvassa yhteistyössä kansallisten viranomaisten kanssa ei olisi laiminlyöty väitetyllä tavalla, koska se vain toteaa, ettei tällaista mahdollisuutta voida poissulkea.

47. On vielä pohdittava niin ikään Ranskan hallituksen esittämää seikkaa, jonka mukaan neuvoa-antava komitea sai merkitykselliset tiedot täydellisinä vasta 5.12. pidetyssä kokouksessa eli samana päivänä kuin sen oli annettava lausuntonsa, ja yksi tieto oli virheellinen. Asetuksen 19 artiklan 5 kohdassa edellytetään kuitenkin, että päätösluonnos ja kaikki tärkeimmät asiakirjat lähetetään neuvoa-antavalle komitealle kokouskutsun mukana eli vähintään 14 päivää ennen kokousta, jonka aikana lausunto annetaan. [57]

Kyseisellä väitteellä, joka koskee, kuten komissio korostaa, pikemminkin koollekutsumista ja neuvoa-antavan komitean kuulemista koskevia sääntöjä, ei mielestäni voi olla olennaisia seurauksia riidanalaisen päätöksen kannalta. Ensinnäkään ei näet voida jättää huomiotta sitä, ettei neuvoa-antava komitea, joka koostui alan asiantuntijoista, ole esittänyt asiasta huomautuksia. Toiseksi kantajana oleva hallitus ei ole näyttänyt toteen, että jos kyseiset tiedot olisi toimitettu määräajassa ja jollei yksi näistä tiedoista olisi ollut virheellinen, neuvoa-antava komitea olisi päätynyt erilaiseen lausuntoon, eikä varsinkaan sitä, että komission lopullinen päätös olisi ollut erilainen. [58] Komission esittämät perustelut, joita ei ole kiistetty, päinvastoin näyttävät sulkevan pois tällaisen mahdollisuuden.

b) *Keskittymän vaikutukset Saksan markkinoilla* (asia C-68/94)

48. Ranskan hallitus esittää kaksi perustetta, jotka koskevat keskittymän arviointia Saksan markkinoiden osalta: se väittää yhtäältä, että komissio on soveltanut tässä tapauksessa virheellisesti maksukyvyttömän yrityksen pelastamista koskevaa periaatetta (*failing*

56 — Asia C-142/87, Belgia v. komissio, tuomio 21.3.1990 (Kok. 1990, s. I-959, 48 kohta). Ks. vastaavasti mm. asia 30/78, Distillers Company v. komissio, tuomio 10.7.1980 (Kok. 1980, s. 2229, 26 kohta) ja asia 234/84, Belgia v. komissio, tuomio 10.7.1986 (Kok. 1986, s. 2263, 30 kohta).

57 — Asetuksen 19 artiklan 5 kohdassa säädetään kuitenkin, että komissio voi lyhentää määräaikaa "aiheellisella tavalla välttääkseen vakavaa haittaa yhdelle tai useammalle keskittymään osallistuvalle yritykselle".

58 — Tältä osin on vielä todettava, että "komission on, niin suurelta osin kuin mahdollista, otettava huomioon komitean lausunto. Sen on ilmoitettava komitealle, millä tavoin lausunto on otettu huomioon" (19 artiklan 6 kohta). Komissio voi siis jättää komitean lausunnon huomiotta tai tarkistaa omaa kantaansa ja tehdä lopullisen päätöksen, joka poikkeaa komitealle lausuntoa varten annetusta päätösluonnoksesta. Esimerkkinä tästä mainittakoon tapaus, jonka perusteella tehtiin 31.1.1994 komission päätös 94/208/EY (asia IV/M.315 — Mannesmann/Vallourec/Ilva)(EYVL L 102, s. 15), jossa todettiin keskittymän soveltuvan yhteismarkkinoille. Kyseisessä asiassa päätösluonnoksessa, josta neuvoa-antava komitea oli antanut lausuntonsa, oli näet todettu keskittymän olevan yhteismarkkinoille soveltumaton (ks. neuvoa-antavan komitean lausunto, EYVL 1994, C 111, s. 6), kun taas komission lopullisessa päätöksessä todetaan päinvastaista, eikä tiedetä, johtuuko tämä neuvoa-antavan komitean jäsenten vähemmistön mielipiteestä. Ks. tekstissä tutkituista seikoista lisäksi asetuksen N:o 17 nojalla perustetun neuvoa-antavan komitean osalta asia T-69/89, Radio Telefis Eireann v. komissio, tuomio 10.7.1991 (Kok. 1991, s. II-485, 21—27 kohta).

company defence), jonka mukaan konkurssi(a edeltävässä) tilanteessa olevan yrityksen ostaminen voidaan tietyin edellytyksin sallia, jos siitä ei aiheudu ongelmia kilpailulle; toisaalta se väittää, että komissio on kyseisten markkinoiden osalta ehtoja asettamatta hyväksynyt keskittymän, vaikka se johtaa siihen, että yhteisyritykselle syntyy tosiasiallinen *monopoli* (*98 prosenttia*) *kyseisillä* markkinoilla.

49. Totean ensimmäisestä väitteestä heti, että Yhdysvaltain kilpailuoikeudessa hyväksytään, joskin väärinkäytösten välttämiseksi tarkasti määritellyin edellytyksin, mahdollisuus sallia maksukyvyttömän yrityksen ostaminen sillä edellytyksellä, että keskittymään osallistuvat yritykset voivat oikeasuhteisuuden varmistamiseksi näyttää toteen, että a) haltuunotettava yritys on sellaisessa tilanteessa, että sen konkurssi on todennäköinen lähitulevaisuudessa; b) tämä yritys ei pysty menestyksekkäästi uudistamaan rakennettaan *Bankruptcy Act*in 11 luvussa tarkoitetulla tavalla; c) ei ole olemassa muuta ratkaisua, josta aiheutuisi kilpailuolosuhteille vähemmän vahinkoa kuin keskittymästä; d) maksukyvytön yritys katoaisi markkinoilta, jollei keskittymää toteutettaisi. [59]

Kuten komissio on päätöksessään nimenomaisesti todennut, se ei ole soveltanut kyseistä periaatetta sellaisenaan vaan on lisännyt siihen omia näkemyksiään. Vaikka se on ottanut vaikutteita kyseisestä periaatteesta, se on nyt käsiteltävässä asiassa nojautunut seuraaviin kolmeen perusteeseen: 1) MdK olisi kadonnut markkinoilta, jollei toinen yritys olisi ottanut sitä haltuunsa; 2) K+S olisi joka tapauksessa saanut MdK:n markkinaosuuden tämän poistuttua markkinoilta; 3) ei ole olemassa muuta vaihtoehtoa, josta *aiheutuisi vähemmän vahinkoa kilpailulle.*

50. Ranskan hallitus arvostelee lähinnä sitä, että komissio on päättänyt soveltaa periaatetta, joka on kehitetty toisessa järjestelmässä ja toista järjestelmää varten, muuntamalla osittain siinä vahvistettuja perusteita. Se väittää erityisesti, ettei komissio ole millään tavoin ottanut huomioon Yhdysvalloissa sovelletun periaatteen a ja b kohdan perusteita ja että se on ottanut mielivaltaisesti käyttöön markkinaosuuksien siirtymistä koskevan perusteen, ja lopuksi, että se ei ole näyttänyt riittävästi toteen, että MdK olisi joka tapauksessa joutunut poistumaan markkinoilta *tai että yrityksen ostojärjestelylle ei* olisi ollut muita vaihtoehtoja.

Vaikka Ranskan hallitus myöntää, että on asianmukaista ottaa keskittymää arvioitaessa huomioon perustamissopimuksen J.2 ja J.3 artiklassa tarkoitettu taloudellisen ja sosiaalisen yhteenkuuluvuuden tavoite, joka on mainittu myös asetuksen 13. perustelukappaleessa, [60] se väittää, ettei tämä kuitenkaan saa merkitä sitä, että keskittymien valvontaa

59 — Ks. vuoden 1992 "Guidelines", edellä alaviitteessä 32 mainittu Leddyn teos.

60 — Kyseisen perustelukappaleen mukaan "komission on pidettävä arviointinsa lähtökohtana perustamissopimuksen 2 artiklassa tarkoitettujen peruspäämäärien saavuttamista ja 130 a artiklassa tarkoitettua yhteisön taloudellisen ja sosiaalisen yhteenkuuluvuuden vahvistamista".

koskeva perimmäinen tavoite eli kilpailun suojeleminen unohdetaan.

51. On kuitenkin selvää, että perusteissa, joiden valossa on arvioitava keskittymien soveltuvuutta yhteismarkkinoille, sellaisina kuin ne on asetuksessa vahvistettu, nojaudutaan puhtaasti taloudellisiin näkemyksiin, jotka pohjautuvat siis — ja nimenomaan — kilpailun suojelemista koskeviin näkökohtiin. [61] On kuitenkin myös selvää, että 13. perustelukappaleessa kiinnitetään merkittävällä tavalla huomiota taloudellisen ja sosiaalisen yhteenkuuluvuuden vaatimuksiin, kuten Ranskan hallituskin myöntää, joten sillä edellytyksellä, että kilpailun suojelemista ei vaaranneta, on perusteltua ottaa huomioon tavoitteet, joita pidetään myös perustamissopimuksessa yhtä perustavanlaatuisina.

On lisäksi ilman muuta selvää, ettei sitä, että komissio on ottanut vaikutteita toisessa järjestelmässä kehitetystä periaatteesta mutta muuntanut osittain sen soveltamisperusteita, voida pitää päätöksen pätemättömyyden perusteena. Merkityksellistä on se, ettei periaate ole ristiriidassa asetuksen kanssa, että siihen liittyvät päätöksen päätelmät eivät ole virheellisiä ja että käytettyjä perusteita on sovellettu asianmukaisesti.

52. Kuten päätöksestä ilmenee, komissio on katsonut, että *failing company defence* -periaatteeseen nojautuvat perustelut voidaan ottaa huomioon "myös keskittymäasetuksen 2 artiklan 2 kohdan soveltamisen yhteydessä arvioitaessa *keskittymän ja määräävän aseman syntymisen tai sen vahvistumisen välistä syy-yhteyttä*". [62]

Tässä mielessä soveltamalla riidanalaista perustetta, jonka mukaan on selvitettävä, saisiko ostava yritys joka tapauksessa ostettavan yrityksen markkinaosuuden, pyritään juuri osoittamaan, että määräävän aseman vahvistuminen on väistämätöntä eli että niin tapahtuisi siinäkin tapauksessa, että keskittymä kiellettäisiin.

53. Todettakoon heti, että Saksan markkinoiden toteennäytetty suljettu luonne ja se, mikä niin ikään on todettu päätöksessä, että K+S kykeni lisäämään tuotantoaan kustannusten kohoamatta ja olemaan ainoa toimittaja Saksan markkinoilla, johtavat väistämättä

61 — Ks. 2 artiklan 3 kohta. Komission käytäntö näyttää seuranneen tätä ajattelumallia. Nyt käsiteltävän asian kohteena olevaan päätökseen saakka ei näet ollut tehty päätöksiä, joissa sosiaaliset näkökohdat olisi asetettu kilpailun säilyttämistä koskevien vaatimusten edelle. Mainittakoon tältä osin päätös Aérospatiale-Alenia/de Havilland, jossa komissio ei hyväksynyt asianosaisten perustelua, joka koski Havillandin todennäköistä katoamista markkinoilta, koska se katsoi sen olevan epätodennäköistä siinäkin tapauksessa, ettei keskittymää hyväksyttäisi (komission päätös 91/619/ETY, 2.10.1991, asia IV/M.053 — Aérospatiale-Alenia/de Havilland, EYVL L 334, s. 42).

62 — Ks. päätöksen 71 kohta; kursivointi tässä.

siihen päätelmään, että MdK:n markkinaosuus olisi siirtynyt K+S:lle, jos MdK olisi poistunut markkinoilta; Ranskan hallituskaan ei *varsinaisesti* kiistä tätä.

Ranskan hallitus riitauttaa kyseisen perusteen *soveltamisen pikemminkin sen vuoksi*, että tällä tavoin jo määräävässä asemassa oleva yritys voisi vahvistaa asemaansa pelkästään sillä perusteella, että olisi todennäköistä, että se joka tapauksessa lähitulevaisuudessa saisi itselleen toisen markkinoilla olevan yrityksen markkinaosuuden: tämä menisi sen mukaan liian pitkälle ja olisi ristiriidassa kilpailun suojelemista koskevan tavoitteen kanssa. Vaikka kyseistä väitettä ei sinänsä voida kiistää, siinä jätetään kuitenkin huomiotta se, että kyseisen edellytyksen täyttyminen edellyttää kahden muun edellytyksen täyttymistä:että kyseinen yritys katoaisi joka tapauksessa markkinoilta ja ettei ole olemassa muuta ostovaihtoehtoa, josta aiheutuisi vähemmän vahinkoa kilpailulle.

Tätä väitettä ei voida hyväksyä. On tosin totta, että julkisoikeudellinen laitos Treuhand, joka on vastuussa entisessä Saksan demokraattisessa tasavallassa olevien yritysten yksityistämisestä ja joka on MdK:n omistaja, on mukana keskittymällä perustetussa yrityksessä 49 prosentin omistusosuudellaan ja että Treuhand (ja siis valtio) on antanut ja antaa kyseiselle yritykselle merkittävää tukea. On kuitenkin selvää, että komission arviointi perustuu seuraaviin seikkoihin: a) Treuhand ei voi jatkuvasti kattaa MdK:n tappioita julkisista varoista maksettavalla tuella, koska tällainen ratkaisu olisi joka tapauksessa ristiriidassa perustamissopimuksen valtiontukia koskevien määräysten kanssa; b) mahdollisista rakennemuutoksista aiheutuvat kustannukset ylittäisivät joka tapauksessa keskittymän edellyttämät tuet; c) Treuhandin yritysten yksityistämisen yhteydessä antama lausunto, jonka mukaan se lopettaisi MdK:n toiminnan kokonaan, jos se ei löytäisi yksityistä yritystä, joka olisi valmis ottamaan sen haltuunsa. Komissio on siis katsonut tähän tapaukseen liittyvien erityisten seikkojen vuoksi (sellaisen valtionyrityksen yksityistäminen, jota ei tavanomaisesti yrityksiin sovellettavien arviointiperusteiden mukaan voida pitää elinkelpoisena), että sillä oli riittävästi selvitystä siitä, että MdK oli keskipitkällä tähtäimellä poistumassa markkinoilta.

54. Kuten olen todennut, Ranskan hallitus väittää kuitenkin, ettei kahta viimeksi mainittua perustetta ole sovellettu asianmukaisesti nyt käsiteltävässä asiassa. Se väittää erityisesti MdK:n todennäköisen markkinoilta poistumisen osalta, ettei komissio ole näyttänyt toteen sitä, että olisi ollut mahdotonta pitää MdK elinkelpoisena muuttamalla se julkiseksi yritykseksi esimerkiksi perustamissopimuksen 92 ja 93 artiklan edellytykset täyttävien valtiontukien avulla.

55. Mielestäni komission arviointi on hyväksyttävä myös siltä osin kuin sen mukaan ei ollut olemassa muita vaihtoehtoja, joista kilpailulle olisi aiheutunut vähemmän vahinkoa. On näet kiistatonta, kuten Treuhandin komissiolle lähettämistä yksityistämismenettelyä koskevista asiakirjoista ilmenee, että kaikki yritykset, jotka olivat ilmoittaneet olevansa kiinnostuneita MdK:n hankinnasta, olivat myöhemmin luopuneet hankkeesta.

Komissio suoritti myös lisätutkimuksia ja erityisesti ilmoitti kyseisille yrityksille tarkan tukien määrän, jonka keskittymä olisi saanut ja jotka olisi siis myönnetty myös silloin, jos jokin yksityinen yritys olisi ostanut MdK:n. Tästä huolimatta mikään muu yritys ei ollut ilmoittanut olevansa valmis ostamaan MdK:ta.

Tässä tilanteessa näyttää siltä, että komission tekemä päätelmä voidaan hyväksyä. On kuitenkin vielä tutkittava sitä, ettei komissio ollut pitänyt mahdollisena vaihtoehtona ostotarjousta, jonka Peine-konserni oli esittänyt sen jälkeen kun fuusiosopimus oli tehty ja joka koski Bischofferoden kaivosta eli yhtä neljästä MdK:n toiminnassa olevasta kaivoksesta. Tämä johtui siitä, ettei Bischofferode ollut merkittävä osa MdK:ta, sekä työllisyyteen liittyvistä syistä.

56. Viimeksi mainittu seikka, jolla on ollut merkittävää painoarvoa sovellettaessa *failing company defence* -periaatetta myös Yhdysvalloissa, [63] on mielestäni ratkaiseva erityisesti, kun otetaan huomioon taloudellisen ja sosiaalisen yhteenkuuluvuuden vaatimukset, joihin olen viitannut useaan kertaan.

Keskittymiin liittyvien seikkojen erityispiirteet, joihin väistämättä sisältyy teollisuuspoliittisia ongelmia, saattavat varsin hyvin olla myös perustamissopimuksen 2 ja 130 b artiklassa tarkoitettujen taloudellisen ja sosiaalisen yhteenkuuluvuuden vahvistamista koskevien tavoitteiden valossa perusteena sille, että työllisyyttä koskevia ja yleisemmin sosiaalisia seikkoja otetaan huomioon arvioitaessa keskittymiä. Tämä pätee ainakin sellaisissa tapauksissa, joissa erilaiset ratkaisut eroavat merkittävästi toisistaan juuri työllisyysmahdollisuuksien osalta, kuten nyt käsiteltävässä asiassa. [64]

57. Todettakoon tältä osin lisäksi, että kahdessa viimeaikaisessa tuomiossa, joihin liittyvät tosiseikat ja tavoitteet olivat tosin siinä mielessä erilaisia, että niissä tutkittiin keskittymään osallistuneiden yritysten työntekijöiden ammattiyhdistysten edustajien kanneoikeutta, myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi, että kun sovelletaan asetusta ja arvioidaan keskittymän soveltuvuutta yhteismarkkinoille, kilpailun suojeleminen voidaan sovittaa yhteen keskittymän sosiaalisten seurausten kanssa siten, että perustamissopimuksen 2 artiklassa tarkoitetut tavoitteet otetaan riittävästi huomioon. Komissio voi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan selvittää, voiko keskit-

63 — *Failing company defence* -periaate on syntynyt talouspoliittisista ja yritysten tehokkuutta koskevista syistä. Myöhemmin sitä sovellettaessa on kuitenkin otettu huomioon myös poliittiset ja sosiaaliset näkemykset, jotka ovat liittyneet muun muassa työpaikkojen säilyttämiseen. Ks. tästä asiassa United States v. General Dynamics Corp. annettu tuomio, 415, US 486, 507 (1974) ja em. Areeda Turner, vol. IV, 1980, s. 941.

64 — Kun nyt käsiteltävässä asiassa keskittymä koski toimintaa, joka tarjosi kaiken kaikkiaan 3 000 työpaikkaa, Peinen tarjous koski ainoastaan sellaisen toiminnon ostamista, joka tarjosi vain 536 työpaikkaa, eli 18 prosenttia niistä työpaikoista, jotka keskittymällä varmistettiin. Kilpailupoliittisten tavoitteiden ja perustamissopimuksen muiden päämäärien tasapainottaminen ei ole vierasta yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä, vaikka se kuuluukin lähinnä lainsäätäjän tehtäviin: ks. esim. edellä alaviitteessä 3 mainittu asia Europemballage ja Continental Can v. komissio sekä yhdistetyt asiat 154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78, 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 ja 85/79, Valsabbia ym. v. komissio, tuomio 18.3.1980 (Kok. 1980, s. 907).

tymällä olla sellaisia vaikutuksia asianomaisten yritysten työntekijöiden asemaan, "jotka vaikuttavat työllisyyteen tai työoloihin yhteisössä tai sen olennaisessa osassa". [65] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittasi kyseisissä tuomioissa myös edellä mainittuun asetuksen 13. perustelukappaleeseen.

On lisäksi merkittävää, että nyt käsiteltävässä asiassa työllisyyden suojelu liittyy laajempaan asiayhteyteen, jolle on ominaista tarve korjata rakenteellisia heikkouksia Itä-Saksassa, jossa MdK sijaitsee. Tästäkin näkökulmasta päätös on siis varmasti 13. perustelukappaleessa tarkoitetun taloudellista ja sosiaalista yhteenkuuluvuutta koskevan tavoitteen mukainen.

58. Ranskan hallituksen toinen väite, joka liittyy läheisesti juuri käsiteltyyn väitteeseen, koskee, kuten edellä korostin, sitä, ettei komissio ole asettanut keskittymän hyväksymiselle mitään ehtoja ja/tai velvoitteita Saksan markkinoiden osalta, vaikka keskittymällä luodaan monopoli kyseisille markkinoille (98 prosentin markkinaosuus). Komission olisi pitänyt Ranskan hallituksen mielestä asettaa keskittymän hyväksymisen ehdoksi, että yritykset olisivat antaneet täsmällisen sitoumuksen siitä, että Saksan markkinat avataan kilpailulle, kuten asiassa Nestlé/Perrier tehdyssä päätöksessä meneteltiin. [66]

Komissio vastaa, ettei asiassa Nestlé/Perrier tehty päätös ole asian kannalta merkityksellinen, koska markkinoiden avaaminen kilpailulle ei nyt käsiteltävässä asiassa riipu markkinoiden rakenteesta, kuten kyseisessä asiassa, vaan ostajien käyttäytymisestä eli kysynnästä eikä tarjonnasta. Se toteaa lisäksi, ettei Ranskan hallitus ole täsmentänyt, mitä sitoumuksia K+S:ltä ja MdK:lta olisi voitu vaatia "markkinoiden avaamiseksi kilpailulle".

59. On kuitenkin kiistatonta, kuten Ranskan hallitus väittää, ettei Ranskan hallituksen tehtävänä ole ehdottaa tältä osin ratkaisuja, koska ne kuuluvat komission toimivaltaan, sillä komissio on vastuussa kilpailusääntöjen soveltamisesta. Se, että Ranskan hallitus ei ole tehnyt ehdotuksia, on kuitenkin selvä osoitus siitä, että on vaikeaa löytää ehtoja, joita keskittymälle pitäisi asettaa Saksan markkinoilla, jotta markkinat avattaisiin kilpailulle.

Tältä osin on vain todettava, että vaikka haluttaisiin ajatella, että Saksan markkinoi-

65 — Asia T-96/92, CCE de la Société générale des grandes sources ym. v. komissio, tuomio 27.4.1995 (Kok. 1995, s. II-1213, 28 ja 29 kohta) ja asia T-12/93, Vittel ym. v. komissio, tuomio 27.4.1995 (Kok. 1995, s. II-1247, 38 ja 39 kohta).

66 — Neuvoston asetuksen N:o 4064/89 soveltamisesta 22 päivänä heinäkuuta 1992 tehty komission päätös 92/553/ETY (asia IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (EYVL L 356, s. 1).

den avaamiseksi kilpailulle olisi komission esiintuomista erityisistä seikoista huolimatta joka tapauksessa puututtava markkinoiden rakenteisiin, asiassa Nestlé/Perrier tehdyssä päätöksessä omaksuttua ratkaisua ei sittenkään voitaisi soveltaa. Kuten olen näet todennut, nyt käsiteltävässä asiassa yritysostojärjestelylle ei ollut muita vaihtoehtoja. Tässä tilanteessa katson, ettei kantajana olevan hallituksen väitteillä voida kumota komission arviointia asiasta.

60. Kun otetaan huomioon myös edellä esitetyt käsiteltävään asiaan liittyvät sosioekonomiset näkökohdat, ehdotan siis, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää kyseisen perusteen, koska komission arviointi keskittymästä Saksan markkinoilla aiheutuvista vaikutuksista on hyväksyttävä kokonaisuudessaan.

c) *Yrityskeskittymän vaikutukset Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla* (asiat C-68/94 ja C-30/95)

61. Sekä Ranskan hallitus (asia C-68/94) että SCPA ja EMC (asia C-30/95) riitauttavat päätöksen siltä osin kuin se koskee yrityskeskittymän arviointia toisten relevanttien maantieteellisten markkinoiden eli Saksan ulkopuolisten yhteisön markkinoiden osalta. Kantajien väitteet koskevat kyseisten markkinoiden määrittelyä, mahdollisuutta soveltaa asetusta kollektiivisiin määräämisvaltaan markkina-asemiin, kollektiivisen määräävän markkina-aseman käsitteen virheellistä soveltamista käsiteltävään asiaan sekä ehtojen ja velvoitteiden määräämistä keskittymään osallistumattomille kolmansille osapuolille.

On täsmennettävä, että koska SCPA:n ja EMC:n esittämät perustelut sisältyvät suurimmaksi osaksi Ranskan hallituksen esittämiin (jotka kuitenkin on esitetty laajemmin ja yksityiskohtaisemmin), viittaan jäljempänä erityisesti viimeksi mainitun perusteluihin. Korostan tietenkin kunkin kanteen erityisyyttä.

1) *Relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittely*

62. (Saksan ulkopuolisten) yhteisön markkinoiden määrittelyä toisiksi maantieteellisiksi markkinoiksi, jotka on otettava huomioon arvioitaessa keskittymää, ei kantajina olevien hallituksen ja yritysten mukaan ole riittävästi perusteltu, ja se perustuu virheelliseen arviointiin ja joka tapauksessa huomioon otettavien seikkojen puutteelliseen tutkimiseen. Ranskan hallitus huomauttaa erityisesti, että jos perusteet, joita komissio on käyttänyt määritelläkseen kyseiset maantieteelliset markkinat, olisivat olleet niiden perusteiden mukaisia, joita yleensä käytetään asetusta sovellettaessa, komission olisi niiden perus-

teella pitänyt todeta, ettei ole olemassa yhtenäisiä, yhteisön muiden jäsenvaltioiden muodostamia markkinoita. Markkinat ovat näet useistakin syistä erittäin epäyhtenäiset.

Komissio vastaa, että se on määritellyt laillisesti ja asianmukaisesti Saksan ulkopuolisen yhteisön alueen erillisiksi maantieteellisiksi markkinoiksi ja päätynyt kyseiseen määritelmään käsiteltävään tapaukseen liittyvien seikkojen, erityisesti kyseessä olevan tuotteen luonteen ja ominaisuuksien, vuoksi. Tämän vuoksi ei komission mielestä ole asianmukaista viitata muissa tapauksissa käytettyihin perusteisiin.

63. Totean heti aluksi, että relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittely, *joka on kilpailunvastaiseksi väitettyä käyttäytymistä koskevien tutkimusten välttämätön edellytys ja edeltää niitä*, on erityisen tärkeää silloin, kun halutaan näyttää toteen määräävän aseman olemassaolo, kuten nyt käsiteltävässä asiassa. [67]

Vaikka on kiistatonta, että komissiolla on kyseisissä asioissa laaja harkintavalta, on selvää, että yhteisöjen tuomioistuinten on joka tapauksessa selvitettävä päätöksessä tehdyn arvioinnin täsmällisyys ja oikeellisuus, koska *toteamus, jonka mukaan Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla on olemassa kollektiivinen määräävä asema, perustuu siihen.* [68]

64. On täsmennettävä, ettei asetuksessa anneta selviä viitteitä relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittelemisestä ja että ainoastaan sen 9 artiklan 7 kohdassa käsitellään perusteita, jotka ovat välttämättömiä sen arvioimiseksi, onko yhden jäsenvaltion sisällä erillisiä markkinoita ja täyttyvätkö siis ne edellytykset, joiden perusteella komissio siirtää ilmoitetun keskittymän tutkimuksen kyseisen valtion toimivaltaisille viranomaisille. Kyseiset perusteet on esitetty myös CO-lomakkeen 5 jaksossa seuraavasti: [69] "Relevantit maantieteelliset markkinat käsittävät alueen, jolla kyseiset yritykset *myyvät tavaroita ja palveluja* ja jolla kilpailuolosuhteet ovat riittävän yhtenäiset, jotta markkinat voidaan erottaa ympärillä olevista alueista erityisesti sen vuoksi, että niiden kilpailuolosuhteet ovat huomattavan erilaiset. Relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittelemiseksi merkityksellisiä tekijöitä ovat kyseisten tuotteiden tai palvelujen luonne ja ominaisuudet, markkinoille pääsyn esteiden olemassaolo tai kuluttajien mieltymykset, yritysten markkinaosuuksien merkittävä ero ympärillä oleviin alueisiin verrattuna tai olennaiset hintaerot."

67 — Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on asiassa T-29/92, SPO ym. v. komissio, 21.2.1995 antamassaan tuomiossa korostanut relevanttien markkinoiden käsitteen osalta, että se on tärkeämpi 86 artiklaa sovellettaessa kuin 85 artiklaa *sovellettaessa. Kyseisessä yhteydessä esitettyjä huomautuksia* voidaan mielestäni soveltaa myös keskittymästä aiheutuvaan määräävään asemaan.

68 — Edellä alaviitteessä 38 mainittu lasilevytuomio, 360 kohta.

69 — CO-lomake, sellaisena kuin siitä säädetään edellä alaviitteessä 13 mainitussa asetuksessa N:o 2367/90.

CO-lomakkeeseen sisältyvien määräysten mukaan huomioon otettavia seikkoja ei siis ole asetettu tärkeysjärjestykseen, jonka perusteella voitaisiin ajatella, että yksi niistä olisi ensisijainen tai joka tapauksessa merkittävämpi kuin muut. Vaikka ei voida hyväksyä komission väitettä, jonka mukaan aikaisemmissa päätöksissä noudatetut perusteet olisivat merkityksettömiä nyt käsiteltävän asian kannalta, on siis katsottava, että ne ovat vain viitteellisiä, koska komission päätösten oikeellisuutta ja johdonmukaisuutta on arvioitava siihen erityiseen asiayhteyteen nähden, johon ne kussakin yksittäistapauksessa liittyvät.

65. Käsittelen seuraavassa esitetyt perustelut. Kantajien mielestä komissio on ensinnäkin pitänyt yhtenäisinä markkinoita, jotka koostuvat maista, joissa ei ole kotimaista tuotantoa (Belgia, Alankomaat, Tanska, Kreikka), tuottajamaista, joissa tuotanto ylittää rakenteellisesti kulutuksen (Espanja, Yhdistynyt kuningaskunta), ja muista maista, joissa kulutus ylittää rakenteellisesti tuotannon (Ranska). Lisäksi tuojajäsenvaltioiden ostostrategiat eroavat merkittävästi toisistaan, joten yhteisön sisäinen kauppa koostuu lähes kokonaan yksisuuntaisista kauppavirroista eikä vastavuoroisesta kaupasta, joka on yleensä tunnusomaista todella yhtenäisille markkinoille.

Komissio on siis Ranskan hallituksen mukaan sekoittanut aivan erilaisia kilpailutilanteita keskenään, vaikka se on kyennyt näyttämään toteen tietynasteisen yhtenäisyyden vain niiden maiden osalta, joissa ei ole kotimaista tuotantoa. Toinen osoitus siitä, etteivät kyseiset markkinat ole yhtenäiset, on sen mielestä se, että toimittajien markkinaosuudet vaihtelevat huomattavasti eri maissa ja että tarjonta on keskittynyttä. Myös kysynnän ominaispiirteiden arviointi osoittaa kantajana olevan hallituksen mielestä, ettei tässä tapauksessa ole olemassa maantieteellisiä markkinoita, jotka muodostuisivat kaikista yhteisön jäsenvaltioista Saksaa lukuun ottamatta. Komission arviointi tuotteiden keskinäisestä korvaavuudesta on Ranskan hallituksen mielestä virheellinen, koska kaliumtuotteiden valinta riippuu maaperän geologisista ominaisuuksista, maatalouspinta-alasta, kuluttajien tottumuksista ja maatalouspolitiikasta sekä siitä, onko alueella kaliumia käyttävää teollisuutta. [70]

66. Komissio vastaa, että se, että samoille markkinoille on sisällytetty tuottajamaita ja maita, joilla ei ole kotimaista tuotantoa, ei missään tapauksessa tarkoita, että relevantit maantieteelliset markkinat olisi määritelty virheellisesti, kuten sekään, että jäsenvaltiossa on vain yksi tuottaja, ei ole ratkaisevaa. Lisäksi komissio väittää, että vaikka markkinoilla olisikin yksisuuntaisia kauppavirtoja, näiden markkinoiden kilpailuolosuhteet voivat taloustieteen teorian mukaan silti aivan hyvin olla yhdenmukaiset. Sen perusteella, että tuojajäsenvaltioissa noudatetaan erilaisia ostostrategioita, ei komission mielestä voida

70 — Kantajina olevat yritykset näyttävät sen sijaan olevan komission kanssa yhtä mieltä siitä, että tuotteet ovat keskenään korvaavia, mutta väittävät, että tämä riippuu siitä, miten kyseiset tuotemarkkinat määritellään, eikä siis liity mitenkään relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittelyyn.

tehdä erilaista päätelmää, ja vielä vähemmän tärkeimpien yrityksien eri maissa hallitsemien erilaisten markkinaosuuksien perusteella, koska ne eivät ole ratkaiseva tekijä määriteltäessä relevantteja markkinoita, sillä ne voivat riippua esimerkiksi aikaisemmin olemassa olleista kaupan esteistä tai kuluttajien tottumuksista.

Komissio katsoo ottaneensa kyseisten tuotteiden kysynnän ominaispiirteet riittävästi huomioon ja todenneensa yhtäältä, että niiden korvaavuusaste oli korkea, koska tuotteen käyttäjät eivät Saksaa lukuun ottamatta missään maassa anna selvää etusijaa paikallisille tuotteille, ja toisaalta, että kaikki tällä alalla yhteisössä toimivat tuottajat pystyvät tuottamaan kaikkia erilaisia kaliumtyyppejä. Toisin kuin muissa tapauksissa, joissa on todettu kuluttajien asettavan tunnetut merkit [71] tai kotimaiset tuotteet [72] etusijalle tai kysynnän olevan erittäin heikkoa käynnistysvaiheessa olevilla markkinoilla, [73] nyt käsiteltävässä asiassa ei ole ilmennyt mitään näyttöä siitä, että kysynnän rakenteesta voitaisiin päätellä, että yhteisössä olisi erillisiä kansallisia markkinoita.

67. Toiseksi kantajat väittävät, ettei komission tekemä selvitys, joka koskee kuljetuskustannuksia ja hintoja relevanteilla markkinoilla, ole luotettava. Ensin mainittujen osalta komissio ei ole todellisuudessa tehnyt minkäänlaista tutkimusta, vaan on ainoastaan tyytynyt toteamaan lakonisesti, etteivät kuljetuskustannukset ole kauppavirtojen esteenä.

Myös yhteisön kaliumin hintoja koskeva selvitys on kantajien mielestä täysin riittämätön: komissio ei ole verrannut toisiinsa taloudellisten toimijoiden kussakin jäsenvaltiossa soveltamia hintoja, kuten sen olisi pitänyt. Komissio on pyrkinyt näyttämään toteen sen, etteivät eri maiden hintatasot poikkea olennaisesti toisistaan, esittämällä viisi vuotta vanhoja tilastoja, jotka eivät enää ole luotettavia.

68. Komissio kiistää selvitykseensä kohdistetun arvostelun aiheellisuuden ja väittää, ettei se, ettei tiettyjen tuottajamaiden ja tiettyjen tuojamaiden välillä ole kauppavirtoja, johdu välttämättä kuljetuskustannuksista. Toisaalta se, että tietyt valtiot, jotka eivät ole rajanaapureita (Saksa ja Portugali, Espanja ja Belgia, Saksa ja Irlanti), käyvät keskenään kauppaa, kun taas tietyt rajanaapurit (Iso-Britannia ja Alankomaat) eivät, osoittaa sen mielestä, etteivät kuljetuskustannukset estä kaupankäyntiä. Komissio viittaa tältä osin riidanalaisessa päätöksessä (42 kohta) tehtyihin päätelmiin, jotka sen mukaan osoittavat, ettei kyseisten kustannusten suuruus estä kauppaa kyseisillä maantieteellisillä markkinoilla.

71 — Komission päätös 91/403/ETY, 29.5.1991 (asia IV/M043 — Magneti Marelli/CEAc) (EYVL L 222, s. 38).

72 — Komission päätös 6.11.1990 (asia IV/M004 — Renault Volvo) (EYVL C 281, s. 2).

73 — Edellä alaviitteessä 66 mainittu päätös Nestlé/Perrier.

Komissio huomauttaa, että muissa yhteisön jäsenvaltioissa kuin Saksassa sovellettavien hintojen väliset erot ovat vähäisiä. Suurin ero eri jäsenvaltioissa sovellettavien hintojen välillä on 10 prosenttia, kun taas Saksaan nähden se on jopa 20 prosenttia.

69. Kantajina olevat yritykset ja hallitus väittävät lopuksi, että komission olisi pitänyt keskittymää arvioidessaan ainakin erottaa Espanjan ja Ranskan markkinat erillisiksi markkinoikseen, koska niiden kilpailuolosuhteet ovat näihin markkinoihin liittyvien erityispiirteiden vuoksi erilaiset kuin muissa jäsenvaltioissa. Ranskan hallitus toteaa erityisesti, että Espanjan markkinat ovat paljolti Saksan markkinoiden kaltaiset, kun taas tilanne Ranskan markkinoilla on hyvin erityislaatuinen sen vuoksi, että niillä tuotanto on kulutusta pienempi ja että niillä toimii ainoastaan yksi suuri yritys.

Kantajien mielestä jo pelkästään se, ettei kyseisten kahden valtion markkinoita ole erotettu muiden jäsenvaltioiden markkinoista, merkitsee sitä, että tutkimus, joka koskee kilpailuolosuhteita ennen keskittymää ja sen jälkeen, on täysin vääristynyt ja antaa väärän kuvan K+S:n ja SCPA:n välisistä todellisista voimasuhteista.

70. Komissio huomauttaa, että merkittävät kauppavirrat, vaikka ne ovatkin yksisuuntaisia, merkittävien hintaerojen puuttuminen ja kaliumtuotteiden keskinäinen korvaavuus merkitsevät välttämättä sitä, että myös Espanja ja Ranska on luettava Saksan ulkopuolisiin yhteisön markkinoihin erityisesti sen vuoksi, että kyseisissä kahdessa maassa käytetyt jakelumenetelmät ovat samanlaisia kuin muissa jäsenvaltioissa (Saksaa lukuun ottamatta).

Komissio kiistää lisäksi, että kilpailuolosuhteet Ranskan markkinoilla poikkeaisivat muiden jäsenvaltioiden markkinoista, ja täsmentää, ettei tältä osin voida pitää merkittävänä sitä, että K+S ja SCPA/EMC ovat keinotekoisesti pitäneet Ranskan markkinat erillään yhteisön markkinoista. Tämä näet ei komission mukaan muuta millään tavoin kyseisten kaksien markkinoiden yhtenäisyyttä, joka johtuu objektiivisista tekijöistä.

71. Totean tämän perusteella aluksi, että kauppavirtojen yksisuuntaisuus, jonka myös komissio on myöntänyt, on kiistatta merkittävä tekijä määriteltäessä relevantteja maantieteellisiä markkinoita, koska voidaan olettaa, että eri maissa on olemassa maahantuonnin esteitä, jotka saattavat estää tuotteiden myynnin ja olla tällä tavoin osoituksena kansallisten markkinoiden olemassa-

olosta. [74] Komission olisi siis pitänyt tutkia tätä kysymystä perusteellisemmin, mutta se päinvastoin tyytyi korostamaan, että kyseisten jäsenvaltioiden välillä oli merkittäviä kauppavirtoja.

On myöskin hieman hämmästyttävää, ettei komissio ole ottanut huomioon sitä, että alan tärkeimmillä yrityksillä oli ja on kotimaassaan korkeat markkinaosuudet ja hyvin vaihtelevat markkinaosuudet muissa maissa ja ettei komissio ole pitänyt tarjonnan keskittymistä kovinkaan merkittävänä seikkana.

72. Toteamani puutteellisuudet eivät kuitenkaan ole sellaisia, että komission arviointeja olisi pidettävä pätemättöminä, sillä ne näyttävät perustuvan objektiivisiin seikkoihin, joita ei olennaisilta osiltaan ole kiistetty.

Nyt käsiteltävässä asiassa on ennen kaikkea todettava, että siinä eivät näytä täyttyvän ne edellytykset, joiden perusteella voitaisiin katsoa, että yhteisössä on kysynnän rakenteen perusteella erillisiä kansallisia markkinoita, varsinkaan kun kaikissa jäsenvaltioissa Saksaa lukuun ottamatta kaliumtuotteet ovat suuressa määrin keskenään korvattavissa, eivätkä kuluttajat suosi erityisemmin sellaisia erityistuotteita, joita voitaisiin ostaa ainoastaan paikallisilta tuottajilta.

73. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut asiassa Suiker Unie ym. vastaan komissio antamassaan tuomiossa, [75] kuljetuskustannusten on yleisesti katsottu kuuluvan merkittävimpiin tekijöihin, joiden perusteella relevanttien markkinoiden käsite määritellään, ja niitä arvioidessaan komissio on usein tyytynyt käyttämään yleisiä toteamuksia. [76] Ei kuitenkaan näytä siltä, että kantajana oleva hallitus kykenisi väitteillään osoittamaan, että kustannusten erot olisivat sellaisia, että ne voisivat olla "markkinoille pääsyn esteenä": kuten tiedetään, yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan erilaiset kuljetuskustannukset eivät näet ole tältä osin merkityksellisiä, elleivät ne ole "syrjiviä". [77]

Samat näkemykset voivat päteä kyseisten tuotteiden hintoja koskevan tutkimuksen osalta; hinta on toinen tärkeä huomioon otettava tekijä komission aikaisemmissa asioissa esittämien näkemysten mukaan. [78] Vaikka toimielin näet esitti ainoastaan muutamia FAO:lta saamiaan, ajanjaksoa

74 — Toisaalta vastakohtaispäätelmänä on todettava, että komissio on aina katsonut kauppavirtojen vastavuoroisuuden olevan tärkeä, joskaan ei ratkaiseva, osoitus kuulumisesta samoihin maantieteellisiin markkinoihin: ks. edellä alaviitteessä 58 mainittu asia Mannesmann/Vallourec/Ilva, päätöksen 33—37 kohta. Ks. tältä osin vastaavasti edellä alaviitteessä 48 mainittu teos Cook ja Kerse, s. 145—.

75 — Yhdistetyt asiat 40/73—48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym. v. komissio, tuomio 16.12.1975 (Kok. 1975, s. 1663, 372 kohta).

76 — Päätöksessä muun muassa todetaan, että "kuljetuskustannukset — — vaihtelevat — — . Ne eivät kuitenkaan näytä estävän kauppaa Saksan ulkopuolisella yhteisön alueella" (päätöksen 42 kohta).

77 — Ks. asia 27/76, United Brands v. komissio, tuomio 14.2.1978 (Kok. 1978, s. 207, 52 ja 53 kohta).

78 — Ks. esim. edellä alaviitteessä 71 mainittu asiassa Magneti Marelli/CEAc tehty päätös.

1987—89 koskevia tilastotietoja sekä K+S:n vuonna 1992 Belgiassa, Alankomaissa ja Saksassa soveltamia hintoja osoittaakseen sen, ettei jäsenvaltioiden välillä ollut merkittäviä hintaeroja, Ranskan hallitus ja kantajina olevat yritykset eivät myöskään ole esittäneet komission tutkimusta vastaan seikkoja, jotka osoittaisivat päinvastaista. Ne ovat pikemminkin vahvistaneet, etteivät hinnat eroa toisistaan olennaisesti, vaikka ovatkin pitäneet sitä markkinoiden läpinäkyvyyden eikä yhtenäisyyden seurauksena.

74. Kun edellä esitettyihin näkemyksiin lisätään se, etteivät kantajat ole kiistäneet eri jäsenvaltioissa käytettyjen jakelumenetelmien huomattavaa samankaltaisuutta, joka sulkee pois sen, että markkinoille pääsylle olisi samanlaisia esteitä kuin Saksassa, komission arviointia on pidettävä sisällöltään oikeana ja riittävän perusteltuna.

Ei olisi myöskään mahdollista päätyä erilaiseen ratkaisuun niiden Ranskan hallituksen väitteiden perusteella, joilla se on pyrkinyt osoittamaan, että Ranska ja Espanja ovat itsenäisiä markkinoita, joita ei pitäisi sekoittaa muihin yhteisön maihin, vaikka komission kantaan sisältyykin joitakin ristiriitaisuuksia.

75. Tältä osin on näet myönnettävä, että arvioidessaan ns. "markkinoille pääsyn esteitä" [79] komissio on pitänyt SCPA:n lakiin perustuvaa monopolia (vaikka se koskeekin vain yhteisön ulkopuolisista maista peräisin olevan tuonnin kauttakulkua) merkittävänä Ranskan markkinoille pääsyn esteenä, [80] mutta ei ole tämän jälkeen ottanut sitä millään tavoin huomioon arvioidessaan, voiko Ranska muodostaa erilliset markkinat. Tätä epäjohdonmukaisuutta ei voida myöskään selittää, toisin kuin komissio väittää, erottamalla toisistaan esteet, jotka vaikeuttavat yhteisön sisäistä kauppaa, ja esteet, jotka vaikeuttavat kauppaa yhteisön ulkopuolisten maiden kanssa. Vaikuttaa näet vähintäänkin epäilyttävältä, että SCPA:n jakelumonopoli voisi vaikuttaa yhteisön ulkopuolisista maista peräisin olevien tuotteiden pääsyyn muiden jäsenvaltioiden markkinoille, koska Ranskan hallituksen esittämät tietyt tiedot osoittavat päinvastaista, eikä komissio ole tätä kiistänyt. [81]

Korostamani ristiriitaisuudet eivät kuitenkaan vaikuta riittäviltä Ranskan hallituksen väitteen hyväksymiseksi: komission nimenomaisen arvioinnin mukaan, jota ei ole kiistetty, sekä Ranska että Espanja ovat näet kilpailun osalta samankaltaisia kuin yhteisön markkinat muiltakin osin, kun otetaan huomioon tuotteiden keskinäinen korvaavuus, markkinoiden avoimuus (jonka osoittavat merkittävät tuontimäärät), hintataso ja

79 — Markkinoille pääsyn esteistä on erityisesti mainittava julkiset jakelumonopolit: ks. esim. 29.4.1991 tehty komission päätös (asia IV/M063 — ELF/Ertoil)(EYVL C 124, s. 13).

80 — Ks. vastineen 53 kohta.

81 — Esitetty kantajan vastauksen 78 kohdassa.

jakelumenetelmät. Näidenkin kahden maan osalta on siis olemassa riittäviä seikkoja, joiden perusteella komission päätöstä sisällyttää markkinoihin kaikki jäsenvaltiot Saksaa lukuun ottamatta on pidettävä perusteltuna.

76. Edellä esitetyn perusteella katson, että päätöksessä tehty maantieteellisten markkinoiden määrittely on hyväksyttävä olennaisilta osin ja erityisesti siinä tehtyjen päätelmien osalta.

Komissio olisi voinut perustella ja sen olisi ehkä pitänyt perustella tarkemmin omia näkemyksiään, jotka lähemmin tarkasteltuina näyttävät sisältävän joitakin yksinkertaistuksia. Minusta ei kuitenkaan vaikuta siltä, että voitaisiin perustellusti kiistää kaikkien jäsenvaltioiden — Saksaa lukuun ottamatta — muodostamien markkinoiden kilpailuolosuhteiden tietty yhtenäisyys, eikä varsinkaan siltä, että Ranskan hallitus onnistuisi vakuuttamaan päinvastaista vastaväitteillään. Toisaalta ei voida unohtaa, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kilpailuolosuhteiden "yhtenäisyys" ei nyt käsiteltävän asian kannalta merkitse, että relevantteina pidettävien markkinoiden alueen eri osien olosuhteiden pitäisi olla täysin samanlaiset. Tärkeää on pikemminkin se, että kilpailuolosuhteet ovat riittävän yhtenäiset, jotta ne eivät ole syrjiviä, [82] eli sellaiset, että taloudelliset toimijat voivat kilpailla keskenään tasavertaisesti.

77. Nyt käsiteltävässä asiassa ei näytä siltä, että kantajana olevan hallituksen päätelmien perusteella voitaisiin katsoa, etteivät komission relevanteiksi määrittelemien markkinoiden kilpailuolosuhteet olisi edellä täsmennetyllä tavalla yhtenäiset. Näin ollen esitän, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää Ranskan hallituksen esittämän väitteen.

2) *Mahdollisuus soveltaa yrityskeskittymiä koskevaa asetusta kollektiivisten määräävien asemien valvomiseksi*

78. Päätöksessä tutkitun keskittymän hyväksymiselle asetettujen ehtojen tarkoituksena oli komission tekemän tutkimuksen perusteella nimenomaan K+S:n ja SCPA:n oligopolistisen määräävän aseman edellytysten poistaminen.

Sekä Ranskan hallitus että SCPA ja EMC, jotka joka tapauksessa kiistävät kollektiivisen määräävän aseman olemassaolon nyt käsiteltävässä asiassa, väittävät, ettei asetusta edes sovelleta tämäntyyppisiin tapauksiin.

82 — Edellä alaviitteessä 77 mainittu asia United Brands v. komissio, tuomion 44, 52 ja 53 kohta.

79. Kantajat väittävät nimittäin, ettei teoreettiselta ja yleiseltäkään kannalta ole mahdollista nojautua kollektiivisen määräävän aseman käsitteeseen sovellettaessa keskittymien valvontaa koskevia sääntöjä. Syitä on useita:

— Ensinnäkään tämä ei ole mahdollista asetuksen sanamuodon perusteella: toisin kuin perustamissopimuksen 86 artiklassa ("yhden tai useamman yrityksen"), asetuksen 2 artiklassa ei mainita nimenomaisesti tapausta, jossa yrityksillä on kollektiivinen määräävä markkina-asema.

— Toiseksi asetuksen oikeudellinen perusta — perustamissopimuksen 235 ja 87 artikla — ja lainsäätäjän tarkoitus eivät puolla keskittymiä koskevien säännösten soveltamista tilanteisiin, joissa on kyseessä oligopolistinen määräävä asema.

— Lisäksi tämän seikan vahvistavat asetuksessa kolmansille osapuolille säädetyt menettelylliset takeet; erityisesti yrityksillä, jotka muodostavat muiden yritysten kanssa kollektiivisen määräävän aseman mutta eivät osallistu keskittymään, ei ole riittäviä suojakeinoja.

80. Komissio vastaa tähän seuraavasti:

— Asetuksen sanamuodosta eikä erityisesti siitä, ettei siinä nimenomaisesti säädetä tapauksesta, jossa määräävä asema on "useilla yrityksillä", ei missään tapauksessa voida päätellä, ettei sitä voitaisi soveltaa tapauksissa, joissa on kyse kollektiivisen määräävän aseman syntymisestä tai vahvistamisesta. Tältä osin on huomattava, että asetuksen 2 artiklan 3 kohdassa määräävä markkina-asema liitetään itse yrityskeskittymään eikä siihen osallistuviin yrityksiin, joten siinä otetaan huomioon keskittymän vaikutukset tehokkaaseen kilpailuun.

— Asetuksen oikeudelliset perustat ovat osoitus siitä, että asetuksen tarkoituksena on täyttää perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan jättämä kilpailuoikeuden aukko oligopolististen määräävien markkina-asemien valvonnan osalta. Asetuksen esitöissä tai Ranskan hallituksen mainitsemissa lausunnoissa ei komission mukaan ole mitään sellaista, jonka perusteella voitaisiin katsoa, että neuvoston tarkoituksena olisi ollut poissulkea se mahdollisuus, että asetusta sovellettaisiin sellaisten tilanteiden sanktioimiseksi ja poistamiseksi, joissa usealla yrityksellä on yhdessä kollektiivinen määräävä asema.

— Keskittymän hyväksyvä päätös sitoo ainoastaan ja yksinomaan yrityksiä, jotka ovat tehneet ilmoituksen keskittymästä. Koska asetuksessa tarkoitetun menettelyn päättävästä päätöksestä ei voi aiheutua

vahinkoa kolmansille osapuolille, vaikka niillä olisikin osa kyseisestä kollektiivisesta määräävästä asemasta, komission mukaan ei voida puhua kolmansien osapuolten takeiden puuttumisesta tai riittämättömyydestä. Asetusta sovellettaessa noudatettavilla menettelysäännöksillä suojataan joka tapauksessa laajalti kolmansien osapuolten etuja.

— Mahdollisuus kieltää sellainen yrityskeskittymä, joka vahvistaa markkinoiden *oligopolistista rakennetta*, *perustuu* taloustieteelliseen teoriaan, jonka mukaan keskittymä vahingoittaa joka tapauksessa kilpailua oligopolistisilla markkinoilla tiettyjen edellytysten täyttyessä. Asetuksen soveltaminen kollektiiviseen määräävään asemaan puuttumiseksi on siis välttämätöntä tehokkaan kilpailun takaamiseksi.

— Asetuksen sanamuoto

81. Todettakoon heti aluksi, että kantajien väitettä on vaikea kiistää: asetuksessa ja erityisesti sen 2 artiklassa ei millään tavoin, edes välillisesti, viitata oligopolistisen määräävän aseman käsitteeseen. Tällä on erityistä merkitystä, kun otetaan huomioon, kuten kantajat korostavat, että perustamissopimuksen 86 artiklassa määrätään sitä vastoin nimenomaisesti siitä, että "yhden tai useamman yrityksen" määräävän aseman väärinkäyttö on yhteismarkkinoille soveltumatonta.

On ilmeistä, että kuten komissio väittää, 2 artiklan 3 kohdassa, jossa liitetään määräävä asema keskittymään eikä kyseisiin yrityksiin, viitataan keskittymän määräävään asemaan eikä myös määräävään asemaan, johon kuuluu keskittymän kannalta ulkopuolisia yrityksiä. Tässä tilanteessa olisi liian yksinkertaista *vedota tunnettuun periaatteeseen ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit.*

82. Vaikka on totta, ettei sanamuodon perusteella voida tehdä sitä päätelmää, että asetuksessa pyrittäisiin yksinomaan estämään sellaiset keskittymät, joilla luodaan yhden yrityksen määräävä asema tai vahvistetaan sitä, eikä tarkoitettaisi niitä keskittymiä, joiden perusteella usealle yritykselle syntyy määräävä asema, [83] on niin ikään totta, ettei asetuksen 2 artiklan sanamuotoa voida pitää ratkaisevana, koska kyseistä säännöstä on *luettava asetuksen kokonaisuuden ja tarkoituksen valossa.*

83 — Ks. tästä esim. Siragusa-Subiotto, "Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica delle decisioni della Commissione", *Giurisprudenza Commerciale* 1992, I, 233, erityisesti s. 271 ja 272. Tiettyjen kirjoittajien kanta on vivahteikkaampi, sillä he tyytyvät korostamaan sitä, miten vaikeaa olisi hyväksyä vastakkainen päätelmä: ks. mm. edellä alaviitteessä 48 mainittu teos Cook ja Kerse, s. 134— ; Korah, *EC Competition Law and Practice*, London, 1994, s. 242; Bellamy ja Child, *Common Market Law of Competition*, London, 1993, s. 343 ja 344.

Tarkastelen siis seuraavaksi kantajien esittämiä muita väitteitä, jotka koskevat asetuksen oikeudellisia perustoja, lainsäätäjän tahtoa (sellaisena kuin se ilmenee asetuksen esitöissä ja sanamuodossa) ja menettelyllisiä takeita, sekä komission esittämiä taloudellisia näkökohtia, jotka liittyvät läheisesti kilpailusääntöjen tarkoitukseen.

— Oikeudelliset perustat ja lainsäätäjän tahto

83. Todettakoon heti, etten hyväksy kantajien näkemystä, jonka mukaan jo oikeudellisten perustojen valinta sellaisenaan olisi osoitus siitä, ettei asetusta voitaisi soveltaa kollektiivisiin määrääviin asemiin. Perustamissopimuksen 87 ja 235 artiklaa voidaan näet lähtökohtaisesti käyttää tähän tarkoitukseen. Minusta näyttää sitä vastoin siltä, ettei voida vedota siihen, että asetus perustuisi lähinnä 235 artiklaan pikemminkin kuin 87 artiklaan, eikä neuvoston ja komission asetuksen 22 artiklaa koskevaan lausumaan, jonka mukaan 85 ja 86 artiklaa ei voida soveltaa keskittymiin. [84]

84 — Sen lisäksi, että yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan suullisilla ilmoituksilla on vain rajallinen arvo (ks. esim. asia C-292/89, Antonissen, tuomio 26.2.1991, Kok. 1991, s. I-745, 18 kohta) ja että kyseistä lausumaa ei missään tapauksessa voida tulkita siten, että sillä rajoitetaan 85 ja 86 artiklan soveltamisalaa, kyseisen lausuman perusteella ei missään tapauksessa voida tehdä sitä päätelmää, että perustamissopimuksen 87 artiklan muodostamalla oikeudellisella perustalla olisi todellisuudessa vähäinen merkitys, minkä vuoksi ei olisi mahdollista nojautua 86 artiklan kollektiivisen määräävän aseman käsitteeseen.

Lienee tarpeetonta lisätä, että on vaikea nähdä, millä muulla tavalla voitaisiin saavuttaa sama päämäärä ja puuttua ennalta sellaisiin kollektiivisiin määrääviin asemiin, jotka ovat syntyneet keskittymien myötä tai joita keskittymät vahvistavat, paitsi jos katsotaan, että itse perustamissopimuksessa suljetaan pois tällainen mahdollisuus, mikä olisi kuitenkin järjetöntä.

84. Toisin kuin komissio, olen sitä mieltä, ettei tästä seikasta voida kuitenkaan päätellä, että asetuksessa, sellaisena kuin sen sanamuoto tällä hetkellä kuuluu, annettaisiin toimivalta puuttua kollektiivisiin määrääviin asemiin. Tältä osin totean ainoastaan, ettei se, että valittu oikeudellinen perusta on varmasti sellainen, että siinä voidaan antaa tietyt valtuudet, sellaisenaan merkitse sitä, että kyseiset valtuudet olisi tosiasiallisesti annettu. On näet selvää, että kyseiseen oikeudelliseen perustaan nojautuen on annettu tiettyjä valtuuksia, kun taas tiettyjä valtuuksia ei.

Loppujen lopuksi merkittävää on se, vahvistetaanko asetuksessa nimenomaisesti tai edes implisiittisesti, että komissiolle on annettu toimivalta puuttua kollektiivisiin määrääviin asemiin. Näyttää kuitenkin siltä, että sanamuoto kokonaisuutena tukee pikemminkin 2 artiklan suppeaa tulkintaa.

85. Kuten kantajina olevat yhtiöt ovat väittäneet, tätä näkemystä tukee esimerkiksi asetuksen 15. perustelukappaleen sanamuoto,

jonka perusteella "keskittymää, joka ei siihen osallistuvien yritysten rajoitetun markkinaosuuden vuoksi ole omiaan estämään tehokasta kilpailua, voidaan pitää yhteismarkkinoille soveltuvana", ja "tähän viittaa erityisesti se, että keskittymään osallistuvien yritysten markkinaosuus on enintään 25 prosenttia". Kantajina olevien yritysten mielestä kyseisen prosenttimäärän valinta olisi epäasianmukainen, jos asetusta sovellettaisiin myös kollektiivisiin määräämiin asemiin. [85]

Asetuksen säännöksissä ei kuitenkaan todeta johdanto-osassa esitetyllä tavalla, että määräävän aseman olisi oletettava olevan yhteismarkkinoille *soveltumaton, jos yhteenlaskettu* markkinaosuus ylittää 25 prosenttia. [86] Markkinaosuudet ovat asetusta soveltavissa päätöksissä niin ikään ainoastaan lähtökohta arvioitaessa keskittymän vaikutuksia, koska useita muita tekijöitä on otettava huomioon. [87] Jos 15. perustelukappaleelle halutaan kuitenkin antaa jonkinlainen merkitys, sitä voitaisiin pitää osoituksena lainsäätäjän tahdosta olla sisällyttämättä asetuksen soveltamisalaan tilanteita, joissa on kyse kollektiivisesta määräävästä asemasta, koska 25 prosentin markkinaosuus on varmasti liian alhainen, jotta kyse voisi olla oligopolista. [88]

86. Tähän on lisättävä, että säädöksen esityöt näyttäisivät vahvistavan, että lainsäätäjän tahto olisi pikemminkin se, että asetusta *ei* sovelleta kollektiivisiin määräämiin asemiin. Vaikka näet tiedetään hyvin komission tahto, jonka se ilmaisi päätöksentekomenettelyn aikana ja jonka se on useita kertoja tuonut esiin, soveltaa kyseistä säädöstä oligopoleihin, [89] komissio on myös korostanut, että 2 artiklan 3 kohdan tämänhetkinen sanamuoto johtuu vaikeasta kompromissista, joka saavutettiin juuri kollektiivisten määräävien asemien osalta. [90]

On lisäksi korostettava, että kun verrataan komission esittämää viimeistä muutettua ehdotusta [91] ja asetuksen lopullista sanamuo-

85 — *Ks. vastaavasti myös edellä alaviitteessä 48 mainittu teos* Cook ja Kerse, s. 134.

86 — Komissio on todennut näin esim. 18.12.1991 tekemässään päätöksessä (asia IV/M.165 — Alcatel/AEG Kabel) (EYVL 1992, C 6, s. 23), 22 kohta.

87 — Ks. esim. 21.12.1993 tehty komission päätös 94/359/EY (asia IV/M.358 — Pilkington-Techint/SIV)(EYVL L 158, s. 24), jossa keskittymä todettiin yhteismarkkinoille soveltuvaksi. Muistutan lisäksi, että myöskään 86 artiklaa koskevassa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä markkinaosuus ei ole välttämättä ratkaiseva tekijä, vaikka se onkin tärkeä osoitus määräävästä asemasta, jos se on vähintään 80 prosenttia, vaan sitä on arvioitava muiden tekijöiden ohella: ks. vastaavasti mm. asia 247/86, Alsatel, tuomio 5.10.1988 (Kok. 1988, s. 5987, 19 kohta).

88 — Tältä osin esim. kilpailunrajoituksia koskevassa Saksan laissa, joka perustuu juuri rakenteelliseen näkemykseen ja jota koskevassa järjestelmässä nojaudutaan yritysten markkinaosuuksiin liittyviin oletuksiin, säädetään vähintään 50 prosentin kynnyksestä. Kyseisen lain 23 luvun 2 §:n 2 momentissa säädetään tarkemmin sanoen seuraavaa: "Keskittymien valvonnan kannalta yritysten yhteenliittymän katsotaan olevan määräävässä asemassa myös silloin, kun
1. siihen kuuluu enintään kolme yritystä, joilla on suurin markkinaosuus ja joilla yhdessä on 50 prosentin markkinaosuus, tai
2. siihen kuuluu enintään viisi yritystä, joilla on suurin markkinaosuus ja joilla yhdessä on kaksi kolmannesta markkinoista, elleivät ne näytä toteen, että kilpailuolosuhteet ovat sellaiset, että niiden välillä voi keskittymän toteuttamisen jälkeenkin olla merkittävää kilpailua, tai jos kyseisellä yhteenliittymällä ei ole määräävää asemaa keskittymän ulkopuolella oleviin kilpailijoihin nähden — —."

89 — Tältä osin riittää viittaus *XVI kilpailua koskevaan kertomukseen*, 1986, erityisesti 333 kohta.

90 — Ks. vastaajan vastauksen s. 36.

91 — KOM(88) 734/REV lopull.

toa, voidaan todeta, että maininta tehokkaan kilpailun ylläpitämisen ja kehittymisen esteistä sellaisena kuin se sisältyy ensin mainittuun, on sittemmin korvattu "määräävän aseman" käsitteellä, joka kiistatta muistuttaa 86 artiklan sanamuotoa. Tässä tilanteessa on katsottava, että lopullinen sanamuoto perustuu tietoiseen valintaan, joka johtuu vaikeudesta päästä tältä osin sopimukseen, kuten komissiokin on myöntänyt.

87. Voidaan tietysti pahoitella sitä, että neuvosto on tehnyt ratkaisunsa tiettyjen jäsentensä tahdon mukaisesti ja tiettyjen tahdon vastaisesti, mutta tilannetta ei pysty muuttamaan muu kuin lainsäätäjä itse. Komission väite, jonka mukaan tämä tilanne merkitsee sitä, että kysymys on jätetty avoimeksi, koska ei ole olemassa säännöstä, jossa nimenomaisesti suljettaisiin pois asetuksen soveltaminen kollektiivisiin määräämiin asemiin, ei ole vakuuttava. Komissio ei mielestäni ainakaan voi katsoa, että sille olisi, kuten se väittää, annettu valtuudet ratkaista ongelmia, jotka jäsenvaltiot ovat tarkoituksella jättäneet avoimiksi.

Jos tästä ajateltaisiin toisin, se merkitsisi selvemmin ilmaistuna sitä, että tuettaisiin sellaista toissijaisuusperustetta, jonka nojalla komissio voisi aina sopivaksi tai välttämättömäksi katsoessaan täydentää muiden toimielinten tehtävää ja erityisesti lainsäätäjän tehtävää. Pelisääntöjä noudatettaisiin tältä osin varmasti paremmin, jos komissio tekisi aloitteen asetuksen muuttamiseksi edellä todetun suuntaisesti. Kun tällaista aloitetta ei ole tehty, ei voida ajatella, että komissio ja yhteisöjen tuomioistuin voisivat soveltaessaan ja/tai tulkitessaan tiettyä oikeussääntöä täyttää siinä olevia aukkoja, jotka johtuvat lainsäätäjän harkitusta valinnasta. [92]

88. Lopuksi on todettava, että myös asetuksen esityöt näyttävät vahvistavan sen, että lainsäätäjän tahto, sellaisena kuin se käy ilmi asetuksen sanamuodosta, on se, ettei asetusta sovelleta kollektiivisiin määräämiin asemiin. Tämä päätelmä ei kuitenkaan ole ratkaiseva nyt käsiteltävän asian kannalta. Asetuksen esitöistä voidaan näet enintään saada joitain viitteitä, jotka eivät kuitenkaan ole ratkaisevia, sillä jotta voitaisiin määritellä säännöksen oikea tulkinta, on tutkittava kyseisen säännöksen sanamuotoa ja tarkoitusta.

— Menettelylliset takeet

89. Tutkin siis seuraavaksi seikkaa, jolla on tässä yhteydessä kiistatta perustavanlaatuista merkitystä. Sekä Ranskan hallitus että kantajina olevat yritykset näet väittävät, kuten

92 — Jo Trabucchi viittasi edellä alaviitteessä 31 mainitussa artikkelissaan, s. 503, kilpailuasioita koskevaan oikeuskäytäntöön ja totesi, että "usein toistuvat viittaukset taloudellisiin tietoihin ja niille annettu merkitys tuomioistuimen ratkaisujen kannalta eivät ole millään tavoin ristiriidassa *yhteisöjen tuomioistuimen olennaisen tehtävän kanssa, joka on perustamissopimuksen ja siitä johdetun oikeuden noudattaminen ja noudattamisen valvominen* — —Jos oikeussääntö on olemassa, sitä on noudatettava täysimääräisesti — — ".

olen jo todennut, että se, ettei asetusta ole haluttu sovellettavan ja ettei sitä ole mahdollista soveltaa kollektiivisiin määrääviin asemiin, käy ratkaisevalla tavalla ilmi siitä, ettei asetuksen säännöksissä ole menettelyllisiä takeita, joilla suojattaisiin niiden yritysten oikeuksia, jotka muodostavat osan kollektiivisesta määräävästä asemasta, vaikka ne eivät osallistu keskittymään.

Olen jo kantajina olevien yritysten kanteen tutkittavaksi ottamista koskevaa kysymystä tarkastellessani korostanut, että komission väite, jonka mukaan asetuksen mukaisen menettelyn lopussa tehtävä päätös sitoisi vain keskittymän osapuolia, joten siitä ei missään tapauksessa voisi aiheutua vahinkoa kolmansille osapuolille, on perusteeton. Juuri nyt käsiteltävä tapaus osoittaa erittäin merkittävällä tavalla päinvastaista, joten muiden esimerkkien esittäminen ei ole tarpeen. [93]

90. Näin ollen on selvitettävä, voidaanko asetuksessa kolmansien osapuolten suojaamiseksi säädettyjä menettelyllisiä takeita pitää riittävinä siinäkin tapauksessa, että "kolmannet osapuolet" muodostavat osan siitä oligopolista, jota komission päätös koskee.

Totean heti aluksi, ettei kolmansien osapuolten osallistuminen asetuksessa säädettyyn menettelyyn näytä tällaisen tapauksen osalta voivan varmistaa niiden puolustautumisoikeuksien riittävää suojaa. Ensinnäkään yritykset, joiden oletetaan muodostavan osan oligopolista mutta jotka eivät osallistu keskittymään, eivät saa mitään erityisiä tietoja. Toiseksi 18 artiklan 4 kohdan mukaan kolmansia osapuolia kuullaan ainoastaan siinä tapauksessa, että komissio tai jäsenvaltioiden toimivaltaiset viranomaiset pitävät tarpeellisena kuulla myös muita luonnollisia henkilöitä tai oikeushenkilöitä (joihin on ilman muuta luettava myös yritykset, jotka eivät osallistu keskittymään), tai kyseisten henkilöiden pyynnöstä, jos he osoittavat, että heillä on asiassa riittävä etu. Kuten asetuksessa N:o 2367/90 [94] (jota ratione temporis sovelletaan nyt käsiteltävään asiaan) vahvistetaan, kyseessä on siis vapaaehtoinen ja

93 — On näet täysin selvää, että vahinko, joka kantajina oleville yhtiöille on aiheutunut päätöksestä, on välitöntä seurausta toimenpiteestä, johon keskittymään osallistuvat yritykset ovat ryhtyneet komission vaatimuksesta. Myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentti, joka käsitteli asiaa välitoimien osalta, on todennut tämän. Edellä alaviitteessä 30 mainitussa asiassa Société commerciale des potasses et de l'azote ja Entreprise minière et chimique 15.6.1994 antamassaan määräyksessä, jossa lykättiin riidanalaisen päätöksen 1 artiklan täytäntöönpanoa siltä osin kuin siinä määrätään vetäytymisestä Kali-Export-yhtiöstä, presidentti toteaa, ettei voida sulkea pois sitä, että kyseinen ehto "loukkaa kolmansien osapuolten oikeuksia eli tässä tapauksessa Kali-Exportin niiden kahden muun osakkaan oikeuksia, jotka eivät osallistuneet komission menettelyyn" (28 kohta).

94 — Mainittu edellä alaviitteessä 13. Kyseisessä asetuksessa näet säädetään, kuten neuvoston asetuksen N:o 17 19 artiklan 1 ja 2 kohdassa tarkoitetuista kuulemisista 25 päivänä heinäkuuta 1963 annetussa komission asetuksessa 99/63/ETY (EYVL 1963, 127, s. 2268), ainoastaan keskittymään osallistuvien yritysten kuulemisista (13 ja 14 artikla), kun taas kolmansia osapuolia — joina komissio pitää nyt käsiteltävässä asiassa kantajina olevia yrityksiä — koskee järjestelmä, jossa niitä kuullaan niiden pyynnöstä ilman menettelyllisiä takeita (15 artikla). Ranskan hallitus on tältä osin korostanut, että kyseiset kuulemiset ovat käytännössä pelkkiä yhteydenpitoja komission virkamiesten kanssa, joten ne eivät missään tapauksessa voi täyttää sellaisten oikeussubjektien tiedonsaantia ja suojelua koskevia vaatimuksia, joita menettely erittäin voimakkaasti koskee, kuten keskittymän seurauksena syntyvään oligopoliin "osallistujia". On täsmennettävä, että asetus N:o 2367/90 on korvattu asetuksella N:o 3384/94 (mainittu alaviitteessä 13), jonka säännökset ovat tietyiltä osin suojaavampia. Nyt käsiteltävän asian kannalta merkityksellinen sisältö on kuitenkin pysynyt pääosin ennallaan. Vaikka näet kolmannet osapuolet, jotka ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia, voivat uuden asetuksen 16 artiklan mukaan osallistua viralliseen kuulemiseen, kyseinen mahdollisuus kuuluu kuitenkin komission harkintavaltaan.

-muotoinen menettely, koska siihen eivät osallistu jäsenvaltioiden viranomaisten edustajat eivätkä sitä koske viralliset muotovaatimukset eivätkä asianosaisten kuulemista koskevat takeet. Se on siis menettely, jolla suojataan todellisten "kolmansien osapuolten" (sanan täydessä merkityksessä) oikeuksia, mutta ei sellaisten henkilöiden oikeuksia, joilla "on osa" määräävästä asemasta.

91. Ranskan hallituksen tekemä selvitys, jossa verrattiin asetuksen 18 artiklan 4 kohtaa koskevia asetuksessa N:o 2367/90 säädettyjä menettelymääräyksiä 85 ja 86 artiklaan perustuvia aloitettuja menettelyjä koskevaan mekanismiin, ainoastaan vahvistaa sen, että niiden yritysten puolustautumisoikeuksia koskevat takeet ovat riittämättömiä, jotka muodostavat osan oligopolista mutta jotka eivät osallistu keskittymään. [95]

Kyseinen selvitys osoittaa näet selvästi, että toisin kuin yritykset, joilla on 86 artiklassa tarkoitettu kollektiivinen määräävä asema, yrityksiä, jotka muodostavat osan oligopolista, jonka väitetään syntyneen keskittymän perusteella tai jota keskittymän katsotaan vahvistavan, mutta jotka eivät osallistu keskittymään, pidetään "kolmansina osapuolina", mistä aiheutuu väistämättä kielteisiä seurauksia puolustautumisoikeuksille.

92. Puolustautumisoikeuksien kunnioittaminen hallinnollisissa menettelyissä on kuitenkin yhteisön oikeusjärjestyksen perustavanlaatuinen arvo. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on näet useaan kertaan todennut, puolustautumisoikeuden turvaaminen kaikissa henkilöä vastaan aloitetuissa menettelyissä, joissa voidaan tehdä hänelle epäedullinen päätös, on yhteisön oikeuden perusperiaate, joka on taattava, vaikkei erityissääntöjä olisikaan olemassa. [96]

Tältä kannalta ei voida pitää täysin perusteettomana sitä komission väitettä, jonka mukaan sillä, että asetuksessa ei ole mahdollisesti erikseen säädetty menettelyllisistä takeista, ei olisi merkitystä pohdittaessa asetuksen sovellettavuutta kollektiivisiin määrääviin asemiin, koska puolustautumisoikeuksien kunnioittaminen on perustavanlaatuinen oikeus. Kolmansien osapuolten samoin kuin asianosaisten oikeus

95 — Kuten Ranskan hallitus huomauttaa (kanteen s. 20—23), 86 artiklaa koskeva menettely on näet asetusten N:o 17 (mainittu alaviitteessä 51) ja N:o 99/63/ETY (mainittu edellisessä alaviitteessä) mukaan aina kontradiktorinen niiden yritysten osalta, joiden katsotaan olevan määräävässä asemassa, ja niille ilmoitetaan heti niitä koskevan menettelyn aloittamisesta ja annetaan mahdollisuus puolustautua.

96 — Edellä alaviitteessä 56 mainittu asia Belgia v. komissio, tuomion 27 kohta. Tämä merkitsee, kuten yhteisöjen tuomioistuin on korostanut, että "henkilölle, jonka osalta komissio on aloittanut hallinnollisen menettelyn, on kyseisen menettelyn aikana varattu tilaisuus tehokkaasti esittää huomautuksensa väitettyjen tosiasioiden ja olosuhteiden todenmukaisuudesta ja merkityksellisyydestä sekä niistä asiakirjoista, joita komissio on käyttänyt yhteisön oikeuden rikkomista koskevia väitteitään perustellessaan". Ks. vastaavasti jo asia 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979 (Kok. 1979, s. 461, 9 ja 11 kohta).

saada tarvittavaa suojaa näet säilyisi joka tapauksessa ennallaan.

Myönnän, että yhteisöjen tuomioistuin voisi ratkaista käsiteltävän ongelman toteamalla, että keskittymään osallistuvia yrityksiä koskevien takeiden ulottaminen oletetun oligopolin muodostaviin yrityksiin olisi riittävä toimenpide. Tällaisen säännöksen puuttuminen asetuksesta kuitenkin vain vahvistaa sen, kuten kantajat ovat väittäneet, ettei asetusta pidä soveltaa kollektiivisiin määrääviin asemiin tai että tämä ei ainakaan ole ollut lainsäätäjän tarkoitus. Lopuksi on vielä todettava, että nyt käsiteltävässä asiassa puolustautumisoikeuksien noudattamista, johon kantajina olevilla yrityksillä olisi (komission mukaan) joka tapauksessa ollut oikeus, ei varmastikaan ole taattu. [97]

— Taloudelliset näkökohdat ja asetuksen tavoitteet

93. Vaikka kyseinen näkemys on houkutteleva, en voi hyväksyä sitä. Siitä huolimatta, että puolustautumisoikeuksia on aina noudatettava missä tahansa tilanteessa riippumatta siitä, onko olemassa niitä koskevia yksittäisiä ja nimenomaisia säännöksiä kutakin mahdollista tilannetta varten, olisi kuitenkin ristiriitaista sallia komission vetoavan tällaiseen perusteeseen, kun se ei ole säätänyt tarpeellisista takeista niiden osalta, joille saattaa aiheutua vahinkoa kyseisen asetuksen soveltamisesta, vaikka se on antanut tätä koskevia säädöksiä, joista yksi esimerkki on epäilemättä asetus N:o 2367/90.

94. Lopuksi on vielä otettava huomioon komission esittämät taloudelliset perustelut, jotka liittyvät läheisesti tehokkaan kilpailun varmistamista koskevaan tavoitteeseen.

Komission väite koskee lähinnä sitä, että on välttämätöntä valvoa oligopolistisia tilanteita, [98] koska niistä voi aiheutua kilpailulle vähintään yhtä vakavaa vahinkoa kuin yhden yrityksen määräävästä asemasta. Asetuksen sovellettavuus kollektiivisiin määrääviin ase-

97 — On muistettava, että kantajina olevien yhtiöiden edustajat tapasivat komission edustajat useiden pyyntöjensä jälkeen vasta 1.12. eli kaksi päivää ennen neuvoa-antavaa kokousta ja siis vasta sen jälkeen, kun komission ratkaisut oli jo tehty. Vaikka toimielimen virkamiehet olisivatkin tavanneet SCPA:n edustajat jo 3.11.1993, kuten komissio väittää — mutta kantajat kiistävät — tilanne ei muuttuisi, koska koko menettely ei ole ollut kolmansien osapuolten kannalta täysin "avoin". Tämä pitää erityisesti paikkansa, kun otetaan huomioon, että komissio myöntää keskustelleensa ranskalaisyhtiön edustajien kanssa K+S:n antamista sitoumuksista vasta 1.12.

98 — Tämän vaatimuksen vahvistaa komission mielestä se, että kaikissa tärkeimmissä kilpailuoikeuden järjestelmissä sovelletaan keskittymien valvontaa koskevia sääntöjä myös oligopoliseen määräävään asemaan: ks. vertaileva tutkimus Briones, "Oligopolistic dominance: is there a common approach in different juridictions? A Review of the decisions adopted by the Commission under the Merger Regulation", *ECLR*, 6, 1995, s. 334—.

miin perustuu pohjimmiltaan komission mukaan välttämättömyyteen valvoa oligopoleja kilpailun suojelemiseksi. [99]

95. Totean tästä heti aluksi, että komission huoli on perusteltu erityisesti, kun sitä tarkastellaan oligopolististen tilanteiden taloudellisten ja oikeudellisten seurausten valossa. Oligopolitilanteesta eli muutamien yritysten markkinoista [100] saattaa näet aiheutua negatiivisia vaikutuksia, jotka muistuttavat suuresti niitä vaikutuksia, joita monopolista yleensä katsotaan aiheutuvan. [101] Tämän lisäksi on yhtäältä kiistatonta, että keskittymän ja markkinavoiman välillä on tietty korrelaatio, kun markkinavoima tarkoittaa juuri kykyä nostaa hintoja siten, että tuotantoa rajoitetaan ja että yritys saa lisää voittoa, ja toisaalta, että keskittymät voivat edistää yhteistyötä kilpailijoiden välillä tai samansuuntaista markkinakäyttäytymistä, vaikka kyse ei olisikaan varsinaisesta yhdenmukaistetusta menettelytavasta.

Komissio on lisäksi korostanut, ettei ongelmaa voida ratkaista myöskään perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan kautta, koska niiden nojalla ei aina eikä kaikissa tapauksissa voida puuttua tehokkaasti oligopoleihin. Oligopolia ei näet voida aina sisällyttää yritysten välisiä yhteisjärjestelyjä koskevan kiellon piiriin, koska, kuten yhteisöjen tuomioistuin täsmensi niin sanotussa selluloosatuomiossa, samansuuntaista markkinakäyttäytymistä, jossa oligopolin perusajatus toteutuu, "voidaan pitää osoituksena yhdenmukaistetusta menettelytavasta ainoastaan siinä tapauksessa, että se on ainoa järkevä selitys. On näet otettava huomioon, että vaikka perustamissopimuksen 85 artiklassa kielletään kaikki sellaiset yhteistyön muodot, jotka saattavat vääristää kilpailua, siinä ei kuitenkaan poissuljeta taloudellisten toimijoiden oikeutta sopeutua järkevällä tavalla kilpailijoidensa todettuun tai odotettavissa olevaan käyttäytymiseen." [102] Toisaalta 86 artiklan soveltamista rajoittaa se, että kyseinen määräys voi koskea ainoastaan tilanteita, joissa määräävä asema on jo olemassa.

96. Esittämäni puutteet eivät kuitenkaan minusta riitä perusteeksi asetuksen soveltamiselle oligopolistiseen määräävään asemaan; niin sanottuun selluloosatuomioon ei myöskään näytä sisältyvän seikkoja, jotka tukisi-

99 — Juuri tästä syystä tietyt oikeusoppineet eivät ole sulkeneet pois sitä, että asetusta voitaisiin soveltaa myös oligopolistisiin määräämiin asemiin, koska useat yritykset, jotka yhdessä kykenevät toimimaan itsenäisesti kilpailijoihinsa ja asiakkaisiinsa nähden, rajoittavat merkittävästi tehokasta kilpailua. Ks. esim. Jones, Gonzales-Diaz, *The EEC Merger Regulation*, London, 1992, s. 168—; sekä Venit, "The Evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast", International Mergers and Joint Ventures, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1991, s. 519, erityisesti s. 540—.

100 — Oligopolia koskeva taloustieteellinen teoria on antanut Cournot'n pioneeritutkimuksen (*Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Pariisi, 1848) ohella aiheen useille merkittäville tutkimuksille: ks. Pigassou, *Les oligopoles et le droit*, Paris, 1983, Cap. III, s. 151—260.

101 — Areeda ja Turner, *Antitrust Law*, vol. III, Boston/Toronto, 1978, s. 359: "oligopoly with monopoly — like results". Tämä väite saa tukea taloustieteen teoriasta, jossa asetetaan samoissa tilanteissa samat edellytykset markkinavoiman käytölle, minkä perusteella kilpailusääntöjä voidaan soveltaa monopolitilanteisiin, ja jossa jopa katsotaan, että oligopoli voi olla kilpailun kannalta vaarallisempi kuin yhden yrityksen määräävä asema, koska viimeksi mainitut yleensä vähenevät ajan myötä pienempien yritysten kilpailun vaikutuksesta, kun vahva oligopoli voi tietyissä tilanteissa kestää pitkän aikaa. Ks. tästä Scherer ja Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990.

102 — Edellä alaviitteessä 52 mainittu ns. selluloosatuomio, 71 kohta.

vat komission kantaa; vaikka on olemassa samansuuntaista käyttäytymistä, josta ei voida määrätä seuraamuksia 85 artiklan perusteella, [103] se ei sellaisenaan merkitse sitä, että tällaisesta käyttäytymisestä olisi kuitenkin määrättävä seuraamuksia, eikä se ainakaan voi olla perusteena komission ehdottamalle asetuksen laajalle tulkinnalle.

Edellä esitetyt päätelmät osoittavat lisäksi erittäin merkittävällä tavalla komission näkemyksen epäjohdonmukaisuuden nyt käsiteltävässä asiassa: kuten olen todennut, se vetoaa siihen, että 85 ja 86 artikla eivät ole asianmukaisia normatiivisia keinoja oligopoleihin puuttumiseksi, minkä vuoksi olisi sen mielestä perusteltua tulkita laajasti asetuksen 2 artiklan 3 kohtaa. Kun asiaa tutkitaan tarkemmin, komissio on oletettua K+S/SCPA/EMC-duopolia koskevana toimenpiteenä antanut K+S:lle "määräyksen" katkaista sopimussuhteet kahden muun kanssa. Miksi tässä tilanteessa, jossa on selviä merkkejä "yritysten välisestä yhteisjärjestelystä", ei sovellettaisi 85 artiklaa? [104]

97. Totean lopuksi, ettei asetusta sovellettaessa noudatettu käytäntökään, johon on viitattu useita kertoja menettelyn aikana, tue muita ratkaisuja. Asiassa Nestlé/Perrier tehdyssä päätöksessä, jossa komissio ei salannut aikomustaan luoda kollektiivisen määräävän aseman itsenäinen käsite, asetuksen sovellettavuus *oligopoleihin perustui* lähinnä perustamissopimuksen 3 artiklan g alakohtaan. [105]

Kyseinen määräys mainitaan kuitenkin yleisesti asetuksen ensimmäisessä perustelukappaleessa, ja sen on tarkoitettava kaikkia kilpailua vääristäviä tilanteita, johtuivatpa ne yhdestä tai useammasta yrityksestä, koska sen tavoitteena on tehokkaan kilpailun suojeleminen. Kyseisessä määräyksessä määrätään kuitenkin myös, että sitä sovelletaan ainoastaan "tässä sopimuksessa määrätyin edellytyksin ja siinä määrätyssä aikataulussa".

98. Tähän mennessä tutkimieni seikkojen kokonaisuus herättää useita epäilyjä siitä,

103 — Ks. näistä kysymyksistä ja niiden seurauksista päätelmät, joita julkisasiamies Darmon on syventänyt ns. selluloosatuomion yhteydessä (Kok. 1993, s. I-1445). Ks. myös äskettäinen tyhjentävä tutkimus asiaa koskevasta oikeuskäytännöstä: Soames, "An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference", *ECLR* 1996, s. 24.

104 — Tähän kysymykseen annettava vastaus saattaa liittyä nopeaa käsittelyä koskevaan vaatimukseen. Tätä vaihtoehtoa tukisi esimerkiksi se, että yksi alun perin annetuista sitoumuksista, eli Potacan-yhtiötä koskeva sitoumus, joka muutettiin myöhemmin edellä (tutkittavaksi ottamisen yhteydessä) käsitellyksi epäviralliseksi ratkaisuksi, oli todellisuudessa asetuksen N:o 17 nojalla aloitetun menettelyn kohteena.

105 — Edellä alaviitteessä 66 mainittu päätös 92/553/ETY. Kyseisessä päätöksessä todetaan lisäksi, että jos asetusta ei sovellettaisi oligopolitilanteisiin, kansalliset viranomaiset, jotka olisivat ennen asetuksen antamista voineet määrätä tällaisissa tilanteissa seuraamuksia kansallisten säännösten nojalla, olisivat tilanteessa, jossa ne olisivat luopuneet tältä osin täydellisesti valvontatehtävästään "ilman että yhteisön tasolla harjoitettava valvonta olisi korvannut sen" (115 kohta).

onko mahdollista käyttää kollektiivisen määräävän aseman käsitettä sovellettaessa yrityskeskittymiä koskevan asetuksen säännöksiä. Katson, ettei asetuksen säännöksiä voida soveltaa oligopolistisiin määräävin asemiin ja että tämä tulkinta vastaa parhaiten paitsi säännösten sanamuotoa, myös niiden logiikkaa ja yleisemmin järjestelmän kokonaisrakennetta. Vaikka päinvastainen ratkaisu voitaisiin perustella joillakin taloudellisilla seikoilla, sillä olisi useita kielteisiä seurauksia; siitä seuraisi epävarmuustekijöitä erityisesti sen vuoksi, ettei ole olemassa normatiivista ja/tai lainsäädännöllistä perustaa, joka vastaisi muiden kilpailuoikeutta koskevien järjestelmien olemassa olevia perustoja. Tämä olisi myös ristiriidassa sen useaan kertaan todetun edellytyksen kanssa, jonka mukaan yhteisön lainsäädännön on oltava yksiselitteinen ja sen alaisuuteen kuuluvien oikeussubjektien on pystyttävä ennakoimaan sen soveltaminen. [106]

Kuten olen edellä todennut, komission huolta kielteisistä seurauksista, jotka saattaisivat aiheutua kilpailunvastaisten menettelytapojen estämiselle siitä, ettei asetusta sovelleta oligopoleihin, ei voida eikä saa unohtaa. Olisi mielestäni kuitenkin asianmukaisempaa asettaa nämä huolenaiheet niiden luonnolliseen yhteyteen ja tehdä ehdotus asetuksen muuttamiseksi sillä tavoin, että asiaa koskevia säännöksiä täydennettäisiin.

106 — Asia 70/83, Kloppenburg, tuomio 22.2.1984 (Kok. 1984, s. 1075, 11 kohta).

3) *Kollektiivisen määräävän aseman käsitteen virheellinen soveltaminen nyt käsiteltävässä asiassa*

99. Sekä Ranskan hallitus että kantajina olevat yhtiöt vetoavat kyseisessä perusteessa useisiin oikeudellisiin ja tosiseikkoja koskeviin virheisiin, jotka on tehty arvioitaessa keskittymän vaikutuksia Saksan ulkopuolisiin yhteisön markkinoihin.

Ranskan hallitus arvostelee yleisesti komissiota siitä, ettei se ole kollektiivisen määräävän aseman olemassaoloa koskevassa arvioinnissaan noudattanut perustamissopimuksen 86 artiklaa koskevassa oikeuskäytännössä kehitettyjä arviointiperusteita eikä aikaisemmissa päätöksissään vahvistamiaan arviointiperusteita, jotka ovat lisäksi joustavampia kuin yhteisöjen tuomioistuinten käyttämät perusteet. Ranskan hallitus esittää arvostelunsa tueksi tiettyjä täsmällisiä väitteitä, jotka kohdistuvat kaikkiin päätöksessä huomioon otettuihin seikkoihin, ja korostaa samaan aikaan niiden arviointiperusteiden tärkeyttä, joiden huomioon ottamisen komissio on laiminlyönyt. Sen mukaan nämä väitteet osoittavat ne virheet, jotka rasittavat päätöstä ja jotka koskevat kollektiivisen määräävän aseman olemassaoloa ja joka tapauksessa sen riittämättömiä perusteluja.

Kantajina olevat yhtiöt, jotka myös riitauttavat tietyt päätöksessä huomioon otetut tekijät samankaltaisin perusteluin kuin Ranskan hallitus, arvostelevat erityisesti sitä, ettei komissio ole esittänyt näyttöä siitä, että keskittymän ja väitetyn kollektiivisen määräävän aseman syntymisen välillä olisi syy-yhteys.

100. Komissio väittää, etteivät sen riidanalaisessa päätöksessään käyttämät arviointiperusteet ole ristiriidassa aikaisemmissa päätöksissä käytettyjen perusteiden kanssa. Komissio toteaa tässä tapauksessa käyttäneensä pääasiallisesti kolmea arviointiperustetta, joiden perusteella se on katsonut, että kyseessä on kollektiivinen määräävä asema; nämä perusteet ovat markkinoiden keskittymisaste keskittymän toteuttamisen jälkeen, markkinoiden tunnuspiirteisiin ja tuotteen ominaisuuksiin liittyvät rakenteelliset seikat sekä asianomaisten yritysten väliset rakenteelliset siteet.

Komissio väittää lisäksi, että nyt käsiteltävä asia eroaa tiettyjen sille ominaisten piirteiden vuoksi muista tapauksista, joissa komissio on ryhtynyt toimenpiteisiin. Ensinnäkin jo ennen keskittymää kahden tärkeimmän kaliumtuotteita toimittavan yrityksen väliltä puuttui tehokas kilpailu sen vuoksi, ettei K+S toiminut Ranskan markkinoilla, ja K+S:n ja SCPA:n välisten suhteiden vuoksi. Toiseksi K+S ja SCPA olivat määräävässä asemassa muihin kaliumin toimittajiin nähden MdK:n kanssa toteutetusta keskittymästä aiheutuvan kilpailupotentiaalin vahvistumisen vuoksi.

Komissio toteaa päätöksentekokäytännössään vahvistetuista arviointiperusteista yhtäältä, että kaikki päätökset, joihin Ranskan hallitus vetoaa, on asiassa Nestlé/Perrier tehtyä päätöstä [107] lukuun ottamatta tehty riidanalaisen päätöksen tekemisen jälkeen, ja toisaalta, että kunkin yksittäistapauksen ominaispiirteiden perusteella määräytyy, mille perusteille annetaan enemmän painoarvoa tai jopa ratkaiseva merkitys muihin perusteisiin verrattuna. Mainituille perusteille annetaan siis ratkaiseva merkitys nyt käsiteltävään asiaan liittyvien erityispiirteiden vuoksi.

101. Komissio väittää Ranskan hallituksen väitteisiin vastatessaan yleisemmin, etteivät 86 artiklan soveltamisen yhteydessä kehitetyt arviointiperusteet ole ratkaisevia keskittymien valvonnan kannalta, vaikka niihin olisikin vedottu päätöksessä. Tässä yhteydessä kollektiivisen määräävän aseman olemassaolo näet — toisin kuin 86 artiklaa sovellettaessa, jolloin se määritellään lähinnä markkinaosuuksien perusteella — voidaan todeta ainoastaan tulevaisuuteen perustuvalla arvioinnilla. Markkinaosuudet ovat siis vain lähtökohta; muilta osin on olennaista selvittää, voivatko nykyiset ja potentiaaliset kilpailijat toimia vastapainona uuden yrityksen mahdolliselle määräävälle asemalle. Juuri tällaisen arvioinnin päätteeksi useat keskittymät on hyväksytty asetuksen perusteella, vaikka niillä on ollut huomattavia markkinaosuuksia, jotka lähes varmasti johtaisivat niiden toteamiseen 86 artiklan vastaisiksi.

102. Totean heti aluksi, että kollektiivisen määräävän aseman käsitettä on kehitetty perustamissopimuksen 86 artiklan yhteydessä, jossa sillä tarkoitetaan sananmukaisesti valta-asemaa, joka voi johtaa aseman väärin-

107 — Edellä alaviitteessä 66 mainittu päätös 92/553/ETY.

käyttöön ja joka voi olla yhtä hyvin yhdellä ainoalla kuin useammilla yrityksillä, [108] ja sen merkitys on täsmentynyt vuosien varrella. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin täsmensi erityisesti niin sanotussa lasilevytuomiossaan, että useilla yrityksillä on yhdessä kollektiivinen määräävä asema, jos niitä yhdistävät markkinoilla erityisen vahvat taloudelliset siteet, vaikka ne ovatkin itsenäisiä, jolloin niillä on esimerkiksi yhdessä teknologinen etu, jonka ansiosta ne voivat "toimia merkittävän riippumattomasti kilpailijoihinsa, asiakkaisiinsa ja kuluttajiin nähden". [109] Yhteisöjen tuomioistuin on pääosin vahvistanut kyseisen käsitteen asiassa Almelo ym. antamassaan tuomiossa todeten, että kollektiivinen määräävä asema edellyttää, että kyseiset yritykset "ovat riittävässä yhteydessä keskenään valitakseen saman toimintalinjan markkinoilla". [110]

kuten kantajat väittävät, komissio on keskittymiä arvioidessaan kehittänyt laajemman ja ainakin osittain erilaisen kollektiivisen määräävän aseman käsitteen kuin miksi se on 86 artiklaa koskevassa oikeuskäytännössä määritelty. Tältä osin on kuitenkin myönnettävä, että vaikka asetuksessa viitataan samoihin tekijöihin, joita yhteisöjen tuomioistuin on käyttänyt selvittääkseen, onko kyseessä määräävä asema, siinä ei millään tavalla määritellä käsitettä, joten siinä ei siis suljeta pois mahdollisuutta vedota "rakenteellisiin" seikkoihin ja siis luoda käsite, joka on tietyssä määrin itsenäinen 86 artiklaa koskevassa oikeuskäytännössä kehitettyyn käsitteeseen nähden. [111]

Asiaa koskevassa päätöksentekokäytännössä kehitetyistä perusteista voidaan todeta, että

103. On selvää, että uusi kollektiivisen määräävän aseman käsite, joka poikkeaisi 86 artiklaa koskevassa oikeuskäytännössä kehitetystä käsitteestä, saattaisi yhä vaikeuttaa kyseisen käsitteen soveltamista keskittymiin ja tehdä sen vieläkin vaikeammin ennustettavaksi, vaikka se saattaisikin olla perusteltua keskittymien valvontaan liittyvien erityispiirteiden vuoksi. Vaikka asetuksen 2 artiklan 1 kohdassa ei myöskään säädetä huomioon otettavien tekijöiden tärkeysjärjestyksestä — vaikka onkin todettava, että siinä luetellut tekijät, jotka on otettava huomioon arvioitaessa sitä, soveltuvatko keskittymät yhteismarkkinoille, ovat sovellettavissa myös tässä tapauksessa — komissio

108 — Tästä huolimatta yhteisöjen tuomioistuin näyttää alun perin olleen vastahakoinen tunnustamaan kollektiivisen määräävän aseman käsitettä myös sen vuoksi, että on vaikeaa yksilöidä sen konkreettiseksi määrittelemiseksi välttämättömiä osatekijöitä, kun niitä ei ole määritelty asiaa koskevissa oikeusnormeissa. Yhdessä tapauksessa se näyttää katsoneen 86 artiklan olevan sovellettavissa ainoastaan yhdellä yrityksellä olevaan määräävään asemaan. Asiassa Hoffmann-La Roche antamassaan tuomiossa (mainittu edellä alaviitteessä 96) yhteisöjen tuomioistuin näet totesi, että "määräävä markkina-asema on myös erotettava samansuuntaisesta toiminnasta, joka on ominaista oligopolille, jossa toiminnan vaikutukset ovat molemminpuolisia, kun taas määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toiminta on suuressa määrin yksipuolisesti määritettyä". Ks. tästä Korah, "Concept of a dominant position within the meaning of Article 86", *Common Market Law Review*, 1980, s. 395, erityisesti s. 398.

109 — Edellä alaviitteessä 38 mainittu ns. lasilevytuomio, 358 kohta. Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 96 mainittu asia Hoffmann-La Roche, tuomion 38 ja 48 kohta.

110 — Asia C-393/92, Almelo ym., tuomio 27.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1477). Yhteisöjen tuomioistuin on sittemmin toistanut kyseisessä tuomiossa vahvistetut periaatteet yhdistetyissä asioissa C-140/94, C-141/94 ja C-142/94, DIP SpA ym., 17.10.1995 antamassaan tuomiossa (Kok. 1995, s. I-3257, 24—26 kohta). Ks. tältä osin julkisasiamies Fennellyn kyseisessä asiassa esittämä ratkaisuehdotus, jossa todettiin muun muassa, ettei kollektiivisen määräävän aseman käsitettä voida käyttää korvaamaan sitä, että välittömät todisteet määräävästä asemasta, puhumattakaan sen väärinkäyttämisestä, puuttuvat kokonaan (64 kohta).

111 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 99 mainittu Venit, s. 527—, erityisesti s. 530—531. Tätä näkemystä tukee myös ajatus siitä, että asetuksen 2 artiklan 3 kohdassa mainittu käsite "kilpailun estyminen" antaisi komissiolle mahdollisuuden laatia uusi "määräävää asemaa" koskeva käsite, joka perustuu todennäköisyyksien arviointiin markkinoiden ominaisuuksien perusteella. Ks. Brittan, "The Law and Policy of Merger Control in the EEC", *European Law Review*, 1990, s. 354.

ei kuitenkaan voi jättää mainittuja perusteita huomiotta, eikä sille asetuksessa jätetty harkintavalta voi merkitä mielivaltaa. On siis kaiken kaikkiaan suljettava pois se mahdollisuus, että komissio voisi "keksiä" perusteet, joita se pitää kussakin yksittäistapauksessa sopivimpina.

Tässä tilanteessa komission käytäntö, joka on kiistatta monimutkainen ja johon sisältyy tiettyjä ristiriitaisuuksia, saattaa kuitenkin osoittautua hyödylliseksi keinoksi todeta mahdollisia epäjohdonmukaisuuksia ja ristiriitaisuuksia päätöksessä ja komission vastineessa, ja siten tälläkin tavoin voidaan päätellä, ovatko nyt käsiteltävässä asiassa sovelletut perusteet oikeita. Kun ongelma esitetään tällä tavoin, vaikuttaa siltä, ettei komissio voi perustellusti väittää, ettei nyt käsiteltävän asian jälkeen tehtyihin päätöksiin sisältyviä perusteita ja arviointeja saa ottaa huomioon. Olipa kyse aikaisemmista päätöksistä — kuten asiassa Nestlé-Perrier tehdystä päätöksestä, johon kantajat ovat useissa kohdin vedonneet [112] — tai myöhemmistä päätöksistä, komission käytäntö ei varmastikaan ole riidanalaisen päätöksen laillisuuden perusta, mutta siitä käy ainakin ilmi menetelmä, jota komissio on tähän saakka noudattanut soveltaessaan asetusta kollektiivisiin määräämiin asemiin.

104. Tutkin seuraavaksi Ranskan hallituksen ja kantajina olevien yhtiöiden esittämän arvostelun, joka koskee niitä perusteita, joita päätöksessä on sovellettu sellaisen kollektiivisen määräävän aseman olemassaolon toteamiseksi, joka saattaa ennusteiden perusteella merkitä kilpailutilanteen merkittävää muuttumista.

Mielestäni on asianmukaista heti markkinoiden keskittymisasteen alustavan käsittelyn jälkeen tutkia rakenteellisia siteitä koskeva ongelma, joka on komissionkin mukaan olennainen tekijä, johon se on nojautunut todetessaan K+S/MdK:n ja SCPA:n yhteisen määräävän aseman. Tämän jälkeen tutkin muita päätöksessä käytettyjä arviointiperusteita sekä niiden perusteiden merkitystä, joita on käytetty muissa päätöksissä mutta ei riidanalaisessa päätöksessä.

— Markkinoiden keskittymisaste

105. Komission arviointi perustuu erityisesti markkinoiden (jo aiemminkin korkean) keskittymisasteen lisääntymiseen, joka saattaa tulevaisuudessa vahvistaa kollektiivista määräävää asemaa siten, että se olennaisesti estää kilpailua.

112 — Huomautan tästä lisäksi, etteivät asiassa Nestlé/Perrier tehdyssä päätöksessä käytetty sanamuoto ja menetelmä vaikuta täysin moitteettomilta pääasiassa sen vuoksi, että niissä pyritään määrittämään melkoisen hatarin oikeudellisin perustein testi kollektiivisen määräävän aseman selvittämiseksi. Ks. tästä Wincklerin ja Hansenin huomautukset: "Collective dominance under the EC Merger Control Regulation", *Common Market Law Review* (1993) 30, s. 787—, erityisesti s. 828, joissa todetaan, että "if the standard used in Nestlé/Perrier is, as suggested, one of 'probability' of 'facilitation', then the Commission has not explained in sufficient detail what types of economic conduct ('collective abuses') it wishes to avoid making 'much easier'" (toteamuksessa viitataan päätöksen 120 kohtaan).

Ranskan hallitus ja kantajina olevat yritykset riitauttavat kyseisen arvioinnin, sillä ne väittävät, ettei lisäys ole merkittävä, koska K+S:n ja SCPA:n yhteenlasketut markkinaosuudet ovat keskittymän vuoksi nousseet 54 prosentista 61 prosenttiin. Ranskan hallitus väittää lisäksi, että komission arviointi on mielivaltainen, koska se ei ole ottanut yhtäältä huomioon sitä, että keskittymän seurauksena kaliumin toimittajien lukumäärä markkinoilla vähenee kymmenestä yhdeksään, ja toisaalta se ei ole ottanut huomioon kahden merkittävän yrityksen, CPL:n ja Coposan, asemaa. Komission arviointi ei ole sen mielestä myöskään luotettava, koska komissio laskee markkinaosuudet kahdella eri tavalla sen perusteella, mihin tulokseen se haluaa päästä: ensimmäisen menetelmän mukaan otetaan huomioon vain eri yritysten myyntimäärät yhteisön alueella; toisen menetelmän mukaan Ranskan markkinoilla toteutuneet myynnit sitä vastoin luetaan SCPA:n myynteihin ja siis vastaavasti vähennetään K+S:n myyntimääristä.

106. Heti aluksi on todettava, ettei pelkästään sen perusteella, että kyseisten yritysten markkinaosuudet ovat kasvaneet, mitä komissio on päätöksessään liikaakin korostanut, voida todeta kollektiivisen määräävän aseman syntymistä, kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinkin on niin sanotussa lasilevytuomiossaan todennut tältä osin erittäin selkeästi. Tämä pitää erityisen hyvin paikkansa nyt käsiteltävässä asiassa, koska keskittymästä on seurannut vain 7 prosentin lisäys.

On siis todettava, ettei yrityshankinnasta seurannut markkinoiden keskittymisasteen lisäys ole erityisen merkittävä, koska se koskee vain markkinoilla toimivien kilpailijoiden määrää (joka vähentyy kymmenestä yhdeksään) ja K+S:n ja SCPA:n samoilla markkinoilla hallitseman markkinaosuuden lisäystä. Tässä tilanteessa päätöksessä kyseiselle arviointiperusteelle annettu merkitys vaikuttaa liialliselta. [113] Kyseisessä kohdassa tehty arviointi voi joka tapauksessa enintään osoittaa sen, ettei markkinoiden keskittymisaste ole sellainen, että voitaisiin ensi arviolta sulkea pois kollektiivisen määräävän aseman olemassaolo.

— K+S:n ja SCPA:n väliset rakenteelliset siteet

107. Kantajat ovat yhtä mieltä siitä, että riidanalaisen päätöksen keskeinen osatekijä on toteamus, jonka mukaan "K+S:n ja SCPA:n välillä on jo pitkään ollut poikkeuksellisen läheisiä siteitä", [114] joten voidaan jopa olettaa, ettei kyseisten kahden yrityksen välillä ole tehokasta kilpailua. Juuri nämä siteet ovat olleet ratkaiseva tekijä, johon komissio on perustanut oman arviointinsa, etenkin kun komissio on katsonut, että katkaisemalla nämä siteet tätä koskevilla ehdoilla voitaisiin välttää oletettu kollektiivinen määräävä asema.

113 — Ks. päätöksen 52—56 kohta.
114 — Päätöksen 57 kohta.

108. Ranskan hallituksen mukaan komissio on tehnyt useita arviointivirheitä tutkiessaan K+S:n ja SCPA:n välisiä rakenteellisia siteitä, jotka eivät todellisuudessa osoita syyyhteyttä keskittymän ja K+S/SCPA:n duopolin syntymisen välillä, sillä ne eivät ole riittävä osoitus siitä, että kyseisellä toimenpiteellä voitaisiin luoda edellytykset kyseisten kahden yrityksen yhdenmukaiselle käyttäytymiselle. Erityisesti se toteaa, että 1) vaikka komissio on määritellyt relevanteiksi markkinoiksi koko yhteisön alueen Saksaa lukuun ottamatta, kyseisten siteiden vaikutukset rajoittuvat Ranskaan; 2) päätöksessä olisi pitänyt lukea oligopoliin mukaan espanjalainen yritys Coposa; [115] 3) K+S:n toiminnan vähäisyys Ranskan markkinoilla ei ole riittävä osoitus yrityksen ja SCPA:n yhteisestä määräävästä asemasta; 4) ei ole näytetty toteen, että sillä, että K+S ostaa MdK:n, voitaisiin luoda K+S:n ja SCPA:n duopolistinen määräävä asema.

Kantajina olevat yritykset kiinnittävät huomionsa erityisesti viimeksi mainittuun seikkaan ja toteavat komission näkemyksessä tiettyjä sisällöllisiä ristiriitaisuuksia, erityisesti sen, että keskittymällä olisi kyseisen toimielimen mukaan luotu kollektiivinen määräävä asema relevanteilla markkinoilla eikä ainoastaan vahvistettu sitä.

115 — Muistutettakoon, että kyseessä on yhtiö, joka markkinoi tiettyjen espanjalaisten yritysten, jotka ovat hiljattain yhdistyneet julkisoikeudelliseksi laitokseksi nimeltä INI, tuottamaa kaliumia.

109. Huomautan ensimmäisen väitteen osalta, että kyseisten yhtiöiden väliset suhteet koskevat välittömästi tai välillisesti ainoastaan Ranskan markkinoita; voitaisiin siis katsoa niiden vaikuttavan K+S:n ja SCPA:n väliseen tehokkaaseen kilpailutilanteeseen ainoastaan kyseisillä markkinoilla. Tämä pätee ensinnäkin K+S:n ja SCPA:n välisten jakelusopimussuhteiden katkaisemiseen, sillä ne koskevat ainoastaan Ranskan markkinoita. Se pätee toiseksi kuitenkin myös osallistumiseen Kali-Export-kartelliin. Komission mukaan kyseisellä osallistumisella näet vaikeutetaan myyntiä Ranskassa, vaikka se ei koskekaan myyntiä yhteisön markkinoilla vaan ainoastaan vientiä yhteisön ulkopuolisiin maihin. Koska näyttöä ei ole, tämän väitteen todenmukaisuutta ei voida tutkia; [116] jos tämä kuitenkin näytettäisiin toteen, se osoittaisi enintään sen, ettei K+S:n ja SCPA:n välillä ole tehokasta kilpailua Ranskan markkinoilla eli markkinoilla, jotka komission itsensä mielestä eivät ole itsenäiset relevantit markkinat. Tästä seuraa, että jos komission väite olisi perusteltu, osallistumisella vientikartelliinkaan ei olisi yhteisön kannalta vaikutusta muihin kuin Ranskan markkinoihin, jotka eivät ole päätöksen kannalta relevantit markkinat, kuten jo todettiin.

Tältä osin Ranskan hallituksen päätelmä, jonka mukaan komissio ei ole näyttänyt toteen, että siitä, että K+S ostaa MdK:n,

116 — Komissio väittää kirjelmissään osoittaneensa riittävästi päätöksen 57, 59, 61 ja 67 kohdassa kyseisten häiriöiden olemassaolon. Kyseisistä kohdista käy kuitenkin ilmi, että komissio on tyytynyt niissä korostamaan K+S:n ja SCPA:n välisiä rakenteellisia siteitä.

syntyisi duopoli, joka voi estää kilpailua Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla, vaikuttaa perustellulta. Tämän seikan toteennäyttämiseksi ei näet ole riittävää, että nojaudutaan K+S:n ja SCPA:n välisiin suhteisiin Ranskassa, koska Ranska ei muodosta itsenäisiä markkinoita.

110. Ranskan hallitus väittää espanjalaisyhtiö Coposan osalta, että komissio on virheellisesti jättänyt kyseisen yhtiön K+S:n ja SCPA:n väitetysti muodostaman oligopolin ulkopuolelle. Sen mukaan komissio ei ainakaan voi ensin väittää — osoittaakseen, että on asianmukaista yksilöidä Saksan ulkopuoliset yhteisön maantieteelliset markkinat — että Coposa vie merkittäviä määriä Ranskaan, ja tämän jälkeen todeta, että Coposalla on vähäinen merkitys Ranskan markkinoilla ja että sen myynti on joka tapauksessa kanavoitu toisen yhtiön kautta, osoittaakseen puolestaan kollektiivisen määräävän aseman olemassaolon.

Totean tästä heti aluksi, etteivät ne komission vastineessaan esittämät perustelut ole vakuuttavia, joiden mukaan K+S:n ja SCPA:n väliset siteet olisivat sellaisia, että niiden väliset suhteet erottuisivat kaikista muista taloudellisista toimijoista, ja joiden mukaan Coposan mahdollinen sisällyttäminen oligopoliin ei olisi missään tapauksessa vaikuttanut päätökseen, koska sillä tässä tapauksessa vain vahvistettaisiin kollektiivista määräävää asemaa. On nimittäin aivan selvää, että oligopolin osapuolten täsmällinen määrittely on ensisijaisen tärkeä kysymys oligopolia arvioitaessa, samoin kuin oligopolin ulkopuolisten kilpailuolosuhteiden selvittäminen. [117] Nyt käsiteltävässä asiassa näyttäisi siis olevan vaikeaa sulkea Coposaa oligopolin ulkopuolelle käytettävissä olevien tietojen perusteella ja soveltamalla niitä perusteita, joita on sovellettu, kun on katsottu K+S:n ja SCPA:n olevan kollektiivisessa määräävässä asemassa. Muistutettakoon tässä yhteydessä ainoastaan, että myös Coposa on osallistunut Kali-Export-kartelliin ja että se myy Ranskassa lähinnä SCPA:n kautta.

111. K+S:n ja SCPA:n välisen kilpailun puuttumisen ja siten niiden kollektiivisen määräävän aseman toteennäyttämiseksi ei mielestäni ole ratkaisevaa sekään, kuten hallitus väittää kolmannessa väitteessään, että K+S:llä on vain vähän toimintaa Ranskassa ja että se käyttää siellä myynnissään osaksi SCPA:n jakeluverkostoa. Ensin mainitulle seikalle voi näet olla useita syitä, kuten Ranskan markkinoiden rakenne, kuluttajien mieltymykset tai saksalaisyhtiön kaupallinen strategia. Jos tätä seikkaa haluttaisiin pitää merkityksellisempänä, olisi myös tarpeen pohtia, miksi kaikki alan suuryritykset ovat samankaltaisissa tilanteissa eli poissa tärkeiltä kansallisilta markkinoilta; erityisesti olisi pohdittava, miksi komissio päätteli riidanalaisessa päätöksessä SCPA:n poissaolon

117 — Muistutettakoon tästä esimerkiksi, että Saksan liittovaltion kartellivirasto vuonna 1990 laatimassa keskittymien valvonnan yhteydessä tutkittavia seikkoja koskevassa luettelossa (julkaistu englannin kielellä julkaisussa *Fordham Corporate Law Institute*, 1991, s. 161—) pidetään kilpailun puuttumista oligopolin jäsenten ja "ulkopuolisten" kilpailijoiden väliltä olennaisena seikkana, jotta oligopolia voidaan pitää määräävässä asemassa olevana.

Saksan markkinoilta johtuvan kyseisten markkinoiden rakenteeseen liittyvistä tekijöistä eikä SCPA:n ja K+S:n välisistä siteistä.

K+S:n SCPA:n kautta tapahtuvan myynnin osalta on korostettava, että vaikka suuri osa K+S:n tuotteiden tuonnista Ranskaan kulkee SCPA:n kautta, määrä on kuitenkin niin pieni (1,4 prosenttia kyseisistä markkinoista), ettei sitä voida pitää riittävänä osoituksena komission väitteen paikkansapitävyydestä.

Komissio toteaa tältä osin, että K+S/MdK:n ja SCPA:n yhteisen määräävän aseman syntyminen on todellakin seurausta keskittymästä, koska se on muuttanut huomattavasti markkinoiden rakennetta. Komissio korostaa erityisesti seuraavia seikkoja: a) MdK tuottaa 25 prosenttia kaliumin kokonaistuotannosta yhteisössä, b) MdK:n tuotantokapasiteetin käyttöaste oli päätöksentekohetkellä vähentynyt 50 prosentilla, c) 7 prosentin markkinaosuus on ratkaiseva tekijä, koska K+S/MdK:n ja SCPA:n ulkopuolella tarjonta on hajaantunutta ja koska K+S/MdK:n ja SCPA:n markkinaosuuden odotetaan komission selvityksen mukaan kasvavan.

112. Lopuksi on käsiteltävä Ranskan hallituksen viimeinen väite, joka koskee niitä seurauksia, joita aiheutuu siitä, että K+S ostaa MdK:n: se väittää erityisesti, ettei komissio ole näyttänyt toteen, että kyseisen oston perusteella olisi syntynyt duopolistinen määräävä asema, joka vahingoittaisi kilpailua. Kantajina olevat yhtiöt ovat myös esittäneet vastaavanlaisen väitteen ja korostaneet erityisesti ristiriitaa, joka sisältyy komission näkemykseen, kun se on yhtäältä soveltanut *failing company defence* -periaatetta sen ajatuksen pohjalta, että MdK olisi joka tapauksessa poistunut markkinoilta, koska sen taloudelliset vaikeudet olivat pysyviä, kun se toisaalta on katsonut, että sillä, että K+S ostaa MdK:n — ja siitä seuraavalla keskittymällä — voidaan luoda duopolistinen määräävä asema, joka saattaa estää kilpailua.

113. Totean aluksi, ettei komissio edellä mainituilla väitteillään vastaa kantajien väitteisiin. Sekä Ranskan hallitus että yritykset näet vetoavat siihen, että oligopolistisen määräävän aseman *syntymisen* ja keskittymän välinen syy-yhteys puuttuu, mikä johtuu siitä, että MdK oli komission asiaa koskevan selvityksen mukaan joka tapauksessa katoamassa markkinoilta. Kuinka MdK:n ostaminen voisi merkitä kollektiivisen määräävän aseman syntymistä — keskittymän seurauksena tai ilman sitä — kun alan muut taloudelliset toimijat olisivat joka tapauksessa saaneet MdK:n markkinaosuuden, kun se olisi poistunut markkinoilta?

Vaikka komission näkemys, jonka mukaan ei voida kohtuudella katsoa, että K+S olisi lähes

varmasti saanut MdK:n markkinaosuuden Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla, [118] ja ettei yksi *failing company defence* -periaatteen soveltamisen edellytys siis täyttyisi, pitäisi paikkansa, komission ajatusrakennelma näyttää kokonaisuudessaan lähinnä hataralta, koska keskittymän ja K+S:n ja SCPA:n yhteisen määräävän aseman syntymisen välinen syy-yhteys on ehdottomasti välttämätön. Tästä seuraa, ettei tässä yhteydessä 7 prosentin markkinaosuutta, joka MdK:lla on relevanteilla maantieteellisillä markkinoilla, voida pitää painoarvoltaan ratkaisevana.

— Markkinoilta poistuneen kilpailijan ominaispiirteet

114. Ranskan hallituksen mukaan komissio on laiminlyönyt markkinoilta keskittymän vuoksi poistuneen kilpailijan eli MdK:n ominaispiirteiden tutkimisen, vaikka se oli asiassa Nestlé/Perrier tehdyssä päätöksessä menetellyt näin. Kyseisen hallituksen mielestä näiden ominaispiirteiden tarkastelusta olisi väistämättä pitänyt tehdä se päätelmä, ettei MdK:n poistuminen markkinoilta voinut vaikuttaa millään tavoin keskittymään, koska kyseessä oli komission selvityksen mukaan yritys, joka oli joka tapauksessa poistumassa markkinoilta, vaikkakin keskipitkällä tähtäimellä.

118 — Ks. päätöksen 79 kohta.

Ranskan hallituksen väite ei ole perusteeton. Asiassa Nestlé/Perrier tekemässään päätöksessä, jossa markkinoilta poistuneen kilpailijan (Perrier) markkinaosuus vaihteli 35,9 ja 44,2 prosentin välillä, komissio oli katsonut, että "tuottajien määrän vähenemisessä kolmesta kahteen (duopoli) on kyse muustakin kuin pelkästään muodollisesta markkinarakenteen muutoksesta. Keskittymä merkitsisi sellaisen taloudellisen toimijan poistumista markkinoilta, jolla on markkinoiden suurimmat kapasiteettireservit ja myyntimäärät. Perrierin tuotemerkit ja lähteet jaettaisiin kahden jäljelle jäävän tuottajan kesken. Lisäksi kansallisten tuottajien määrän vähentyminen kolmesta vain kahteen helpottaisi selvästi kilpailunvastaisten yhdenmukaistettujen menettelytapojen käyttöönottoa, mikä johtaisi kollektiivisiin väärinkäytöksiin." [119] Komissio siis korosti Perrierin oston merkitystä ja vaikutuksia, sillä Perrier oli kokonsa ja markkinaosuutensa perusteella olennainen tehokkaan kilpailun osatekijä.

115. Nyt käsiteltävässä asiassa päätökseen sisältyvä arviointi näyttää sen sijaan ainakin joiltain osin puutteelliselta. Vaikka ei haluttaisikaan painottaa liikaa MdK:n markkinaosuuden (7 prosenttia) vähäisyyttä yhteisön markkinoilla, [120] on kuitenkin hieman epäiltävä sitä, vaikuttaisiko MdK:n katoaminen markkinoilta tosiasiallisesti kilpailun rakenteeseen. Päätöksessä ei myöskään viitata millään tavoin MdK:n "huomattavaan tuotantokapasiteettiin", johon komissio viittasi

119 — Edellä alaviitteessä 66 mainittu päätös 92/553/ETY, 120 kohta.

120 — Kyseinen markkinaosuus on lisäksi samansuuruinen kuin SIV-yhtiön, ja edellä alaviitteessä 87 mainitussa päätöksessä 94/359/EY sallittiin ehtoja asettamatta se, että Pilkington ja Techint ostivat kyseisen yhtiön.

vastineessaan [121] ja mikä olisikin vaikeaa sovittaa yhteen sen kanssa, että sama yritys luokitellaan taloudelliseksi yksiköksi, joka ei enää ole elinvoimainen. [122] Lopuksi on todettava, ettei päätökseen sisälly mitään sellaista, josta voitaisiin päätellä, että MdK:lla olisi jopa sen tosiasiallisesta painoarvosta riippumatta olennainen tehtävä kilpailun ylläpitämiseksi.

Katson siis, ettei komissio ole näyttänyt toteen, että MdK:n poistuminen Saksan ulkopuolisilta yhteisön markkinoilta voisi olla ratkaiseva tekijä K+S/MdK:n ja SCPA:n muodostaman duopolin syntymiseksi tai että sen poistuminen voisi edes myötävaikuttaa duopolin syntymiseen ja merkittävästi vaikeuttaa kilpailua.

— Kilpailijoiden asema

116. Ranskan hallitus väittää, että päätökseen sisältyvä arviointi relevanteilla markkinoilla toimivien kilpailijoiden asemasta on ristiriitainen ja puutteellinen. Se korostaa erityisesti, että komission arvioinnissa on epäjohdonmukaisuuksia siltä osin kuin komissio vähättelee CPL:n ja Coposan asemaa markkinoilla, vaikka se on relevantteja maantieteellisiä markkinoita määritellessään korostanut juuri Espanjasta ja Yhdistyneestä kuningaskunnasta muihin jäsenvaltioihin suuntautuvan viennin määrää. Ranskan hallitus kiistää lisäksi komission väitteen, jonka mukaan yhteisön ulkopuolisista maista peräisin olevan tuonnin kanavointi SCPA:n kautta osoittaisi sen, että kyseisistä maista duopolille aiheutuvat kilpailupaineet olisivat lähes olemattomia.

Ranskan hallituksen väitteet tuovat tässäkin kohdin esiin tiettyjä päätöksessä olevia objektiivisia puutteellisuuksia.

117. Ensinnäkään ei voida hyväksyä komission noudattamaa menetelmää, jossa on pyritty osoittamaan se, ettei oletetulla oligopolilla ole kilpailupaineita, esittämällä todisteena yhteisön ulkopuolisista maista Ranskaan tulevan tuonnin kanavointi SCPA:n kautta. [123] Ranska ei näet muodosta nyt käsiteltävän asian kannalta itsenäisiä markkinoita. Tämän vuoksi keskittymän arviointiin liittyvien tekijöiden tutkimuksessa ei voida ottaa huomioon yksinomaan Ranskan markkinoita, vaan siinä on pikemminkin ja joka tapauksessa otettava huomioon päätöksessä relevanteiksi markkinoiksi määritelty alue, joka on koko yhteisön alue Saksaa lukuun ottamatta.

121 — Ks. vastineen s. 32.
122 — Ks. päätöksen 76 kohta.
123 — Ks. vastineen 33 ja 34 kohta sekä vastaajan vastauksen 54 kohta.

Komission näkemykset CSI:n tuonnin tärkeydestä vaikuttavat yhtä riittämättömiltä ja ristiriitaisilta; komissio ei kiistä Ranskan hallituksen tämän tuonnin osalta esittämiä tietoja, [124] joiden mukaan CSI:n tuonti on jatkuvasti lisääntynyt ja on 11 prosenttia yhteisön sisäisestä myynnistä, mikä ei varmastikaan ole merkityksetöntä. On lisäksi todettava, että niillä yhdeksällä taloudellisella toimijalla, jotka toimivat markkinoilla keskittymän jälkeenkin, on sellaiset markkinaosuudet, joiden perusteella voi syntyä tilanne, jossa K+S/MdK:n ja SCPA:n väitetysti muodostaman duopolin kilpailijoiden painoarvo on kiistatta merkityksellinen. [125]

— K+S/MdK:n ja SCPA:n asemien vertailu

118. Ranskan hallitus väittää lisäksi niitä arviointiperusteita koskevassa arvostelussaan, joita komissio on soveltanut nyt käsiteltävässä asiassa oligopolisen määräävän markkina-aseman olemassaolon toteamiseksi, että komissio on antanut liikaa painoarvoa K+S:n ja SCPA:n yhteenlasketulle markkinaosuudelle ja ettei tämä ole ottanut huomioon sitä, etteivät nämä kaksi yritystä olleet symmetrisiä, vaikka riidanalaista päätöstä edeltävissä päätöksissä tätä symmetrian puuttumista oli puolestaan pidetty sen päätelmän olennaisena perusteena, ettei kyseessä ollut oligopolistinen määräävä asema.

Komissio huomauttaa, että 60 prosentin markkinaosuus on selvä osoitus kollektiivisesta määräävästä asemasta erityisesti silloin, kun kyseessä on selvä ero verrattuna kilpailijoiden markkinaosuuksiin, kuten tässä tapauksessa. Komissio myöntää, että K+S:n ja SCPA:n välillä on eroja, mutta kiistää näkemyksen, jonka mukaan duopoli voisi olla olemassa ainoastaan siinä tapauksessa, että kyseiset yritykset ovat samankaltaisia.

119. Totean ensimmäisen esitetyn näkemyksen osalta aluksi, että komissio on aikaisemmin poissulkenut sen mahdollisuuden, että voitaisiin vahvistaa kynnyksiä, joiden perusteella syntyisi olettama kollektiivisen määräävän aseman olemassa olosta, ja että se on ainakin viimeaikaisissa päätöksissään [126] hyväksynyt keskittymiä, joissa yhteenlasketut markkinaosuudet ovat vastanneet nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevia markkinaosuuksia. Vaikka teoriassa on mahdotonta kieltää kokonaan 60 prosentin markkinaosuuden merkitys, se ei siis kuitenkaan voi ainakaan yksinään olla ratkaiseva tekijä eikä sitä voida pitää osoituksena oligopolisen määräävän aseman olemassaolosta.

Tähän on lisättävä, etteivät komission mainitsemat aikaisemmat oikeustapaukset ole asian kannalta merkittäviä, koska ne koskevat yhdellä yrityksellä ollutta määräävää asemaa, [127] jolloin 45—80 prosentin markkinaosuutta voidaan pitää oletusarvona. Kyseisissä tuomioissa markkinaosuutta on

124 — Ks. kantajan vastauksen s. 42.

125 — Ks. Ranskan hallituksen vastauksen sivulla 43 olevan taulukon tiedot, joita komissio ei ole kiistänyt.

126 — Ks. esim. edellä alaviitteessä 87 mainittu päätös 94/359/ETY.

127 — Kyseessä on edellä alaviitteessä 96 mainittu asia Hoffmann-La Roche v. komissio; asia 322/81, Michelin v. komissio, tuomio 9.11.1983 (Kok. 1983, s. 3461) ja asia 62/86, AKZO v. komissio, tuomio 3.7.1991 (Kok. 1991, s. I-3359).

lisäksi aina tutkittu yhdessä muiden tekijöiden kanssa, joista mainittakoon (vähintään 50 prosentin) ero tärkeimmän ja toiseksi suurimman markkinoilla toimivan yrityksen välillä.

120. En voi yhtyä komission näkemykseen myöskään toisen tässä esitetyn seikan osalta, joka koskee sitä, ettei niiden yritysten välisen symmetrian puuttumista ole otettu huomioon, joille kollektiivisen määräävän aseman oletetaan kuuluvan.

Totean aluksi, että komissio on pitänyt yritysten välisen symmetrian puuttumista, joka on nyt käsiteltävässä tapauksessa kiistatonta, [128] muissa tapauksissa ratkaisevana seikkana katsoessaan, ettei kyseessä voi olla duopoli; [129] tämä koskee sekä markkinaosuuksia, joita tarkastellaan kokonaisuutena ja suhteessa eri maiden markkinoihin sekä "taloudellisen vallan" ja lopulta tuotantokapasiteetin näkökulmasta. Tältä osin on muistutettava, että komissio täsmensi asiassa Nestlé/Perrier tekemässään päätöksessä kyseisten yritysten välisen symmetrian seurauksia ja syitä, joiden perusteella se oli ottanut ne huomioon arvioidessaan keskittymän vaikutuksia, [130] ja huomautti muun muassa, että yritysten välinen symmetria hillitsee selvästi kilpailua ja edesauttaa yhteensovitettujen ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen käyttöönottoa. Tämän vuoksi komission vastine, jossa ainoastaan vedotaan siihen, ettei K+S:n ja SCPA:n välisillä eroilla ole merkitystä duopolin olemassaolon kannalta, on mielestäni puutteellinen. En myöskään katso komission toimineen perustellusti katsoessaan, ettei sen asetuksen soveltamisessa noudattamalla käytännöllä ole nyt käsiteltävän asian kannalta mitään merkitystä. Vaikka komission käytäntö ei ole sitova tulkintaperusta, vaan sitä voidaan muuttaa konkreettisen yksittäistapauksen mukaan, käytäntö ei kuitenkaan voi olla täysin merkityksetön käsiteltävän asian kannalta.

121. Tähän mennessä esitetyt näkemykset ilmentävät useita puutteellisuuksia ja ristiriitaisuuksia komission arvioinnissa ja sen kehittämien perusteiden soveltamisessa, ja niiden perusteella voidaan päätellä, etteivät päätöksen perustelut ole johdonmukaisia. Komissio ei nimittäin ole kyennyt näyttämään riittävällä tavalla edes oman käytäntönsä perusteella toteen, että K+S/MdK:lla ja SCPA:lla olisi kollektiivinen määräävä asema relevanteilla markkinoilla, ja tämä asema syntyisi suunnitellun keskittymän seurauksena.

Tämän vuoksi käsittelen vain tiivistetysti Ranskan hallituksen esittämät muut väitteet ja perustelut, jotka koskevat muita päätöksessä huomioon otettuja tekijöitä. Käsittelen tarkemmin sanoen seuraavaksi tapaa, jolla asiakkaiden taloudelliseen vahvuuteen, markkinoille pääsyn esteisiin ja markkinoiden ja

128 — Ks. komission vastine, s. 37—58.

129 — Esimerkiksi edellä alaviitteessä 87 mainittu päätös Pilkington-Techint/SIV, 55 kohta; sen sijaan päätöksessä Mannesmann/Vallourec/Ilva (mainittu edellä alaviitteessä 58) komissio katsoi, että keskittymään osallistuneiden yritysten, joiden markkinaosuudet olivat 36 % ja 33 %, välinen symmetria rohkaisi niitä ryhtymään yhdenmukaisiin menettelytapoihin.

130 — Edellä alaviitteessä 66 mainittu päätös, 123 kohta.

tuotteen ominaispiirteisiin sekä käyttäytymisen yhdenmukaisuuteen liittyviä näkökohtia on tutkittu.

— Asiakkaiden taloudellinen vahvuus

122. Ranskan hallitus arvostelee komissiota siitä, ettei tämä ole ottanut huomioon asiakkaiden taloudelliseen vahvuuteen liittyvää arviointiperustetta, ja erityisesti siitä, ettei se ole tutkinut kaliumintuottajien ja -tuojien piirteitä ja paino-arvoa, vaikka sen perusteella olisi voitu (ja olisi pitänyt) tehdä se päätelmä, että K+S/MdK:n ja SCPA:n muodostaman oligopolistisen määräävän aseman syntyminen oli erittäin epätodennäköistä.

Komissio myöntää, että asiakkaiden taloudellinen vahvuus on tärkeä tekijä duopolin vastapainona, koska se saattaa estää markkinakäyttäytymisen samansuuntaisuuden; se kuitenkin lisää, että kyseessä on vain yksi tekijä muiden huomioon otettavien joukossa, kun pyritään lopulliseen arviointiin kyseisen keskittymän vaikutuksista.

123. On kuitenkin kiistatonta, ettei nyt käsiteltävässä asiassa ole otettu lainkaan huomioon kyseisten tuotteiden erilaisten asiakkaiden painoarvoa ja ominaispiirteitä. Tämän vuoksi ei voida selvittää, onko suurten monikansallisten yhdistelannoitteiden tuottajien ostovoima niin suuri, kuten Ranskan hallitus väittää, että ne voivat estää oligopolin jäseniä vahvistamasta asemaansa, vai ovatko niin sanotut *bulk-blender* -yritykset, eli yritykset, jotka sekoittavat yhdistelannoitteita, merkittävimpiä asiakkaita, kuten komissio väittää. Ei ole myöskään yksilöity, ovatko nämä *"bulk-blender"* -yritykset todellisuudessa pieniä ja keskisuuria yrityksiä, jotka eivät kykene painostamaan tuottajia riittävästi, vai harjoittavatko tällaista toimintaa myös suurten monikansallisten yritysten tytäryhtiöt, kuten kantajana oleva hallitus väittää. On ilmeistä, että tähän kysymykseen olisi ollut välttämätöntä vastata, jotta olisi voitu päätellä, onko asiakkailla todellista taloudellista valtaa.

Komission kanta näyttää siis hataralta erityisesti sen vuoksi, että asiakkaiden neuvotteluasema on kiistatta merkittävä seikka määriteltäessä kilpailuolosuhteita, koska se saattaa estää ryhtymisen kilpailunvastaisiin menettelytapoihin. Lisäksi komission sekä asiassa Pilkington-Techint/SIV että asiassa Nestlé/Perrier [131] esittämiä näkemyksiä on tulkittava juuri tällä tavoin.

131 — Kyseisessä, edellä alaviitteessä 66 mainitussa päätöksessä katsottiin yksityiskohtaisen tarkastelun jälkeen, joka nyt käsiteltävässä asiassa puuttuu, ettei asiakkaiden painoarvo ollut sellainen, että ne olisivat voineet tosiasiallisesti painostaa tuottajia (ks. erityisesti 77— 89 kohta).

124. Edellä mainittujen epävarmuustekijöiden perusteella voidaan jättää huomiotta muita seikkoja, jotka kuitenkin liittyvät asiakkaiden ominaispiirteisiin ja joihin Ranskan hallitus on vedonnut. Asiaa selventääkseni lisään ainoastaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi niin sanotussa lasilevytuomiossaan, ettei komissiolla "ole velvollisuutta käsitellä päätöksissään kaikkia kyseisten yritysten esittämiä väitteitä", [132] toisin kuin kyseinen toimielin on väittänyt tämän menettelyn aikana, joten kyseinen tuomio ei tue viimeksi mainitun väitteitä.

— Markkinoille pääsyn esteet

125. Komissiota arvostellaan siitä, ettei se ole tutkinut kollektiivisen määräävän aseman olemassaoloa koskevassa päätöksen osassa millään tavoin markkinoille pääsyn esteiden olemassaoloa, jonka on komission käytännössä katsottu olevan erittäin merkityksellinen tekijä. Tämä on erityisen selittämätöntä sen vuoksi, että päätöksessä on relevantteja maantieteellisiä markkinoita määriteltäessä pidetty selvänä, ettei tällaisia esteitä ole.

Asiakkaiden taloudellinen vahvuus ei nimittäin ole perustelu, johon kantajat olisivat vedonneet hallinnollisen vaiheen aikana, eikä sitä ole käsitelty päätöksessä, mutta se on tärkeä tutkimuksen osatekijä määriteltäessä, onko oligopolistista määräävää asemaa olemassa. Tämän vuoksi tämä seikka on välttämättä tutkittava, koska sen tutkimisen laiminlyönti saattaa merkitä sellaista puutetta päätöksen perusteluissa, että se voi heikentää päätöksen luotettavuutta. Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi juuri mainitussa tuomiossa 86 artiklaan viitaten, että markkinoihin liittyvien näkökohtien selvittäminen, jonka laiminlyönnistä kantajat olivat arvostelleet komissiota, "olisi ollut välttämätöntä määräävää asemaa koskevan kysymyksen arvioimiseksi", [133] joten se vahvisti, että komission on perustettava näkemyksensä mahdollisimman täydellisiin ja tyhjentäviin selvityksiin.

Komissio myöntää, ettei yhteisön sisällä todellisuudessa ole markkinoille pääsyn esteitä. Se kuitenkin lisää, että nyt käsiteltävässä asiassa on kahdenlaisia esteitä yhteisön ulkopuolisten maiden yritysten markkinoille pääsylle eli CSI:n tuotannon tuontia koskevat polkumyynnin vastaiset toimenpiteet ja SCPA:n lakiin perustuva monopoli, jonka vuoksi kaikki tuonti yhteisön ulkopuolisista maista Ranskaan kulkee kyseisen yrityksen kautta.

126. Epäilen suuresti sitä, että mainitsemani seikat voisivat olla markkinoille pääsyn esteitä. Polkumyyntitullit eivät ainakaan ole sellaisia, koska komission omankin lausunnon mukaan niillä pyritään palauttamaan kilpailu eikä estämään kauppaa. [134] Lisättäköön vielä, ettei ole näytetty toteen ainakaan

132 — Edellä alaviitteessä 38 mainittu ns. lasilevytuomio, 36 kohta.

133 — Em. asia, tuomion 363 kohta.

134 — Ks. vastaajan vastauksen s. 61.

objektiivisiin tietoihin nojautuen, että ne todellisuudessa vaikuttaisivat tuontiin. Päätökseen (64 kohta) sisältyvät, kansallisia markkinoita koskevat arviot antavat pikemminkin aiheen olettaa päinvastaista.

Totean SCPA:n monopolista lisäksi, että tätä koskee jo moneen kertaan todettu arviointivirhe eli komission pyrkimys rajoittaa tutkimuksensa Ranskaan, ikään kuin Ranskan markkinat olisivat päätöksessä tarkoitetut relevantit maantieteelliset markkinat. En käsittele tällaisen monopolin vaikutusten laajuutta, vaan totean lisäksi, että se, että yhteisön maihin tuodaan yhteisön ulkopuolisista maista niin merkittäviä määriä, kuten komissio itsekin myöntää, [135] että tuonnilla katetaan valtaosa markkinoista, antaa pikemminkin aiheen päätellä, ettei markkinoille pääsyn esteiden olemassaoloa ole näytetty toteen.

— Markkinoiden ja tuotteen ominaispiirteet

127. Totean lopuksi Ranskan hallituksen tavoin markkinoiden ja tuotteen ominaispiirteistä, joita yleensä pidetään merkittävinä tutkimuksen osatekijöinä, ettei komission arvioihin, jotka muutenkin ovat melko suppeita, sisälly perusteellista ja täsmällistä erittelyä K+S:n ja SCPA:n soveltamista hinnoista, [136] vaikka se olisi ehdottoman olennainen tekijä selvitettäessä markkinoiden läpinäkyvyyttä (mikä, kuten tiedetään, helpottaa yhdenmukaisten menettelytapojen käyttöön ottamista) ja arvioitaessa kysynnän joustoa, eikä kyseisten kahden yrityksen kustannusrakenteesta, vaikka kustannukset voivat olla kilpailun kannustin, mikäli ne eroavat toisistaan.

On selvää, että tällaiset ratkaisevia seikkoja koskevat laiminlyönnit heikentävät osaltaan komission tekemää tutkimusta ja sen tuloksia. Katson kuitenkin, ettei ole tarpeen tutkia perusteellisemmin muita mainittuja "rakenteellisia" tekijöitä, kuten tuotteen homogeenisuuteen liittyviä tekijöitä, joiden osalta en myöskään ole samaa mieltä Ranskan hallituksen kanssa, kuten jo totesin tarkastellessani relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittelemistä.

— Markkinakäyttäytymisen samansuuntaisuus

128. Kuten Ranskan hallitus on perustellusti huomauttanut, komission tätä koskeva arviointi ei ole vakuuttava. Seikat, joilla komis-

135 — Ks. vastaajan vastauksen s. 61.

136 — Ks. tästä se, mitä olen jo korostanut relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittelyn yhteydessä.

sio pyrkii näyttämään toteen K+S/MdK:n ja SCPA:n yhteisen määräävän aseman olemassaolon, osoittautuvat merkityksettömiksi erityisesti, jos niitä verrataan muissa päätöksissä esitettyihin seikkoihin.

On nimittäin aivan selvää, että K+S:n ja SCPA:n välistä sopimusta, joka todettiin vuonna 1973 yhteensopimattomaksi 85 artiklan kanssa, [137] on pidettävä liian heikkona osoituksena siitä, että — yli 20 vuotta myöhemmin — K+S:n ja SCPA:n välillä ei olisi kilpailua. [138] Myöskään näkemykset K+S:n vähäisestä merkityksestä Ranskan markkinoilla eivät ole ratkaisevia nyt käsiteltävän asian kannalta, ja ne voivat hyvinkin johtua muista syistä, kuten olen korostanut tarkastellessani K+S:n ja SCPA:n välisiä rakenteellisia siteitä.

129. Näitä huomioita tukee myös se, että aikaisemmissa päätöksissä tässä tarkoituksessa huomioon otetut seikat ovat olleet *aivan toisenlaisia. Esimerkiksi asiassa Nestlé/* Perrier tehdyssä päätöksessä komissio korosti hintakilpailun vähäisyyttä ja totesi tämän jälkeen keskittymään osallistuneiden kolmen tuottajan soveltamien hintojen olevan hyvin samankaltaisia, mikä johtui siitä, että oli otettu käyttöön avoimuutta parantavia keinoja, joilla pyrittiin helpottamaan hintastrategioiden yhteensovittamista ja niiden vastavuoroista valvontaa. [139] Komissio oli kyseisessä asiassa ottanut lisäksi huomioon kyseisten yritysten suhtautumisen ulkopuolisen toimijan ostoyritykseen osoituksena niiden välisistä siteistä, sillä kyseistä suhtautumista pidettiin "yhteistoimintana, jolla pyrittiin estämään markkinoille pääsy". [140] Asiassa Pilkington-Techint/SIV komissio sitä vastoin katsoi, että kyseisten yritysten välinen yhteisjärjestely, joka oli kielletty vuonna 1988 eli vain 5 vuotta ennen päätöstä ja josta Bundeskartellamt oli määrännyt seuraamuksia vasta muutamaa kuukautta ennen päätöstä, saattoi edistää kilpailunvastaisiin yhdenmukaisiin menettelytapoihin ryhtymistä. [141]

Kyseessä ovat heti ensi arviolta tekijät, jotka ovat selvästi tärkeämpiä ja todistusarvoltaan merkittävämpiä kuin ne, jotka on otettu huomioon nyt käsiteltävässä asiassa.

130. Kaikkien edellä esitettyjen seikkojen perusteella katson, ettei komissio ole nyt käsiteltävässä asiassa soveltanut johdonmukaisesti perusteita, jotka se itse on määritellyt kollektiivisen määräävän aseman olemassaolon määrittelemiseksi. Eikä siinä kaikki:

137 — EYVL 1973, L 217, s. 3. Ks. päätöksen 57 kohta.

138 — Tämä pätee, vaikka jäsentelysyistä ei otettaisi huomioon ns. lasilevytuomiossa lausuttua periaatetta, jonka mukaan, "jotta voitaisiin todeta perustamissopimuksen 86 artiklan rikkominen, ei riitä — — että 'kierrätetään' 85 artiklan rikkomisen perustana olevia seikkoja toteamalla, että sopimuskumppaneilla tai kiellettyyn menettelyyn osallistuneilla on yhdessä merkittävä markkinaosuus, että niillä on pelkästään tämän vuoksi kollektiivinen määräävä asema ja että niiden kielletty käyttäytyminen on määräävän aseman väärinkäyttöä" (edellä alaviitteessä 38 mainittu asia, tuomion 360 kohta).

139 — Ks. päätöksen 59, 121 ja 122 kohta.

140 — Ks. päätöksen 127 kohta.

141 — Edellä alaviitteessä 87 mainittu päätös 94/359/ETY, 32 kohta. On vielä lisättävä, ettei kyseistä seikkaa pidetty sellaisena, että sen perusteella olisi asetettava ehtoja, puhumattakaan siitä, että keskittymä olisi kiellettävä.

vaikka myönnettäisiin, kuten olen jo todennut, että olisi mahdollista mukauttaa kollektiivisen määräävän aseman käsite keskittymien valvonnan erityispiirteisiin ja nyt käsiteltävän asian ominaispiirteisiin, on siitä huolimatta välttämätöntä, että komissio esittää keskittymien valvonnan yhteydessä riittäviä seikkoja, joilla näytetään toteen keskittymän ja kollektiivisen määräävän aseman välinen syy-yhteys. [142]

Nyt käsiteltävään asiaan ei liity tällaisia seikkoja. Päinvastoin tietyt seikat, joita ei voida pitää merkityksettöminä, puoltavat komission käsityksen hylkäämistä. Katson siis, ettei komissio ole näyttänyt toteen, että tutkitulla keskittymällä luotaisiin K+S/MdK:n ja SCPA:n yhteinen määräävä asema, joka voisi olennaisesti estää kilpailua.

d) *Sellaisten ehtojen ja velvoitteiden määrääminen, jotka vaikuttavat keskittymän ulkopuolisiin kolmansiin osapuoliin* (asiat C-68/94 ja C-30/95)

131. Kun arvioidaan perustetta, joka koskee sitä, onko lainmukaista määrätä velvoitteita keskittymän ulkopuolisille kolmansille oikeussubjekteille, edellytetään selvästi yhtäältä, että kollektiivinen määräävä asema on merkityksellinen asetuksen soveltamisen kannalta, ja toisaalta, että komissio on todellisuudessa näyttänyt toteen, että tässä tilanteessa on kyseessä kollektiivinen määräävä asema.

Kun otetaan huomioon tähän saakka tekemäni päätelmät ja erityisesti ne, jotka koskevat kollektiivisen määräävän aseman käsitteen soveltamista nyt käsiteltävässä asiassa, kyseistä perustetta ei ole tarpeen tutkia. Jotta asia tulisi tutkituksi tyhjentävästi, pidän kuitenkin tarpeellisena käsitellä kantajien esittämiä perusteluja myös tältä osin.

132. Ranskan hallitus väittää, että vaikka oletettaisiin, että asetusta voidaan soveltaa kollektiivisiin määrääviin asemiin, keskittymän toteamiseksi yhteismarkkinoille soveltuvaksi ei kuitenkaan olisi mahdollista asettaa sellaisia ehtoja ja velvoitteita, jotka vaikuttavat välittömästi keskittymän ulkopuolisten kolmansien oikeussubjektien asemaan, kuten nyt käsiteltävässä asiassa. Se vetoaa tältä osin siihen, että asetuksen 8 artiklan 2 kohdassa annetaan komissiolle mahdollisuus ainoastaan hyväksyä ilmoituksen tehneiltä yrityksiltä sitoumuksia, jotka koskevat keskittymää suppeassa merkityksessä, eikä sitoumuksia, jotka vaikuttavat merkittävästi kolmansiin osapuoliin.

Kantajina olevat yritykset, jotka ovat Ranskan hallituksen kanssa yhtä mieltä siitä, ettei asetuksen perusteella ole mahdollista asettaa ehtoja ja velvoitteita, jotka vaikuttavat kol-

142 — Jos näin ei olisi, kilpailua vahingoittavan kollektiivisen määräävän aseman toteaminen riippuisi pelkkiin oletuksiin perustuvasta tutkimuksesta, johon ei sisältyisi konkreettisia osatekijöitä ja joka ei siis olisi luotettava.

mansiin osapuoliin, väittävät lähinnä, että vaikka nyt käsiteltävässä tilanteessa katsottaisiin, että kollektiivinen määräävä asema on näytetty toteen, asetetut ehdot eivät ole sopivia eivätkä asianmukaisia tehokkaan kilpailun ylläpitämiseksi relevanteilla markkinoilla.

1) *Mahdollisuus soveltaa 8 artiklan 2 kohtaa keskittymän ulkopuolisiin yrityksiin*

133. Totean heti aluksi, että Ranskan hallituksen väite on hyväksyttävä. Asetuksen 8 artiklan 2 kohdassa näet annetaan komissiolle ainoastaan valtuudet asettaa "ehtoja ja velvoitteita, joiden tarkoituksena on varmistaa, että keskittymään osallistuvat yritykset noudattavat komissiolle antamiaan sitoumuksia muuttaa alkuperäisiä keskittymäsuunnitelmiaan" edellytyksenä keskittymän toteamiselle yhteismarkkinoille soveltuvaksi. Tällainen sanamuoto antaa ymmärtää, ettei komission toimivaltaan missään tapauksessa kuulu puuttuminen keskittymän ulkopuolisten toimijoiden toimintaan siinäkään tapauksessa, että se katsoo niiden muodostavan oligopolin keskittymästä ilmoittaneiden yritysten kanssa.

Asetuksen 8 artiklan 2 kohdassa toisin sanoen rajoitetaan nimenomaisesti ja selvästi komission valtuuksia vaatia kyseisiltä yrityksiltä sitoumuksia, joiden tarkoituksena on "muuttaa alkuperäisiä keskittymäsuunnitelmia"; siinä siis suljetaan pois mahdollisuus muuttaa rakenteellisesti sitä kilpailutilannetta, jossa keskittymä toteutetaan. Valtuuksia muuttaa suunnitelmaa ei siis voida muuntaa yleisemmiksi valtuuksiksi muuttaa koko markkinoiden ja/tai teollisuuden alan rakennetta, koska tästä ei ole nimenomaisesti säädetty.

134. Tätä päätelmää ei mielestäni voida vakuuttavasti kiistää komission perusteluilla, joiden mukaan a) päätöksessä on asetettu ehtoja ja velvoitteita vain keskittymään osallistuville yrityksille, ja niiden tarkoituksena on varmistaa, että suunnitelmasta ilmoittaneet keskittymän osapuolet noudattavat sitoumuksiaan; b) keskittymän kieltäminen sen vuoksi, että kyseiset ehdot saattaisivat vaikuttaa ulkopuolisten kolmansien henkilöihin etuihin, on ristiriidassa asetuksessa tavoiteltujen päämäärien kanssa eikä ole suhteellisuusperiaatteen mukaista.

Viittaan viimeksi mainitun seikan osalta siihen, mitä olen todennut jo käsitellessäni asetuksen sovellettavuutta kollektiivisiin määräämiin asemiin asetukseen liittyvien taloudellisten seikkojen ja sen päämäärien yhteydessä.[143] Ensimmäisen näkökohdan osalta totean vain, että vaikka keskittymien valvontaan kuuluu, kuten komissio on väittänyt, olennaisesti se, että ilmoituksen tehneiden osapuolten tekemät sitoumukset saattavat vaikuttaa, vaikka välillisestikin, ulkopuolisiin, nyt käsiteltävässä asiassa ei kuitenkaan varmasti ole kyse ehdoista, jotka vaikuttavat kolmansiin osapuoliin, vaan pikemminkin ehdoista, jotka koskevat objek-

143 — Ks. edellä 94—98 kohta.

tiivisesti ja subjektiivisesti kolmansia osapuolia vähintään samalla tavoin kuin ne koskevat asianosaisia. Käytäntö, johon komissio vetoaa, ei myöskään voi olla peruste ongelman kiertämiseksi: kyseessä ovat nimittäin päätökset, joilla ei aseteta kolmansia osapuolia välittömästi koskevia ehtoja ja joita ei siis voi verrata riidanalaiseen päätökseen. [144] Lisäksi on joka tapauksessa selvää, että "pelkkä käytäntö ei kuitenkaan voi mennä perustamissopimuksen määräysten edelle" [145] eikä myöskään johdetun oikeuden säädökseen sisältyvien sellaisten säännösten edelle, jotka ovat selvästi ristiriidassa komission käytännön kanssa. Kuten olen toisessa yhteydessä todennut, olisi näet ristiriitaista hyväksyä se, että sääntöjen rikkominen tulisi lainmukaiseksi pelkästään sillä, että rikkominen toistetaan!

kinoilla; kyseiset ehdot eivät sellaisinaan mahdollista asetuksen 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun tavoitteen saavuttamista.

SCPA ja EMC väittävät riidanalaisessa päätöksessä määrättyjen ehtojen olevan mielivaltaisia, sillä ne eivät koskeneet eivätkä koske millään tavoin keskittymäsuunnitelmaa vaan liittyvät ainoastaan sellaisten yhtiöiden välisiin sopimus- ja osakkuussuhteisiin, jotka ovat subjektiivisesti ja objektiivisesti kyseisen suunnitelman ulkopuolisia, ja kyseisiä ehtoja sovelletaan lisäksi sellaisella maantieteellisellä alueella, joka ei kuulu relevanteille markkinoille. [146]

2) *Tehokkaan kilpailun ylläpitämiseksi asetettujen ehtojen asianmukaisuus*

135. Kantajina olevat yritykset ovat erityisesti tuoneet esiin tämän seikan, sillä ne väittävät, etteivät kyseiset ehdot ole välttämättömiä eivätkä asianmukaisia tehokkaan kilpailun ylläpitämiseksi relevanteilla mark-

136. Totean tästä aluksi, että ehtojen tehokkuus kilpailun kannalta vaikuttaa epäilyttävältä sekä jo ehtojen kohteen ja relevanttien markkinoiden välisen maantieteellisen eron vuoksi, jota edellä on korostettu, että sen vuoksi, ettei ole esitetty todisteita, jotka osoittaisivat, että näillä ehdoilla kyetään varmistamaan keskittymän yhteensopivuus asetuksen säännösten kanssa. Tämän vuoksi vaikuttaa siltä, että on hyväksyttävä kantajina olevien yritysten kanta, jonka mukaan komission on määritellessään asetuksen 8 artiklan 2 kohdan mukaisia ehtoja nojauduttava vakavasti otettaviin ja perusteellisiin arvioihin eikä hypoteettisiin näkemyksiin,

144 — Komissio viittaa mm. asiassa KNP/BT/VRG 4.5.1993 tehtyyn päätökseen (EYVL L 217, s. 35), asiassa Courtaulds/SNIA 19.12.1991 tehtyyn päätökseen (EYVL C 333, s. 16) sekä asiassa Varta/Bosch 31.7.1991 tehtyyn päätökseen (EYVL L 320, s. 26).

145 — Asia C-327/91, Ranska v. komissio, tuomio 9.8.1994 (Kok. 1994, s. I-3641, 36 kohta).

146 — Kyseisten ehtojen ulottuvuus osoittaa pikemminkin, että jos komissio olisi pitänyt sitä asianmukaisena, se olisi voinut toimia duopolin oletettuja osallistujia (SCPA/EMC ja K+S) vastaan soveltamalla muita keinoja ja erityisesti 85 artiklaa, kuten se onkin tehnyt samanaikaisesti nyt käsiteltävän asian kanssa kanadalaisen tytäryhtiön Potacanin osalta, joka on asetuksen N:o 17 (mainittu alaviitteessä 51) nojalla aloitetun tutkimuksen kohteena.

joiden kaltaisia komissio on käyttänyt perustellakseen nyt käsiteltävässä asiassa asetettuja ehtoja.

Koska olen katsonut, että kantajina olevien yritysten kanne on jätettävä tutkimatta siltä osin kuin siinä vaaditaan yhteisyritys Potacania koskevien ehtojen kumoamista, seuraavassa esitettävässä lyhyessä esityksessä käsitellään ehtoja, jotka koskevat vetäytymistä Kali-Exportista ja jakelusopimusten irtisanomista, joskin siinä tietenkin vain kerrataan kohdat, jotka on jo käsitelty tyhjentävästi K+S:n ja SCPA:n välisiä rakenteellisia siteitä koskevassa selvityksessä. [147]

— K+S:n vetäytymistä Kali-Export-kartellista koskeva ehto

137. Kantajina olevat yritykset väittävät ensinnäkin, ettei Kali-Exportin olemassaololla ja K+S:n, MdK:n ja SCPA:n osuuksilla kyseisessä yrityksessä ole mitään vaikutusta kilpailuolosuhteisiin yhteisön alueella. Komissio ei ainakaan ole näyttänyt toteen K+S:n osallistumisesta Kali-Export-kartelliin aiheutuvia kilpailunvastaisia vaikutuksia.

Komissio vastaa, että relevanttien markkinoiden rakenne oli sellainen, ettei voitu sulkea pois sitä, että K+S:n ja SCPA:n yhteistyö Kali-Export-kartellissa vaikuttaisi välillisesti kartellin jäsenten kilpailunvastaiseen käyttäytymiseen yhteisön markkinoilla. Se korostaa erityisesti seuraavaa:a) K+S:llä on hyvin vähän toimintaa Ranskan markkinoilla, b) CPL on päässyt Ranskan markkinoille vasta sen jälkeen, kun se vetäytyi Kali-Exportista, ja se pystyi kuudessa vuodessa saamaan siellä 13 prosentin markkinaosuuden, c) Coposalla on vain vähän toimintaa Ranskan markkinoilla, ja merkittävä osa sen kaliumista myydään Ranskassa SCPA:n kautta.

138. Juuri esitetyt komission perustelut eivät vaikuta sellaisilta, että niillä voitaisiin vastata kantajina olevien yritysten vastaväitteisiin. Komissio ei nimittäin ole näyttänyt toteen sitä, että K+S:n toiminnan vähäisyys Ranskan markkinoilla johtuisi sen kuulumisesta vientikartelli Kali-Exportiin, kun taas tämä tilanne, kuten kantajina olevat yritykset ovat korostaneet, voisi hyvin selittyä historiallisilla ja maantieteellisillä tekijöillä. Vaikka keskittymiin ei voida myöskään soveltaa samoja periaatteita, joita noudatetaan sovellettaessa 85 ja 86 artiklaa, kuten komissio toteaa, komissio ei kuitenkaan voi nojautua arvioinnissaan pelkkiin olettamuksiin ja todennäköisyyksiin. Sen on joka tapauksessa näytettävä toteen, että kyseiset ehdot ovat välttämättömiä tehokkaan kilpailun ylläpitämiseksi.

147 — Ks. edellä 107—113 kohta.

Nyt käsiteltävässä asiassa komissio ei kuitenkaan ole selittänyt vakuuttavasti, miten luopuminen yhteistyöstä kartellissa, joka vaikuttaa yhteisön ulkopuolisiin markkinoihin, voisi taata tehokkaan kilpailun Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla, eikä se ole myöskään osoittanut, että K+S:n tai Coposan vähäinen toiminta Ranskan markkinoilla johtuisi kuulumisesta kyseiseen kartelliin. On ilman muuta selvää, että se, että CPL on lisännyt vientiään Ranskaan vasta vetäydyttyään Kali-Exportista, voi johtua CPL:n päätöksestä keskittyä yhteisön markkinoihin tai, kuten kantajat ovat väittäneet, ilman että komissio olisi sitä kiistänyt, liiketoiminnallisista vaikeuksista, joita CPL:llä oli sinä aikana, jona se kuului Kali-Exportiin.

Lisäksi kyseisiin siteisiin kuuluu vain yksi, 28.6.1985 tehty sopimus, joka ei koske kaliumtuotteiden vaan kieseriitin jakelua. Tämän lisäksi SCPA ostaa kaliumia ainoastaan EMC:n käytettäväksi tai Ranskan markkinoiden ulkopuolelle myytäväksi. SCPA ostaa K+S:ltä kaliumpohjaisia tuotteita, jotka sisältävät magnesiumia ja jotka myydään Ranskassa, mutta nämä tuotteet eivät kuulu kyseisille tuotemarkkinoille, kuten päätöksestä ilmenee.

— K+S:n ja SCPA:n välisten jakelusopimusten irtisanomista koskeva ehto

140. Kun otetaan huomioon juuri kuvattu tilanne, jota komissiokaan ei ole kiistänyt vaan on ainoastaan vedonnut siihen, että on tärkeää, että K+S luo oman jakeluverkkonsa Ranskan markkinoille, on aivan selvää, ettei K+S:llä ja SCPA:lla ollut etuoikeutettua suhdetta kaliumtuotteiden jakelussa. Päätöksen sanamuoto on kuitenkin johtanut siihen, että K+S on lopettanut ainoan jakelusuhteensa SCPA:n kanssa: sopimuksen, joka koskee kieseriittiä eli tuotetta, jonka ei päätöksessä ole katsottu sisältyvän relevantteihin markkinoihin.

139. Kantajina olevien yritysten mielestä komissio ei ole näyttänyt toteen, miten ja miksi K+S:n ja SCPA:n välisten jakelusopimusten irtisanominen voisi taata tehokkaan kilpailun ylläpitämisen Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla. Niiden mukaan näillä siteillä on todellisuudessa vaikutuksia yksinomaan Ranskan markkinoilla.

Tämä seikka vahvistaa muiden seikkojen ohella kantajien väitteiden oikeellisuuden siltä osin kuin ne koskevat päätöksen välitöntä vaikutusta niiden etuihin ja vahvistaa myös epäilyksiä siitä, ovatko asetetut ehdot tarpeen keskittymällä luodun väitetyn duopolistisen määräävän aseman poistamiseksi.

Ratkaisuehdotus

141. Edellä esitetyistä seikoista ilmenee mielestäni, että nyt käsiteltävässä asiassa on tehty virheitä tulkittaessa ja sovellettaessa yrityskeskittymien valvontaa koskevan asetuksen säännöksiä.

Tässä vaiheessa on selvitettävä, voivatko nämä virheet olla perusteena päätöksen kumoamiselle kokonaan vai sen osittaiselle kumoamiselle, jolloin kumottaisiin vain se osa, johon kantajina olevia yhtiöitä koskevat ehdot sisältyvät. Jäljempänä esitetyistä syistä katson, että jälkimmäinen vaihtoehto on asianmukaisin.

142. Totean heti aluksi, ettei komission väite, jonka mukaan päätöksen osittainen kumoaminen muuttaisi toimielinten välistä tasapainoa, koska yhteisöjen tuomioistuimella ei ole toimivaltaa muuttaa komission päätöstä asettumalla sen asemaan arvioitaessa keskittymää, ole perusteltu.

Huomautan tältä osin ainoastaan, että sekä asetuksen itsensä että yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön [148] perusteella yhteisöjen tuomioistuimella on mahdollisuus kumota aineellinen päätös vain osittain. Olisi myös ristiriitaista väittää, että se, että yhteisöjen tuomioistuin käyttää valtuuksia, jotka sille on nimenomaisesti annettu, merkitsisi komission valtuuksien ja toimivallan loukkaamista. Osittainen kumoaminen edellyttää pikemminkin oikeuskäytännössä tältä osin vahvistettujen edellytysten täyttymistä, ja nimenomaan kyseisillä edellytyksillä pyritään takaamaan se, ettei osittainen kumoaminen tekisi kokonaan tyhjäksi riidanalaisen päätöksen sisältöä. [149]

143. Edellä esitetyn perusteella katson, että päätös voidaan kumota osittain ja että tämä ratkaisu voidaan hyväksyä siitä riippumatta, minkä perusteen yhteisöjen

148 — Asia 2/56, Comptoir de vente du charbon de la Ruhr v. korkea viranomainen, tuomio 20.3.1957 (Kok. 1957, s. 9).
149 — Ks. vastaavasti jo asia 37/71, Jamet v. komissio, tuomio 28.6.1972 (Kok. 1972, s. 483, 11 ja 12 kohta).

tuomioistuin aikoo hyväksyä niiden joukosta, joihin asianosaiset ovat vedonneet ja joita olen pitänyt perusteltuina. Riippumatta siitä, katsooko yhteisöjen tuomioistuin, ettei asetusta lähtökohtaisesti sovelleta kollektiivisiin määräämiin asemiin tai ettei kollektiivista määräävää asemaa ole olemassa tai että sitä ei ainakaan ole näytetty riittävällä tavalla toteen, se perusta heikkenee, jonka pohjalta komissio on asettanut kantajina olevien yritysten riitauttamat ehdot. Muistutettakoon, että ehdot asetettiin sen vuoksi, ettei keskittymällä luotaisi sellaista oligopolistisen määräävän aseman tilannetta, joka voisi estää kilpailua yhteisön markkinoilla.

Nämä huomautukset pätevät mielestäni myös niiden tapausten osalta, joissa yhteisöjen tuomioistuin ensin sivuuttaa ne ongelmat, jotka koskevat asetuksen säännösten soveltamista oligopoleihin, ja toteaa kollektiivisen määräävän aseman olemassaolon ja tämän jälkeen tekee sen päätelmän, ettei asetuksen 8 artiklan 2 kohdassa anneta komissiolle valtuuksia asettaa ehtoja, jotka vaikuttavat välittömästi keskittymän ulkopuolisten kolmansien osapuolten etuihin. Samoin jos katsottaisiin ettei kyseisillä ehdoilla voida tehokkaasti turvata kilpailun ylläpitämistä relevanteilla markkinoilla, paras ratkaisu olisi edelleen ehtojen kumoaminen eli päätöksen osittainen kumoaminen.

144. Kaikissa esittämissäni vaihtoehdoissa olisi siis mahdollista kumota ehdot tekemättä tyhjäksi päätöksen sisältöä kokonaisuutena tarkasteltuna. [150] On korostettava tältä osin, että keskittymästä yhteisön markkinoille aiheutuvien vaikutusten arviointi — johon riidanalaiset ehdot perustuvat — on objektiivisesti täysin riippumatonta Saksan markkinoita koskevista arvioinneista, ja tämän riippumattomuuden ansiosta on mahdollista rajoittaa päätösosaa ratione materiae siten, että asiaa koskevassa oikeuskäytännössä asetetut edellytykset täytetään.

Toisaalta päätöksen osittainen kumoaminen ei myöskään vaikuttaisi sen ulottuvuuteen. Lisättäköön vielä, että riidanalainen päätös on nyt käsiteltävässä asiassa koko-

150 — Erityisesti tässä tapauksessa voitaisiin ajatella, että koska asetuksen 10 artiklan 5 kohdassa tarkoitetut määräajat alkavat kulua uudelleen, komissio määrää uusia erilaisia ehtoja tai osoittaa laajemmin ja perustellummin alkuperäisten ehtojen tehokkuuden kilpailun suojelemiseksi. Tällainen vaihtoehto ei kuitenkaan vaikuta todennäköiseltä, vaikka se olisi teoriassa täysin mahdollinen, sillä se merkitsee sellaisen toimenpiteen tutkimista uudelleen, jonka vaikutukset ovat jo havaittavissa, joten olisi varsin vaikeaa arvioida tapausta aikaisemman tilanteen perusteella.

naisuutena edullinen keskittymään osallistuvien yritysten kannalta; tämä seikka on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan merkittävä peruste hyväksyä kanne, jossa vaaditaan osittaista kumoamista. [151]

145. Oikeudenkäyntikulujen osalta ehdotan työjärjestyksen 69 artiklan 3 kohdan mukaisesti, että asian C-68/94 osalta kumpikin asianosainen vastaa omista kuluistaan. Asian C-30/95 osalta olen sen sijaan kyseisen määräyksen perusteella sitä mieltä, että koska komissio on hävinnyt asian olennaisilta osin, se on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien väliintulijoina oleville yrityksille aiheutuneet kulut. Kyseisissä asioissa väliintulijoina olevat hallitukset vastaavat sen sijaan kukin omista kuluistaan.

146. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

— *asiassa C-68/94:*

a) kumoaa neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 soveltamisesta 14 päivänä joulukuuta 1993 tehdyn komission päätöksen 94/449/EY (asia IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) 1 artiklan siltä osin kuin siinä edellytetään 63 kohdassa mainittujen ehtojen ja sitoumusten noudattamista, jotta keskittymä voitaisiin todeta yhteismarkkinoille soveltuvaksi;

b) hylkää kanteen muilta osin;

c) määrää, että asianosaiset vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan ja Saksan hallitus omasta väliintulostaan aiheutuneista kuluistaan;

— *asiassa C-30/95:*

a) ottaa SCPA:n ja EMC:n kanteet tutkittaviksi, lukuun ottamatta perustetta, joka liittyy kanadalaisyhtiö Potacania koskevaan sitoumukseen;

151 — Edellä alaviitteessä 39 mainittu asia Transocean Marine Paint v. komissio, tuomion 21 kohta.

b) kumoaa neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 soveltamisesta 14 päivänä joulukuuta 1993 tehdyn komission päätöksen 94/449/EY (asia IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) 1 artiklan siltä osin kuin siinä edellytetään 63 kohdassa mainittujen ehtojen ja sitoumusten noudattamista, jotta keskittymä voitaisiin todeta yhteismarkkinoille soveltuvaksi;

c) velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien väliintulijoina oleville yrityksille aiheutuneet kulut. Ranskan hallitus vastaa omista kuluistaan.