FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 6 februari 1997 *

Innehåll

Förordningens tillkomst och innehåll ..... I - 1383

Förfarandet och beslutet ..... I - 1387

De två målen: avgränsning av problemet och uppläggning av förslaget till avgörande. ..... I - 1391

I — Upptagande till sakprövning (mål C-30/95) ..... I - 1394

a) Partiell ogiltigförklaring ..... I - 1395

b) Talerätt ..... I - 1396

c) Möjlighet att väcka talan angående den punkt som gäller Potacan ..... I - 1399

d) Avsaknad av intresse att få saken prövad ..... I - 1401

II — Saken ..... I - 1400

a) Åsidosättande av skyldigheten att samverka med de nationella myndigheterna (mål C-68/94) ..... I - 1401

b) Koncentrationens verkningar på den tyska marknaden (mål C-68/94) ..... I - 1404

c) Koncentrationens verkningar på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland (mål C-68/94 och C-30/95) ..... I - 1410

1) Avgränsning av den relevanta geografiska marknaden ..... I - 1410

2) Möjlighet att använda koncentrationsförordningen för att ingripa i kollektiva dominerande ställningar ..... I - 1417

— Ordalydelsen ..... I - 1419

— Rättsliga grunder och lagstiftarens vilja ..... I - 1420

— Garantierna i förfarandet ..... I - 1422

— Ekonomiska överväganden och förordningens syften ..... I - 1425

3) Den felaktiga tillämpningen i förevarande fall av begreppet kollektiv dominerande ställning ..... I - 1428

— Graden av koncentration på marknaden ..... I - 1431

— De strukturella banden mellan K+S och SCPA ..... I - 1432

* Originalspråk: italienska.

— Egenskaperna hos den konkurrent som försvinner från marknaden ..... I - 1436
— Konkurrenternas ställning ..... I - 1437
— Jämförelsen mellan K+S/MdK och SCPA ..... I - 1438
— Kundkretsens ekonomiska styrka ..... I - 1440
— Hindren för införsel ..... I - 1441
— Marknadens och produktens karakteristiska kännetecken ..... I - 1442
— Förekomsten av parallellitet ..... I - 1442

d) Föreskrivande av villkor och åligganden som har verkningar för tredje man som inte ingår i koncentrationen (mål C-68/94 och C-30/95) ..... I - 1444

1) Huruvida det är möjligt att tillämpa artikel 8.2 på företag som är tredje man i förhållande till koncentrationen ..... I - 1445

2) Huruvida de villkor som i förevarande mål har föreskrivits är lämpliga för att upprätthålla en effektiv konkurrens ..... I - 1446
— Villkoret att K+S skall utträda ur kartellen Kali-Export ..... I - 1447
— Villkoret att distributionsförbindelserna mellan K+S och SCPA skall upplösas ..... I - 1448

Förslag till avgörande ..... I - 1449

1. Är det möjligt att tillämpa bestämmelserna i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncerner [1] (nedan kallad förordningen) på oligopol? Och vilka är gränserna för kommissionens bedömning av företagskoncentrationers rättsenlighet enligt förordningens bestämmelser?

Ett tillfälle att svara på bland annat dessa frågor, som utan tvivel är relevanta för tillämpningen av förordningen, ges domstolen genom målen C-68/94 och C-30/95. I dessa mål — det ena anhängiggjort av den franska regeringen och det andra av Société commerciale des potasses et de l'azote (nedan kallat SCPA) och Entreprise minière et chimique (nedan kallat EMC) — ifrågasätts, dock utifrån delvis olika aspekter, rättsenligheten av kommissionens beslut 94/449/EG [2] (nedan kallat beslutet).

2. Genom detta beslut tillät kommissionen en företagskoncentration mellan verksamhe-

1 — EGT L 395, s.1.

2 — Kommissionens beslut av den 14 december 1993 om ett förfarande för tillämpning av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (ärende nr IV/M.308 — Kali+Salz/MdK/Treuhand) (EGT L 186, 1994, s. 38).

ter i bolagen Kali und Salz AG (nedan kallat K+S) och Mitteldeutsche Kali AG (nedan kallat MdK) inom områdena kaliumklorid och stensalt till ett gemensamt företag som bildats av K+S och Treuhandanstalt. Förklaringen om förenlighet är emellertid beroende av att dessa företag uppfyller vissa villkor, vilka huvudsakligen består i att affärsförbindelserna med SCPA och EMC skall brytas.

SCPA:s och EMC:s talan (mål C-30/95) syftar just till att beslutet skall ogiltigförklaras till den del dessa villkor föreskrivs. Den franska regeringens talan (mål C-68/94) gäller även andra delar och har således större räckvidd. Icke desto mindre anser jag det möjligt och rent av att föredra att dessa mål behandlas samtidigt, eftersom syftena med de två målen endast delvis är olika och några av de anförda grunderna och argumenten i huvudsak överensstämmer med varandra.

3. Innan jag redogör för beslutets innehåll och undersöker tvisten, som genom de principiella skäl den gäller kan utgöra en viktig etapp i rättspraxisen i fråga om konkurrens, anser jag det emellertid lämpligt att erinra om förordningens tillkomst, dess huvuddrag och det förfarande inom vilket kontrollen av företagskoncentrationer genomförs. Det blir på så sätt lättare att förstå några allmänna aspekter som senare skall nämnas i samband med undersökningen av de olika frågorna om upptagande till sakprövning och de materiella frågorna som uppkommit i målen i fråga.

Förordningens tillkomst och innehåll

4. Till skillnad från EKSG-fördraget (artikel 66) innehåller inte EG-fördraget någon särskild bestämmelse om företagskoncentrationer. Denna lucka är resultatet av en bestämd politisk vilja att främja stärkandet, även genom koncentrationer, av gemenskapens företag. Även kommissionen intog, i ett memorandum av den 1 december 1965, en huvudsakligen positiv inställning till koncentrationerna, eftersom den ansåg dem vara till nytta för att stärka den europeiska industrin, som fortfarande var för svag för att konkurrera på de internationella marknaderna. I samma memorandum förklarade den dessutom att den avsåg att hellre tillämpa artikel 86 än artikel 85 på koncentrationerna. Detta synsätt godkändes av domstolen som i domen i målet Continental Can erkände att det kunde uppstå ett otillåtet missbruk i enlighet med artikel 86 när ett företag som redan har dominerande ställning stärker sin ställning, till exempel genom en fusion, "så att graden av dominans väsentligen hämmar konkurrensen" [3].

3 — Dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72 (REG 1973, s. 215, punkt 26; svensk specialutgåva, häfte 2).

Tillämpligheten av artikel 86 var emellertid inte ett alldeles tillfredsställande svar, om inte annat för att bestämmelsen medger ingripande endast i efterhand och således endast på redan existerande dominerande ställningar, medan en reglering av koncentrationerna framför allt borde förebygga konkurrenshämmande verkningar. Kommissionen framlade därför kort tid efter domen i målet Continental Can ett första förslag till förordning ad hoc för kommissionen. Dess följande beslutspraxis tydliggjorde för övrigt en vilja att omvärdera tillämpningen av artikel 85 på koncentrationer genom att göra en "förhandsbedömning" [4]. Denna orientering föreföll vinna godkännande i domen i målet Philip Morris [5], i vilken domstolen medgav att ett företags förvärv av en minoritetsandel av ett konkurrerande företags kapital på vissa villkor kunde ge upphov till en konkurrensbegränsning som är oförenlig med artikel 85.

5. Den nyss nämnda domen närde debatten i ämnet och föranledde kommissionen att år 1988 framlägga ett nytt förslag. Det var på grundval av detta förslag som rådet antog förordningen, vars slutliga text uppvisar spår av de ibland djupa kontraster som kännetecknade dess tillkomst. [6]

Den positiva synen på formerna för sammanslutning mellan företag, vilka ansågs utgöra ett medel för att möjliggöra för den europeiska industrin att konkurrera effektivt på den internationella marknaden, övergavs inte ens genom att förordningen antogs. I inledningen till denna framhålls nämligen att koncentrationerna, som kommer att öka i antal till följd av att de inre gränserna avskaffas för att genomföra den inre marknaden, måste bedömas positivt, eftersom de motsvarar kraven på en dynamisk konkurrens och kan höja den europeiska ekonomins konkurrenskraft samt förbättra förutsättningarna för tillväxt och höja levnadsstandarden i gemenskapen. Uppmuntran till koncentration och omstrukturering av industrin får emellertid inte medföra en varaktig nackdel för konkurrensen, varför gemenskapsrätten måste ingripa beträffande "sådana koncentrationer som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den" (femte övervägandet).

6. Förordningen är framför allt grundad på artikel 87, eftersom den innehåller tillämpningsbestämmelser för artikel 85 och arti-

4 — Se i detta hänseende till exempel Santamaria, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995 s. 92 och följande sidor, i vilken som första exempel på denna praxis nämns kommissionens beslut 85/78/EEG av den 12 december 1984 (ärende Mechaniver — PPG) (EGT 1985, L 35, s. 54).

5 — Dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84 (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, häfte 9). Se däremot, som exempel på uppfattningen att domen i målet Philip Morris inte skall tolkas som tillämplig på andra fall än det konkreta fallet, bland andra Bellamy, Mergers outside the Scope of the New Merger Regulation. Implications of the Philip Morris Judgement, i *Fordham Corp. Law Institute*, 1988, s. 22.

6 — Se Frignani-Waelbroecks rekonstruktion i *Disciplina della concorrenza nella CE*, Turin, 1996, s. 685—686.

kel 86. Eftersom, som man också kan läsa i sjätte övervägandet, "artiklarna 85 och 86 [emellertid] ... inte (har) tillräcklig räckvidd för att omfatta alla de transaktioner som kan visa sig vara oförenliga med den ordning som i enlighet med fördraget skall säkerställa att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids", utgörs dess rättsliga grund även av artikel 235.

Koncentrationerna definieras i artikel 3.1 med ett mycket vidsträckt begrepp, som utöver fusion omfattar även situationer där de berörda parternas juridiska och till och med ekonomiska självständighet kan bevaras. [7] Det som mest karaktäriserar en koncentration, utöver fusioner i teknisk mening, är förvärv av kontrollen, som definieras i artikel 3.3 som "möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag" genom "ägande- eller nyttjanderätt till ett företags samtliga tillgångar eller en del av dessa" eller "rättigheter eller avtal som ger ett avgörande inflytande på sammansättningen av företagets organ och dessas voteringar eller beslut". De åtgärder som omfattas av bestämmelsen i artikel 3 är underkastade förordningens bestämmelser endast om de har en "gemenskapsdimension" [8]. De andra fallen av koncentration faller däremot inom de nationella myndigheternas behörighet.

7. I artikel 2.1 förpliktas kommissionen att vid bedömningen av om koncentrationerna är förenliga med den gemensamma marknaden ta hänsyn till "behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden mot bakgrund av bland annat strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen" och till en rad parametrar som används för att tillförsäkra att inblandade företag får en faktisk marknadsstyrka [9]. Uppräkningen i bestämmelsen lämnar kommissionen ett stort utrymme för eget skön också i det att den inte anger någon hierarki mellan de olika omständigheterna som skall beaktas. Inte heller är det utan vikt att förordningen saknar presumtioner för rättsstridighet som har samband med företagens marknadsandelar och matematiska kriterier

7 — Ordagrant: "a) om två eller flera tidigare självständiga företag slås samman, eller b) om — en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag, eller — ett eller flera företag antingen genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag".

8 — Denna uppnås när "den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga de berörda företagen överstiger 5 000 miljoner ecu" eller "den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen i dess helhet för minst två av de berörda företagen överstiger 250 miljoner ecu" om inte "vart och ett av de berörda företagen [som genomför koncentrationen] uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen som helhet inom en och samma medlemsstat" (artikel 1.2)

9 — Det är fråga om "de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, deras tillgång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknaden, utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna, avnämarintressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen".

som kan användas vid bedömningen, medan däremot sådana finns i annan antitrustlagstiftning [10].

I artikel 2.2 och 2.3 föreskrivs att bedömningen som görs på grundval av nyss nämnda kriterier i sista hand beror av huruvida koncentrationen i fråga skapar eller förstärker en dominerande ställning "som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas" [11].

8. Vad gäller kontrollförfarandet är detta indelat i två faser. Under loppet av den första frågan, som inleds med en anmälan [12] och varar i en månad, kontrollerar kommissionen om koncentrationen väcker allvarliga tvivel vad beträffar dess förenlighet med den gemensamma marknaden [13]. Om så inte är fallet eller om man inte hamnar inom förordningens tillämpningsområde, slutar förfarandet i den första fasen genom kommissionens beslut (artikel 6.1 a och 6.1 b i förordningen). I avsaknad av beslut anses koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden (artikel 10.6).

Om däremot åtgärden ger anledning till allvarliga tvivel och kommissionen därför beslutar att inleda ett formellt förfarande (artikel 6.1 c i förordningen) måste beslutet fattas inom fyra månader. Om så inte sker anses koncentrationen vara förenlig med den gemensamma marknaden. I det eventuella (slutliga) beslutet kan koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden och om så behövs underkastas villkor och åligganden (artikel 8.2) eller förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden. I det senare fallet kan kommissionen, om koncentrationen redan har

10 — I USA infördes genom "Merger Guidelines" av år 1984 det så kallade Herfindhal-Hirschman Index (HHI) som sammanlägger varje i koncentrationen inblandat företags marknadsandel efter att ha höjt den med kvadraten. För att bestämma den faktiska ökningen av koncentrationsgraden till följd av åtgärden dubblas produkten av marknadsandelarna för de berörda företagen. Om HHI-index efter koncentrationen understiger 1 000 medges som regel åtgärden. Om det ligger mellan 1 000 och 1 800 skall åtgärden undersökas och kan förbjudas om den medför en höjning med mer än 100. Om slutligen HHI överstiger 1 800 kan koncentrationen förbjudas även om den medför en ökning som understiger 50.

11 — Inflikandet av "påtagligt" har väckt livlig debatt i doktrinen. Bland de mest tillförlitliga tolkningarna finns den som förbinder uttrycket med kriteriet *de minimi*, på så sätt att endast de koncentrationer kan förklaras oförenliga som har väsentliga effekter på konkurrensen och reducerar den på avsevärt och varaktigt sätt. Se i detta hänseende Langeheine, Substantive Review under the EEC Merger Regulation, i *Fordham Corporate Law Institute*, 1990, s. 484 och följande sidor. Se på denna punkt även Bellamy och Child, *Common Market Law of Competition*, fjärde upplagan, London 1993, s. 336 och följande sidor. Vad gäller betydelsen av "effektiv konkurrens", hänvisas i domstolens rättspraxis till de faktiska villkor till vilka konkurrensen skulle utveckla sig om begränsningen i fråga inte fanns. Se på denna punkt dom av den 10 december 1985 i mål 31/85, ETA/DK Investment (REG 1985, s. 3933), punkt 11. Se även Dechery, Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations i *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 317, särskilt s. 323.

12 — Delgivningen av koncentrationsplanen skall ske inom en vecka från det att avtalet slutits eller från det att anbudet om förvärv eller byte publicerats eller från förvärvet av en andel som ger kontroll.

13 — Bedömningen av en koncentration med "gemenskapsdimension" förutsätter uppenbarligen att den ekonomiska referenssektorn avgränsas, såväl vad gäller produkten som vad gäller det geografiska område som skall beaktas. I detta hänseende finns hjälp i anvisningarna i formuläret CO, som föreskrivs i bilaga I till kommissionens förordning (EEG) nr 2367/90 av den 25 juli 1990 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt förordning (EEG) nr 4064/89 (EGT L 219, s. 5), som under tiden har upphävts och ersatts av kommissionens förordning (EEG) nr 3384/94 av den 21 december 1994 (EGT L 377, s. 1; svensk specialutgåva, område 8, volym 3, s. 16). I detta formulär uppräknas alla uppgifter som skall ges in till kommissionen vid anmälningstillfället.

genomförts, förordna om varje slag av åtgärd som kan återupprätta en effektiv konkurrens (artikel 8.4).

Förfarandet och beslutet

9. Den 14 juli 1993 mottog kommissionen i enlighet med artikel 4.1 i förordningen anmälan om en koncentrationsplan mellan det tyska företaget K+S, tillhörigt kemikoncernen BASF, och MdK, ett bolag som svarar för all verksamhet i det område som tidigare var Tyska demokratiska republiken inom sektorn för utvinning och omvandling av kaliumsalter och stensalt och vars enda aktieägare är Treuhand, ett offentligrättsligt organ för omstrukturering av de statliga bolag som tillhörde DDR.

Det är lämpligt att på denna punkt precisera att K + S vid tillfället för anmälan om koncentrationsplanen med stor marginal var den största producenten i Europa av kaliumklorid, med mer än 2 000 000 ton om året, följt av MdK med 1 430 000 ton om året. Totalt nådde den tyska kaliumproduktionen således under året omedelbart före koncentrationen (1992) en nivå på 3 500 000 ton. På tredje plats, med cirka 1 000 000 ton om året, fanns produktionen från Mines de potasse d'Alsace (nedan kallat MPA), tillhörigt det franska offentligrättsliga organet EMC, som för övrigt innehar 100 % av kapitalet i SCPA, ett bolag som saluför produkterna i fråga. Därefter följde, med produktionskvantiteter som understeg 1 000 000 ton om året, tre spanska företag, som nyligen hade bringats att ingå i ett statligt organ kallat INI, och som saluför sina produkter genom ett och samma bolag, nämligen Coposa, och slutligen det brittiska bolaget Cleveland Potash Limited (nedan kallat CPL).

10. Enligt koncentrationsplanen skulle all K+S' och MdK:s utvinnings- och omvandlingsverksamhet av kaliumklorid och stensalt flyttas till Mitteldeutsche Kali GmbH (nedan kallat MdK GmbH), ett gemensamt företag ägt av K+S och Treuhandanstalt. K+S skulle tillföra det gemensamma företaget all sin verksamhet inom sektorn i fråga, medan Treuhand skulle tillföra kapital på över en miljard mark. K+S och Treuhand skulle innehа 51 respektive 49 procent av kapitalet och rösträtten.

Efter att ha undersökt planen beslutade kommissionen den 16 augusti 1993 med tillämpning av artikel 6.1 c i förordningen att inleda ett formellt förfarande eftersom koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel beträffande förenligheten med den gemensamma marknaden. Kommissionen

antog därefter, den 14 december 1993, beslutet att tillåta koncentrationen [14], vilket dock med tillämpning av artikel 8.2 i förordningen förenades med vissa villkor.

11. Marknaden för den relevanta produkten såsom den identifieras i beslutet angår huvudsakligen kaliumkloridprodukter avsedda för jordbruket. [15] Det är fråga om mineralgödningsmedel som används ensamt eller tillsätts jorden tillsammans med andra ämnen, särskilt i så kallade sammansatta gödningsmedel där de ingår tillsammans med kväve och fosfor. Inte vid något av användningssätten kan kaliumsalterna ersättas av andra ämnen. Enligt kommissionens åsikt är dessa produkter — oavsett innehåll (olika kvantitet kaliumklorid), form (standardprodukt eller kornformig produkt) eller användningsområde (jordbruk eller industri för produktion av sammansatta gödningsmedel) — objektivt och i hög grad utbytbara från förvärvarens synpunkt, på så sätt att de i vilket fall som helst kan behandlas gemensamt. [16]

Kommissionen har vidare avgränsat en andra relevant marknad, skild från den för kaliumkloridprodukter, till alla produkter som innehåller magnesium och har likaledes konstaterat att det på denna sektor — på den gemensamma marknaden betraktad i sin helhet — i stort sett endast är K+S och MdK som är verksamma. [17] Fastän kommissionen kom till den slutsatsen att dessa företag till följd av fusionen skulle åtnjuta en monopolställning inom gemenskapen vad gäller magnesiumsulfat och kieserit, och att således det bolag som håller på att bildas innehar en dominerande ställning på denna särskilda marknad med en andel på 92 % [18], påverkade detta inte beslutet.

12. Vad gäller kaliumsaltprodukter för användning i jordbruket, på vilka beslutet nästan helt är inriktat, urskilde kommissionen däremot två viktiga geografiska marknader, nämligen Tyskland och resten av gemenskapen. [19]

Vad gäller den tyska marknaden konstaterade kommissionen att koncentrationen i fråga skulle stärka K+S' dominerande ställning och rent faktiskt skapa ett monopol. [20] Med hänsyn till insolvensen i MdK, vilket kommer att försvinna från marknaden om

14 — Den rådgivande kommitténs för koncentrationer positiva yttrande, som avgivits med majoritet vid sammanträdet den 3 december 1993, är publicerat i EGT 1994, C 199, s. 5.

15 — Kommissionen har uteslutit att koncentrationen inom sektorerna för salt och för produkter utvunna ur kaliumsalt avsedda för industriellt bruk skulle kunna skapa eller förstärka en dominerande ställning som allvarligt kan hindra en effektiv konkurrens inom gemenskapen eller i en väsentlig del därav.

16 — Se punkt 13—29 i beslutet.

17 — Se punkt 30—45 i beslutet.

18 — Se punkt 69 i beslutet.

19 — Se punkt 31—44 i beslutet.

20 — Förutom de mängder som är avsedda för eget bruk (som nästan helt utgörs av K+S' interna leveranser i BASF-koncernen) är K+S' marknadsandel cirka 79 procent och MdK:s 19 procent. MdK GmbH:s totala marknadsandel är därför 98 procent (fyrtiosjätte övervägandet i beslutet).

det inte övertas av ett annat företag, med följd att dess andel i vilket fall som helst skulle förvärvas av K+S, drog kommissionen den slutsatsen att den dominerande ställningen skulle skapas även ifall den planerade koncentrationen förbjöds. [21]

Under dessa omständigheter ansåg kommissionen att den kunde godta de argument från parterna som grundades på tillämpning av teorin om *failing company defense* (teorin om skydd för ett insolvent företag), enligt vilken de behöriga myndigheterna inte kan förbjuda en koncentration om ett av de berörda företagen håller på att gå i konkurs. I ljuset av den situation som skulle skapas i östra Tyskland till följd av att MdK stängdes måste, fortfarande enligt kommissionen, denna slutsats anses förenlig med kravet på att stärka gemenskapens ekonomiska och sociala samhörighet, till vilket det trettonde övervägandet i förordningen uttryckligen hänvisar. [22]

13. Vad gäller den marknad som omfattar alla medlemsstater med undantag av Tyskland, anmärkte kommissionen att det till följd av den planerade koncentrationen skulle finnas två företag med dominerande ställning, nämligen K+S/MdK och SCPA. [23]

Kommissionens bedömning är å ena sidan grundad på det övervägandet att det utbud som inte kommer från de två huvudproducenterna är starkt uppdelat och tillhör näringsidkare som inte kan inkräkta på de marknadsandelar som innehas av duopolet. [24] Å andra sidan är den grundad på presumtionen att det inte föreligger någon effektiv konkurrens mellan K+S och SCPA, detta på grund av dels den relevanta marknadens egenskaper, dels de två företagens beteende i det förflutna och dels, slutligen, deras nära affärsmässiga band. [25] Dessa band består huvudsakligen i a) samarbetet inom den kartell för export som utgörs av Kali-Export GmbH, ett bolag bildat enligt österrikisk rätt med säte i Wien, som samordnar försäljningen av sina medlemmars kaliumkloridprodukter i länder utanför gemenskapen (i denna kartell ingår, med vardera 25 procent av kapitalet, K+S, MdK, SCPA och Coposa), b) kontrollen av ett gemensamt företag i Canada, Potacan, i vilket K+S och EMC/SCPA innehar vardera 50 procent av kapitalet och c) i de konsoliderade leveransförbindelser, i kraft av vilka SCPA distribuerar K+S' produkter i Frankrike.

21 — Se punkt 70 i beslutet.

22 — Se punkt 95 i beslutet.

23 — Som framhålls i punkterna 51 och 52 i beslutet skulle det företag som härrörde från fusionen mellan K+S och MdK tillsammans med franska SCPA innehа sammanlagt 80 procent av gemenskapens produktion av kaliumsalter (K+S 35 procent, MdK 25 procent och SCPA 20 procent). Med uteslutande av de berörda företagens interna konsumtion och således på grundval endast av försäljningen, uppnås en sammanlagd marknadsandel på cirka 50 procent (K+S 17 procent, MdK 8 procent och SCPA 25 procent). Eftersom emellertid SCPA säljer avsevärda mängder kaliumsalt till andra producenter, även i tredje land, erhålls slutligen, med beaktande av den sammanlagda försäljningen som kontrolleras av K+S, MdK och SCPA i gemenskapens medlemsstater med undantag av Tyskland, en sammanlagd marknadsandel på 60 procent (K+S 16 procent, MdK 7 procent och SCPA 37 procent).

24 — Se punkt 54—56 i beslutet.

25 — Se punkt 57—62 i beslutet.

14. Med anledning av ovanstående ansåg kommissionen därför att koncentrationen skulle leda till en kollektiv dominerande ställning på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland, och att denna på ett betydande sätt skulle skada konkurrensen. För att undvika de negativa konsekvenserna av koncentrationen accepterade parterna att åta sig vissa förpliktelser som anges i punkt 63 i beslutet, som jag ordagrant återger:

"— *Kali-Export GmbH, Wien*

K+S och det gemensamma företaget skall omedelbart dra sig ur Kali-Export GmbH ...

K+S och det gemensamma företaget skall även säga upp avtalet om representation med Kali-Export GmbH ... i enlighet med de villkor för uppsägning som anges i avtalet. Efter det att detta har skett kommer det gemensamma företaget att konkurrera med Kali-Export GmbH genom sin egen distributionsorganisation ...

— *Distributionen i Frankrike*

K+S och det gemensamma företaget skall inrätta sin egen distributionsorganisation inom gemenskapen — i den mån en sådan ännu inte existerar — och skall distribuera sina produkter genom denna distributionsorganisation enligt rådande handelsbruk. En distributionsorganisation skall inrättas i Frankrike för kaliumklorid och för förädlade produkter av kaliumklorid. Distributionsorganisationen skall täcka hela den franska marknaden, och dess utformning och storlek skall stå i proportion till den franska marknadens betydelse. Etableringen av denna distributionsorganisation skall göras utifrån lönsamhetsprincipen.

Det aktuella samarbetet med SCPA, i dess egenskap av distributör på den franska marknaden, skall upphöra ... Detta innebär att SCPA kan fullgöra redan ingångna avtal med sina egna kunder och att det gemensamma företaget etablerar en egen distributionsorganisation. Det är fortfarande möjligt att ingå försäljningsavtal med SCPA på normala marknadsvillkor."

15. Med hänsyn till kommissionens tvivel vad beträffar koncentrationens negativa effekter på konkurrensvillkoren inom gemenskapen förband sig vidare K+S, som anges i punkt 65 i beslutet, att "senast den 30 juni 1994 omstrukturera Potacan på så sätt att båda delägarna får möjlighet att oberoende av den andra på den gemensamma marknaden sälja kaliumklorid som Potacan har framställt".

I detta hänseende preciseras likväl i punkt 67 följande: "Kommissionen har avstått från att göra ovannämnda förpliktelse angående

Potacan till ett formellt åtagande. Den har tagit hänsyn till förpliktelsen och förmodar att K+S kommer att göra sitt yttersta för att uppnå ett avtal med EMC/SCPA om en omvandling av Potacan som tillfredsställer ovannämnda krav." Med hänsyn till den omständigheten att EMC/SCPA inte är part i målet och till att för övrigt K+S och EMC i enlighet med förordning nr 17 till kommissionen har anmält att det gemensamma företaget Potacan har bildats, tillägger kommissionen att "[f]ör det fall K+S, trots stora ansträngningar, inte kan träffa en överenskommelse med EMC, måste en lämplig lösning på de konkurrensproblem som hänger samman med det gemensamma företaget Potacans aktuella form sökas inom ramen för förfarandet i enlighet med förordning nr 17".

16. Kommissionen ansåg att förpliktelserna i fråga skulle leda till en upplösning av de existerande täta förbindelserna mellan K+S och SCPA/EMC och fattade ett beslut om att anse koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. I artikel 1 i beslutet föreskrivs följande: "Den planerade koncentrationen mellan Kali och Salz AG, Mitteldeutsche Kali AG och Treuhandanstalt förklaras förenlig med den gemensamma marknaden på villkor att de villkor och åliganden som anges i parternas förklaringar om åtaganden och som nämns i punkt 63 i förevarande beslut uppfylls."

De två målen: avgränsning av problemet och uppläggning av förslaget till avgörande.

17. Som redan sagts har beslutet ifrågasatts både av den franska regeringen (mål C-68/94 [26]) och av SCPA och EMC (mål C-30/95 [27]). De senare yrkar att artikel 1 skall ogiltigförklaras i den del den underkastar förklaringen om koncentrationens förenlighet de villkor som anges i punkt 63. Bolagen yrkar vidare att beslutet skall ogiltigförklaras i den del K+S åläggs (som anges i punkt 65) att senast den 30 juni 1994 omstrukturera bolaget Potacan.

Till stöd för sin talan har bolagen åberopat sex grunder. I de två första gör de gällande att villkoren i punkt 63 saknar samband med upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden. I den tredje gör de gällande att kommissionen har åsidosatt deras rättigheter när den accepterade åtagandet beträffande Potacan. I den fjärde och den femte gör de gällande att kommissionen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av fakta både när den bestämde den geografiska marknaden som bestående av medlemsstaterna med undantag av Tyskland och när den bedömde förhandenvaron av en påstådd kollektiv dominerande ställning på den marknaden. Slutligen gör de gällande att förordningens bestämmelser inte är tillämpliga på fall av kollektiv dominerande ställning.

26 — I målet har den tyska regeringen intervenerat till stöd för kommissionens yrkanden.

27 — I målet har den franska regeringen intervenerat till stöd för sökandenas yrkanden, medan K+S och MdK har tillåtits intervenera till stöd för kommissionens yrkanden.

18. Jag anser det viktigt att erinra om att SCPA och EMC när målet fortfarande var anhängigt vid förstainstansrätten [28] ansökte om uppskov med verkställigheten av det överklagade beslutet, i den del K+S åläggs att sälja sina andelar eller frånträda Kali-Export och avsluta avtalsförhållandena med SCPA beträffande distribution. Bolagen ansökte dessutom om uppskov med det förfarande som inletts av kommissionen med stöd av artikel 17 i förordningen beträffande Potacan.

Efter ett första interimistiskt beslut [29] biföll förstainstansrättens ordförande genom beslut av den 15 juni 1994 [30] delvis de överklagande bolagens ansökan och uppsköt verkställigheten av artikel 1 i beslutet i den del K+S och det gemensamma företaget åläggs att frånträda Kali-Export.

19. Till skillnad från SCPA och EMC yrkar den franska regeringen att beslutet skall ogiltigförklaras i sin helhet (mål C-68/94). Den gör gällande att kommissionen har åsidosatt skyldigheten till nära och ständig samverkan med myndigheterna i medlemsstaterna, som föreskrivs i förordningen. Vidare gör den gällande att kommissionen har gjort en felaktig bedömning av verkningarna av koncentrationen på den tyska marknaden, särskilt vad beträffar tillämpligheten i detta fall av teorin om *failing company defense* samt att den felaktigt har bedömt koncentrationen på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland.

Med denna sista grund, som i sin tur är uppdelad i flera delgrunder, kritiserar den franska regeringen a) avgränsningen av den geografiska marknaden som utgörs av medlemsstaterna med undantag av Tyskland, b) tillämpningen av koncentrationsförordningen på kollektiva dominerande ställningar, c) felaktig användning i förevarande fall av begreppet kollektiv dominerande ställning, d) föreskrivandet av villkor och åligganden som inte hör till koncentrationen.

20. Uppenbarligen sammanfaller SCPA:s och EMC:s invändningar beträffande den påstådda felaktiga bedömningen av koncentrationen på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland nästan helt med den franska regeringens. Detta gör det, som redan nämnts, möjligt att behandla den materiella delen av de två målen tillsammans och därvid när det behövs framhålla de olika argument som framförts.

28 — SCPA:s och EMC:s mål anhängiggjordes först vid förstainstansrätten och överflyttades sedan av denna till domstolen, eftersom den franska regeringens talan (mål C-68/94) beträffande samma beslut var anhängig vid denna. Eftersom de överklagande bolagen hade begärt att de två målen skulle behandlas tillsammans av domstolen förklarade förstainstansrätten i beslut av den 1 februari 1995 enligt artikel 47 tredje stycket i rättegångsreglerna att den saknade behörighet och översände akten till domstolen.

29 — Beslut av den 10 maj 1994 i mål T-88/94 R (REG 1994, s. II-263).

30 — Mål T-88/94 R (REG 1994, s. II-401).

Innan en ingående prövning av parternas grunder för talan företas anser jag det emellertid lämpligt att göra några korta anmärkningar av allmän karaktär i syfte att framhålla de principiella följderna av förevarande förfarande, utöver de visserligen betydande [ekonomiska] intressen som är inblandade.

21. Jag skall börja med att erinra om att bestämmelserna om konkurrens genom det reglerade ämnets karaktär i princip lämnar stor självständighet till den administrativa myndigheten, på vilken det ankommer att bedöma särdragen i det enskilda fallet för att fatta de mest lämpliga besluten. Det är likaledes ostridigt att gemenskapsdomstolen har till uppgift att, på detta område, ställa upp gränser för den skönsmässiga bedömningen av bestämmelsernas ekonomiska innebörd. [31]

Dessa anmärkningar gäller a fortiori i fråga om koncentrationer, vilkas kontroll, som nödvändigtvis är av preventiv karaktär, kräver en i sig skönsmässig bedömning från den som skall tolka och tillämpa förordningen. I alla antitrustsystem, även de med kontrollmetoder som är grundade på strukturella uppgifter (marknadsandel som innehas av berörda företag och anspråk därpå), möter man en tendens till meddelande av domar som tar hänsyn även till kvalitativa omständigheter och som beaktar särdragen i det enskilda fallet. [32] Användningen av kvalitativa kriterier får emellertid inte förvandlas till en oförutsägbar praxis, som, vilket det är lönlöst att förneka, skulle ha som omedelbar konsekvens att kontrollen av rättsenligheten starkt skulle inskränkas. [33] Denna kontroll förefaller för övrigt desto mer nödvändig om det beaktas att kommissionens dubbla roll, det vill säga att behörigheten att vidta undersökningar är förenad med behörigheten att fatta beslut, borde leda till att denna åläggs en ännu strängare skyldighet att respektera rätten till försvar. [34]

22. Jag vill göra dessa påpekanden just för att de speciella problem som väckts i förevarande förfarande underställer domstolens prövning en fråga av allmän karaktär som gäller gränserna för kommissionens fria skön [35] och

31 — Generaladvokaten Trabucchis överväganden i Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria sulla concorrenza i *Rivista di diritto civile*, 1973, I, s. 497 f. är upplysande vad gäller domstolens roll.

32 — Se, med hänvisning till USA, Leddy, The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy, i *ECLR*, 1993, s. 15.

33 — Vad gäller den formella rättsenligheten leder en sådan kontroll till att frågor som gäller behörighet, motivering, processuell rättsenlighet och respekt för rätten till försvar kontrolleras. Vad gäller den materiella rättsenligheten består denna däremot i en kontroll av lämpligheten av den ekonomiska analysen och analysen av marknaden, de konkurrenshämmande verkningarna och av det korrekta i de rättsliga följderna (vad gäller kvalifikationen av omständigheterna, till exempel) av analysen, naturligtvis utan att gå in på området för det fria skön som kommissionen har vid tillämpningen av konkurrensbestämmelser. Se härom Canivets och Biancarellis redogörelser i *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations* (Actes du séminaire organisé par le Tribunal de première instance des Communautés européennes, les 22 et 23 novembre 1993), Luxemburg 1994, s. 25—38 och 55—65.

34 — Domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80—103/80, Musique Diffusion française (Pioneer) (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, häfte 7).

35 — I detta hänseende vill jag anmärka att den positiva synen på koncentrationer, som nämndes i inledningen, har bekräftats i kommissionens pragmatiska inställning när den tillämpade förordningen, en inställning som kännetecknades av att den föredrog "förhandlingslösningen", som i vilket fall som helst gynnar de undersökta projekten. Slutligen har behörigheten att godkänna koncentrationerna under förutsättning att villkor och åtaganden respekteras använts ofta, och behörigheten att förbjuda dem har tvärtom fått en ganska begränsad användning. Se härom Van Bael-Bellis, *Il diritto della concorrenza nella CE*, 1995, s. 555—556.

domstolens härav följande behörighet att ingripa.

Domstolen måste därför med stor försiktighet bedöma de, skulle jag säga, "systematiska" konsekvenserna som dess beslut kan få, först och främst vad gäller rättssäkerheten, likabehandlingen och skyddet för tredje mans rättigheter samt verkningarna på framtida praxis i fråga om kontroll av koncentrationer. Jag tror inte att det är överflödigt att i detta hänseende påminna om att en domstolskontroll är nödvändig vid fastläggandet av regler i fråga om koncentrationer, och det även i system där det till skillnad från i vårt redan finns en i förväg bestämd bedömningsgrund som vägleder den administrativa myndigheten och gör dess praxis klar och förutsägbar. [36]

23. På följande sidor skall jag analysera de invändningar om att målet inte kan tas upp till sakprövning som kommissionen har gjort beträffande de franska bolagens talan (mål C-30/95) och som gäller a) möjligheten att delvis ogiltigförklara beslutet såsom bolagen begär, b) deras talerätt, c) möjligheten att väcka talan mot beslutet i den del det avser K+S' förbindelse att omvandla Potacans struktur (punkt 65) och slutligen d) sökandenas intresse av att få saken prövad.

Jag skall sedan övergå till att undersöka den materiella delen av de båda målen. Först skall jag behandla de två grunder som endast den franska regeringen har anfört, det vill säga det bristande iakttagandet av den nära och ständiga samverkan med medlemsstaternas myndigheter som åligger kommissionen enligt artikel 19 i förordningen (a) samt bristerna i kommissionens bedömning beträffande koncentrationens verkningar på den tyska marknaden (b). Därefter skall jag göra en undersökning av den kritik som är gemensam för de båda målen, det vill säga beträffande bedömningen av koncentrationens verkningar på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland (c). I detta hänseende kommer främst de aspekter som gäller avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden att behandlas (1). Jag kommer därefter att behandla möjligheten att använda förordningens bestämmelser för att ingripa kollektiva dominerande ställningar (2) samt deras tillämplighet i förevarande fall (3) mot bakgrund av bland annat de kriterier som kommissionen har utarbetat i sina tidigare beslut. Slutligen skall jag behandla de aspekter som gäller rättsenligheten av uppställandet av villkor gällande subjekt som är att anse som tredje man i förhållande till koncentrationen (d).

I — Upptagande till sakprövning (mål C-30/95)

24. Jag skall först pröva kommissionens invändningar om rättegångshinder beträffande de franska bolagens talan.

36 — Se beträffande erfarenheterna i USA anmärkningar av Hawk, Public Private Enforcement of Merger Law in the United States i *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, ovan, fotnot 33, s. 81 och följande sidor, särskilt s. 83—84, som erinrar om hur "The legality of mergers is ultimately determined in the Courts according to the judicial standards developed under Section 7 of the Clayton Act, althought the Giudelines are increasingly consulted".

a) *Partiell ogiltigförklaring*

25. Den första invändningen gäller begäran att beslutet skall förklaras delvis ogiltigt. Kommissionen anför att ogiltigförklaring av ett eller alla villkoren oundvikligen skulle tvinga den att återkalla hela det överklagade beslutet, eftersom förutsättningarna för att förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden skulle försvinna.

Sökandena anför däremot att de ifrågasatta villkoren visst kan skiljas från resten av beslutet och att deras ogiltigförklaring inte skulle ha annan verkan än den att beslutet skulle vara ovillkorat. De tillägger att den situation som kommissionen fruktar inte alls kan inträffa eftersom artikel 8.5 i förordningen, som tillåter kommissionen att återkalla sitt beslut i fall av bristande åtlydnad av en förpliktelse som parterna åtar sig, inte är tillämplig i förevarande fall [37].

26. Jag anser att denna invändning skall prövas tillsammans med den materiella delen av talan. Endast på det sättet kan det kontrolleras om villkorens eventuella upphävande verkligen kan ha verkningar på resten av beslutet, så att en total ogiltigförklaring blir nödvändig.

Abstrakt sett skulle det för övrigt visst vara möjligt att företa den "klyvning" som sökandena förespråkar, detta även i ljuset av artikel 10.5 i förordningen, där möjligheten till partiell ogiltigförklaring uttryckligen föreskrivs. Vad som i detta syfte måste avgöras är om de villkor föreligger som gemenskapens rättspraxis ställer för utövande av behörigheten till partiell ogiltigförklaring. Det är, som förstainstansrätten fastlade i domen i målet Società Italiana Vetro m. fl. [38], (nedan kallad "platt glas"), fråga om att "fastslå om räckvidden av bestämmelsen i beslutet, läst i ljuset av sin motivering, kan underkastas en begränsning i fråga om ämne, person eller tid såsom begränsning av dess verkningar utan att innehållet ändras". När detta skall fastslås är det lämpligt att ta hänsyn till att det, vilket domstolen har slagit fast, är möjligt att "företa en partiell ogiltigförklaring av det skälet att det rör sig om ett beslut som sammantaget gynnar de berörda företagens intressen" [39].

27. Som redan anmärkts vilar föreskrivandet av villkor för koncentrationens förenlighet på det övervägandet att koncentrationen enligt kommissionen skulle leda till att ett duopol som kan hindra konkurrensen skapades på den gemensamma marknaden med

37 — Enligt denna bestämmelse "kan [kommissionen] återkalla det beslut som den har fattat enligt punkt 2, om a) förklaringen om förenlighet med den gemensamma marknaden grundar sig på oriktiga uppgifter för vilka ett av de berörda företagen är ansvarigt eller om den har utverkats på ett bedrägligt sätt, eller b) de berörda företagen åsidosätter ett åläggande som var förenat med beslutet".

38 — Dom av den 10 mars 1992 i de förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89 (REG 1992, s. II-1403, punkt 320; svensk specialutgåva, häfte 12).

39 — Dom av den 23 oktober 1974 i mål 17/74, Transocean (REG 1974, s. 1063, punkt 21; svensk specialutgåva, häfte 2).

undantag av Tyskland, som endast kan undvikas genom att dessa villkor åtlyds. För att delvis ogiltigförklara beslutet är det således nödvändigt att visa att detta antagande saknar grund, det vill säga att det inte är nödvändigt för att koncentrationen skall förklaras förenlig att uppställa villkor, eftersom koncentrationen inte har den verkan som kommissionen förmodade.

Detta bekräftar att invändningen endast kan prövas tillsammans med den materiella delen. Det skall redan nu understrykas att en partiell ogiltigförklaring dessutom kan leda till att artikel 10.5 i förordningen blir tillämplig [40], det vill säga att en ny tidsfrist fastställs och att kommissionen företar en ny prövning.

b) *Talerätt*

28. Kommissionen anför sedan att det överklagade beslutet inte direkt och personligen berör sökandena. Motsvarande anmärkningar har gjorts av bolagen K+S och MdK, som anser sig vara de enda adressaterna för de villkor som fastlagts i beslutet.

Invändningen förefaller mig uppenbart ogrundad. Eftersom de franska bolagen överklagar ett beslut som inte formellt riktar sig till dem skall det undersökas om det angår dem direkt och personligen, så som föreskrivs i artikel 173. Jag anmärker framför allt att det överklagade beslutet utan tvekan angår sökandena indirekt, eftersom den skada de franska bolagen påstått sig ha lidit beror på beslutet.

29. Vad gäller rekvisitet att sökandena skall vara personligen berörda skall det erinras om att enligt fast rättspraxis "kan andra personer än dem som ett beslut är riktat till göra anspråk på att vara personligen berörda endast om beslutet angår dem på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem i förhållande till alla andra personer och därigenom försätter dem i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett beslut är riktat till" [41]. I förevarande fall är det uppenbart att sökandenas situation är sådan att de klart särskiljs i förhållande till alla andra personer.

För det första är det av betydelse att sökandena hördes under det administrativa förfarandet. Av domstolens och förstainstansrättens fasta rättspraxis angående tredje mans talerätt i mål angående konkurrens, antidumping och stöd framgår nämligen att de perso-

40 — Ordagrant: "Om domstolen avkunnar en dom som helt eller delvis upphäver ett beslut av kommissionen enligt denna förordning, skall de tidsfrister som anges i förordningen börja löpa på nytt från dagen när domen avkunnades."

41 — Domar av den 15 juli 1963 i mål 25/62, Plaumann mot kommissionen (REG 1963, s. 197, särskilt s. 223; svensk specialutgåva, häfte 1), av den 19 maj 1993 i mål C-198/91, Cook (REG 1993, s. I-2487, punkt 20; svensk specialutgåva, häfte 14) och av den 28 oktober 1993 i mål T-83/92, Zunis Holding m. fl. mot kommissionen (REG 1993, s. II-1169, punkt 36; svensk specialutgåva, häfte 14).

ner som genom en förordning eller genom fördraget får rätt att vara part i ett administrativt förfarande har behörighet att föra talan "till skydd för sina berättigade intressen". [42]

30. För det andra har kommissionen bedömt konkurrenssituationen och koncentrationens verkningar på en av de två marknaderna som urskilts såsom relevant och tog härvid huvudsakligen och speciellt hänsyn till situationen för EMC/SCPA i deras egenskap av del av ett duopol med K+S. [43]

31. För det tredje berör alla de villkor som åläggs de företag som är inblandade i koncentrationen för att förklara densamma förenlig, direkt och nästan uteslutande, sökandenas intressen och kan på ett avsevärt sätt skada deras ställning på marknaden. [44] Det kan omedelbart inses att man genom att

42 — Domar av den 25 oktober 1977 i mål 26/76, Metro mot kommissionen (REG 1977, s. 1875, punkt 13; svensk specialutgåva, häfte 3), av den 4 oktober 1983 i mål 191/82, Fediol mot kommissionen (REG 1983, s. 2913, punkt 28 f.; svensk specialutgåva, häfte 7), av den 28 januari 1986 i mål 169/84, Cofaz m. fl. mot kommissionen (REG 1986, s. 391, punkt 23; svensk specialutgåva, häfte 8). I senare rättspraxis, se domar av den 18 maj 1994 i mål T-37/92, BEUC och NNC mot kommissionen (REG 1994, s. II-285, punkt 36) och av den 24 januari 1995 i mål T-114/92, BEMIM mot kommissionen (REG 1995, s. II-147, punkt 26).

43 — Domar av den 6 november 1990 i mål C-354/87, Weddel (REG 1990, s. I-3847, punkt 20—23) och av den 19 maj 1994 i mål T-2/93, Air France (REG 1994, s. II-323, punkt 45; svensk specialutgåva, häfte 15), i vilken förstainstansrätten upptog bolaget Air France talan till prövning angående ett beslut från kommissionen beträffande en koncentration mellan två av dess konkurrenter, även av det skälet att "konkurrenssituationen på de två marknader som urskilts som de berörda marknaderna efter koncentrationen har bedömts av kommissionen med hänsyn huvudsakligen till Air France situation".

44 — Se, om dock med avseende på ett fall av annan art, dom av den 28 januari 1986, Cofaz mot kommissionen (ovan fotnot 42, särskilt punkterna 28 och 29).

ställa det villkoret för antagandet av ett beslut angående en person, att avtals- eller bolagsförhållandena med tredje man skall ändras eller rent av upphöra, på ett betydande sätt ingriper inte bara i det första utan i båda företagens verksamhet.

32. Inte heller nyss nämnda anmärkning lyckas kommissionens argument kullkasta. Vad gäller SCPA utgör med säkerhet inte den omständigheten att det andra bolag som ingår i exportkartellen Kali-Export, spanska Coposa, likaså berörs av beslutet ett giltigt skäl att frånkänna förstnämnda bolag talerätt.

Först och främst drabbas SCPA direkt och specifikt även av andra villkor som föreskrivs i beslutet, och det är tillräckligt för att särskilja dess situation i förhållande till alla andra genom att identifiera bolaget på samma sätt som den till vilken en åtgärd riktar sig. För det andra skulle det inte vara möjligt att hindra ett företag som tveklöst (och individuellt) drabbas av ett beslut från att agera till skydd för sina intressen bara för att det finns ytterligare ett företag i motsvarande situation.

33. Om det perspektiv som här kritiserats godtas, riskeras att rätten till rättsligt skydd skadas. Dessutom förefaller mig perspektivet inte heller bekräftas av en korrekt tolkning av rättspraxis angående artikel 173 fjärde

stycket i fördraget. Det finns inte något, om inte möjligen en otillbörligt restriktiv läsning [45], som talar för att villkoret att någon "personligen och direkt berörs" måste gälla ett enda företag och inte kan gälla flera som konkret är exakt urskiljningsbara, eftersom de är omedelbart berörda av åtgärden. Vad som behövs för att talerätt skall föreligga är i själva verket att villkoret i fråga är uppfyllt, det vill säga att personen i fråga befinner sig i en faktisk situation som särskiljer denne från alla andra personer. Att så är fallet kan i förevarande mål inte på allvar ifrågasättas.

34. Jag vill vidare anmärka att det i förevarande fall också föreligger ett orsakssamband på så sätt att sökandenas situation har beaktats specifikt och till och med blivit avgörande för institutionens beslut samt ligger till grund för själva beslutets existensberättigande i den nu ifrågasatta delen. [46] Med andra ord visar själva de faktiska omständigheterna i målet att särskiljandet av de sökande bolagens situation inte var slumpmässig.

35. Slutligen förefaller det inte vara relevant att, som kommissionen gör, åberopa förstainstansrättens dom i målet Zunis Holding. [47] Enligt institutionen skulle enbart ett aktieinnehav i ett bolag som är inblandat i en koncentration inte vara tillräckligt för att särskilja dess faktiska situation på ett sätt som motsvarar situationen för den som beslutet riktar sig till vad gäller rätten att väcka talan mot det.

I detta hänseende vill jag framför allt anmärka att de principer som fastlades i domen i målet Zunis gällde sökande företag som var aktieägare i de bolag som var direkt inblandade i koncentrationen och således befann sig i en helt annan ställning än den som EMC och SCPA i förevarande mål befinner sig i. Dessutom förklarade förstainstansrätten i ovannämnda avgörande inte alls att innehav av aktier inte är tillräckligt för att särskilja en persons ställning i enlighet med artikel 173, som kommissionen anför, utan begränsade sig till att framhålla att det i detta syfte inte är tillräckligt att en rättsakt kan påverka förhållandena mellan aktieägarna och ett bolag, eftersom det dessutom krävs specifika omständigheter för att ett av bolagen skall kunna anses "direkt och personligen berört". Bland sådana omständigheter, även på grundval av en läsning "mellan raderna" av den nyss nämnda domen, skulle det inte vara orimligt att låta den särskilda storleken på aktieinnehavet ingå. [48]

36. De nyss gjorda anmärkningarna gäller både SCPA och EMC. Det senare företaget identifieras för övrigt av kommissionen även

45 — Som klargjordes av domstolen i dom av den 15 juli 1963, Plaumann mot kommissionen (ovan fotnot 41) "motiverar den språkliga utformningen av den angivna bestämmelsen en mycket extensiv tolkning. Dessutom bör inte de bestämmelser i fördraget som berör medborgarnas rätt att föra talan tolkas restriktivt" (REG 1963, s. 219).

46 — Se i frågan Barav och Vandersanden, *Contentieux communautaire*, Bryssel, 1977, s. 172.

47 — Ovan fotnot 41.

48 — Se dom i målet Zunis Holding, ovan fotnot 41, punkt 34—36 samt Cook-Kerse, *EC Merger Control*, London, 1996, s. 200—201.

som det företag som villkoret som gäller Kali-Export riktar sig till. Trots att endast SCPA är aktieägare i detta bolag gäller nämligen beslutet EMC/SCPA i förening, och således — med rätta eller ej — behandlade som en enda företagsenhet. [49] Följaktligen förefaller kommissionens försök att i syfte att utesluta talerätt skilja EMC:s ställning från SCPA:s åtminstone ansträngt, och det även om man vill bortse från det faktum att EMC självt har sagt sig ha lidit skador "oberoende" av SCPA, särskilt till följd av att exportkartellen upplöstes. Denna upplösning berövar nämligen bolaget försäljningsnätet mot tredje land och förhindrar dess "stora" export.

Det behöver knappast tilläggas att de här uttryckta övervägandena, beträffande invändningen om att målet inte kan tas upp till sakprövning som gällde villkoren för rätten att väcka talan mot beslutet, sammantagna kan vederlägga även de intervenerande bolagens argumentering i vilken de främst har koncentrerat sig på sökandenas bristande talerätt.

c) *Möjlighet att väcka talan angående den punkt som gäller Potacan*

37. Som sista invändning anser kommissionen att den del av beslutet som gäller Potacan inte kan ifrågasättas vid domstolen, eftersom det inte kan ha bindande rättsliga verkningar som kan påverka sökandenas intressen.

I detta hänseende vill jag främst erinra om att, enligt domstolens praxis, för att bestämma om talan kan väckas mot en rättsakt enligt artikel 173 skall hänsyn tas till rättsaktens innehåll, och det skall härvid avgöras om den syftar till att ha tvingande rättsverkningar som kan inverka på intressena för den som ifrågasätter rättsakten genom att på ett tydligt sätt förändra dennes rättsliga ställning. [50]

38. Det är förvisso underligt att kommissionen, fastän den har inlett ett förfarande ad hoc för att kontrollera Potacans förenlighet med den gemensamma marknaden enligt artikel 85 i fördraget, anser vara möjlig, eller till och med föreslår, en lösning redan i detta sammanhang och i praktiken anmodar ett av de företag som är inblandade i koncentrationen att "med största nit bemöda sig om att uppnå en överenskommelse med EMC/SCPA för omvandling av Potacan" som uppfyller de villkor som kommissionen själv uppställt. Man kan därför inte annat än tvivla beträffande frågan, huruvida detta agerande,

49 — Punkt 60 i beslutet.

50 — Se, i fråga om konkurrens, domar av den 24 juni 1986 i mål 53/85, Akzo (REG 1986, s. 1965; svensk specialutgåva, häfte 8) och av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen (REG 1981, s. 2639; svensk specialutgåva, häfte 6) och mer allmänt om begreppet rättsakt mot vilken talan kan väckas enligt artikel 173 i den här avsedda meningen, dom av den 16 juni 1993 i mål C-325/91, Frankrike mot kommissionen (REG 1993, s. I-3283), punkt 9, samt dom av den 23 november 1995 i mål C-476/93 P, Nutral (REG 1995, s. I-4125), punkt 28.

som uppenbarligen utgör en sammanblandning av förfaranden som, även om de har olika ämnen och olika parter, till slut påverkar varandra ömsesidigt, är korrekt.

Sedan detta sagts måste det emellertid erkännas att den del av beslutet som här har behandlats inte förefaller svara mot rekvisiten som uppställs i artikel 173 för att talan skall kunna väckas mot en rättsakt. Närmare bestämt kan den inte ha bindande rättsverkningar gentemot sökandebolagen.

39. Det överklagade beslutet innehåller i den del som här diskuteras ett enkelt "tillkännagivande" av den förpliktelse som K+S har åtagit sig, om dock till följd av ett uttryckligt förslag från kommissionen, nämligen att lösa frågan om Potacan genom en överenskommelse med EMC. Detta bolag har inte ålagts någon förpliktelse att inleda förhandlingar och ännu mindre att godta K+S' förslag. Sagda del av beslutet skulle, som tidigare anmärkts, kunna ha en, om dock indirekt, verkan på det förfarande som inletts i enlighet med förordning nr 17. [51] Det är emellertid fråga om följder som, även om de faktiskt skulle inträda, inte skulle kunna inverka på bedömningen av huruvida talan kan väckas mot den rättsakt som är föremål för förevarande förfarande.

Inte heller förefaller mig i förevarande fall den lösning som antogs i domen i "pappersmassemålen" [52] — i vilken domstolen, vad gäller möjligheten att väcka talan, jämställde ett åtagande från sökandebolagen med uppmaningar att se till att en överträdelse av artikel 3 i förordning nr 17 upphörde — inte med framgång kunna åberopas. Utan att gå in på skillnaden i förevarande fall, vill jag anmärka att förutsättningar i förevarande fall inte föreligger för den lösningen, eftersom det inte är fråga om att sökandena har begränsat sig till att samtycka till ett beslut som kommissionen ensidigt hade kunnat fatta.

40. Därför föreslår jag att den invändning som kommissionen och de intervenerande bolagen gjort skall vinna bifall, och att de franska bolagens talan angående nyss undersökta punkt skall avvisas.

d) *Avsaknad av intresse att få saken prövad*

41. De intervenerande bolagen har slutligen gjort gällande att de franska bolagens talan vidare inte kan tas upp till sakprövning av det skälet att de saknar intresse av att få

51 — Rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 (EGT 13, s. 204).

52 — Dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85— C-129/85, Ahlström m. fl. mot kommissionen (REG 1993, s. I-1307), punkt 181.

saken prövad, eftersom de redan till fullo har verkställt de förpliktelser som omfattas av villkoren i beslutet.

Jag vill i detta hänseende främst anmärka att invändningen på det processuella planet inte kan tas upp till prövning, eftersom den inte har någon motsvarighet i kommissionens argumentering. Invändningen kan i vilket fall som helst inte vinna bifall, med hänsyn till domstolens inställning att det av artikel 176 följer att, även i fall då uppfyllelse av den skyldighet som föreskrivs i den bestämmelsen skulle visa sig omöjlig, "talan om ogiltigförklaring fortfarande kan vara av intresse som grund för en eventuell skadeståndstalan". [53]

II — Saken

42. När jag behandlar saken skall jag framför allt undersöka de grunder som anförts endast av den franska regeringen och som således gäller mål C-68/94. Närmare bestämt skall jag börja med att bedöma huruvida det påstådda åsidosättandet av skyldigheten till samverkan med de nationella myndigheterna har fog (a), för att sedan övergå till att behandla de fel som har gjorts gällande beträffande bedömningen av koncentrationen på den tyska marknaden (b). Slutligen skall jag undersöka de synpunkter som gäller de fel som påstås ha begåtts vid bedömningen av koncentrationen på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland (c), däri inräknad frågan huruvida det är tillåtet att föreskriva villkor och åtaganden för tredje man beträffande koncentrationen (d). Dessa synpunkter har anförts i båda målen och de skall därför behandlas tillsammans beträffande de gemensamma argumenten.

a) *Åsidosättande av skyldigheten att samverka med de nationella myndigheterna* (mål C-68/94)

43. I denna grund gör den franska regeringen gällande att kommissionen på flera sätt har åsidosatt principen om nära och ständig samverkan med de nationella myndigheterna, vilken är fastlagd i artikel 19 i förordningen. Regeringen gör särskilt gällande att uppgifterna om fördelningen av de olika näringsidkarnas försäljning i var och en av medlemsstaterna och, vad gäller SCPA, om åtskillnaden mellan försäljningen av egna produkter och tredje mans produkter — uppgifter som den anser nödvändiga för att efter ett noggrant studium av omständigheterna bedöma dels kommissionens invändningar till de anmälande parterna, dels förslaget till beslut — inte hade meddelats medlemsstaterna förrän vid den rådgivande kommitténs möte den 3 december 1993. Den franska regeringens upprepade ansökningar härom fick den 5 november 1993 per telefon ett svar som endast var partiellt. Slutligen gör den franska regeringen gällande att felaktigheten i uppgiften beträffande SCPA:s försäljning i Belgien och Luxemburg, om vilken kommissionen har underrättat den rågivande kommittén, hindrade staternas företrädare

53 — Dom av den 5 mars 1980 i mål 76/79, Könecke (REG 1980, s. 665), punkt 9.

från att på bästa sätt bedöma koncentrationen. [54]

Kommissionen genmäler i första hand att principen i artikel 19.1 och 19.2 i förordningen om nära och ständig samverkan med medlemsstaterna inte är någon allmän och absolut princip, utan den skall förenas både med iakttagandet av de särskilt korta tidsfristerna som föreskrivs för kontrollförfarandet (artikel 10 i förordningen) och med respekten för yrkeshemligheter, som i förevarande mål åberopas just vad gäller den försäljning som gjorts i de olika länderna. I andra hand ankommer det enligt förordningen på kommissionen att bestämma vilka handlingar som är viktigast och som skall tillsändas myndigheterna i medlemsstaterna. I vilket fall som helst hade enligt kommissionen i förevarande fall både myndigheterna i medlemsstaterna och den rådgivande kommittén tillgång till alla upplysningar som var nödvändiga för att göra en samlad bedömning av den planerade koncentrationens inverkan på konkurrensen. Slutligen kan den felaktiga uppgift som den franska regeringen har fäst uppmärksamheten på, och som uppenbarligen inte kan vara annat än ett grovt tryckfel, i vilket fall som helst inte anses vederlägga den rådgivande kommitténs analys.

44. Framför allt bör det erinras om att artikel 19 i förordningen ålägger kommissionen att "inom tre arbetsdagar till medlemsstaternas behöriga myndigheter översända kopior av anmälningar samt, så snart som möjligt, även av de viktigaste handlingar som tillställs eller utfärdas av kommissionen enligt denna förordning" (artikel 19.1). I bestämmelsen föreskrivs vidare att kommissionen skall vidta de föreskrivna åtgärderna "i nära och ständig samverkan med medlemsstaternas behöriga myndigheter, som har rätt att framföra sina synpunkter på dessa åtgärder" (artikel 19.2). I samma bestämmelse föreskrivs, beträffande vad som här är relevant, att medlemsstaternas representanter skall delta i en särskild rådgivande kommitté, vars uppgift är att avge ett yttrande på grundval av "en redogörelse för frågan med angivande av de viktigaste handlingarna och ett preliminärt förslag till beslut" (artikel 19.5)

Det är odiskutabelt att kommissionen, så som föreskrivs i artikel 19.1, i god tid har översänt både de anmälande parternas invändningar (14 oktober 1993) och förslaget till beslut angående koncentrationen i fråga (26 november 1993), ett förslag som bland annat innehöll uppgifter om de andelar som näringsidkarna inom sektorn på den gemensamma marknaden innehade. Vidare tillsändes den franska regeringen på dess egen begäran, om dock per telefon, den 5 november 1993 några av uppgifterna om de olika näringsidkarnas försäljningsvolymer i varje medlemsstat. Det är likaledes odiskutabelt att de uppgifter som den franska regeringen har begärt inte i sin helhet har meddelats alla medlemsstaterna förrän vid den rådgivande kommitténs sammanträde den 3 december

54 — Den totala omfattningen av SCPA:s försäljning i Belgien och Luxemburg var 22 000 ton medan den enligt de handlingar som kommissionen översänt var så mycket som 221 000 ton.

1993 och att en av uppgifterna i fråga, den angående SCPA:s försäljning i Belgien och Luxemburg, var felaktig.

45. Under dessa omständigheter skall det avgöras huruvida, som den sökande regeringen anför, det försenade förmedlandet av uppgifterna om försäljningsvolymen av kaliumklorid tillsammans med felaktigheten beträffande en av dessa, innebär ett åsidosättande av kommissionens skyldighet att samverka med de nationella myndigheterna.

I detta hänseende börjar jag med att anmärka att det försenade förmedlandet av uppgifterna inte i förevarande fall kan berättigas vare sig av intresset av diskretion som skulle ha åberopats av de företag som var inblandade i koncentrationen, eftersom uppgifterna då heller inte borde ha kunnat meddelas för sent [55], eller av en allmän erinran om det fria skön som kommissionen åtnjuter när den i enlighet med artikel 19.1 skall bestämma vilka handlingar som är av störst vikt. Ett snabbt översändande är inget självändamål, utan det är nödvändigt för att säkerställa att förfarandet avlöper korrekt. Ur denna synvinkel skall det utrönas om uppgifterna i fråga var nödvändiga för att bedöma koncentrationens konkurrenshämmande verkningar och om det försenade meddelandet av dem var sådant att förfarandet snedvreds.

55 — Kommissionen har för övrigt själv i sin inlaga anfört att det i huvudsak var fråga om statistiska uppgifter som lätt kunde tillgås och att medlemsstaterna i vilket fall som helst enligt artikel 19 i förordningen garanteras tillgång till akten.

46. Jag erkänner att jag hyser vissa tvivel beträffande det faktum att uppgifterna om volymen och fördelningen av de olika näringidkarnas försäljning inom sektorn, som visserligen är viktiga för att erhålla en fullständig bild av koncentrationens verkningar, skall räknas till de viktigaste handlingarna enligt artikel 19.1 i förordningen. På denna punkt anser jag att kommissionens ståndpunkt att uppgifterna om varje näringsidkares marknadsandel, vilka fanns i förslaget till beslut, var tillräckliga för att efter att noggrant ha undersökt alla omständigheterna bedöma den planerade koncentrationen.

I vilket fall som helst anser jag med hänsyn till de särskilt korta tidsfrister inom vilka kommissionen måste ingripa samt omständigheten att uppgifterna meddelades den franska regeringen per telefon redan den 5 november, att kommissionen inte kan anses ha åsidosatt sina skyldigheter gentemot Frankrike enligt artikel 19.1 och 19.2 i förordningen. Härtill kan läggas att det försenade förmedlandet av upplysningarna inte i sig kan anses göra beslutet ogiltigt, eftersom det i så fall krävs att den oegentlighet som görs gällande utgör ett åsidosättande av viktiga formkrav. I detta hänseende vill jag erinra om att det i enlighet med domstolens fasta rättspraxis för att ett "åsidosättande av rätten till försvar skall medföra en ogiltighetsförklaring krävs att förfarandet skulle leda till ett annat resultat om oegentligheten

inte förelåg". [56] I förevarande fall har den sökande regeringen inte alls visat att kommissionens beslut skulle ha blivit ett annat om skyldigheten till ständig samverkan med de nationella myndigheterna hade uppfyllts, utan den har begränsat sig till att anföra att denna möjlighet inte kunde uteslutas.

47. Det återstår att överväga den omständigheten, som den franska regeringen har fäst uppmärksamheten på, att den rådgivande kommittén inte erhöll alla uppgifter av betydelse, däribland den felaktiga, förrän vid sammanträdet den 5 december, det vill säga samma dag som den anmodades att avge sitt yttrande. I artikel 19.5 i förordningen föreskrivs däremot att utkastet till beslut och alla de viktigaste handlingarna skall meddelas den rådgivande kommittén vid kallelsen, det vill säga minst 14 dagar före det sammanträde vid vilket yttrande skall avges. [57]

Kritiken i fråga riktar sig, såsom kommissionen har framhållit, snarare mot formerna för kallelsen och konsultationen av den rådgivande kommittén, och förefaller inte kunna ha några större inverkningar på det överklagade beslutet. Framför allt skall den omständigheten att den rådgivande kommittén, som är sammansatt av experter på området, inte har gjort någon anmärkning därom inte undervärderas. För det andra har den sökande regeringen inte alls visat att ett snabbt förmedlande av uppgifterna i fråga och frånvaro av felaktighet beträffande en av dem skulle ha lett till att den rådgivande kommittén avgav ett annat yttrande och ännu mindre att kommissionens slutliga beslut skulle ha blivit ett annat. [58] Tvärtom förefaller kommissionens anmärkningar i sammanhanget, vilka inte har ifrågasatts, utesluta denna eventualitet.

b) *Koncentrationens verkningar på den tyska marknaden* (mål C-68/94)

48. Den franska regeringen har framfört kritik på två punkter vad gäller bedömningen av koncentrationen på den tyska marknaden: dels gör den gällande att kommissionen i förevarande fall felaktigt har tillämpat den s. k. teorin om *failing company defense*,

56 — Dom av den 21 mars 1990 i mål C-142/87, Belgien mot kommissionen (REG 1990, s. I-959), punkt 48. I samma riktning, se bland annat dom av den 10 juli 1980 i mål 30/78, Distillers Company mot kommissionen (REG 1980, s. 2229), punkt 26, och dom av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen (REG 1986, s. 2263), punkt 30.

57 — I artikel 19.5. föreskrivs emellertid att kommissionen kan förkorta denna frist "där så är påkallat för att förhindra att ett eller flera av de företag som berörs av en koncentration åsamkas allvarlig skada".

58 — I sammanhanget är det inte överflödigt att erinra om att "kommissionen skall ta största möjliga hänsyn till kommitténs yttrande" (artikel 19.6). Kommissionen kan således avvika från kommitténs yttrande, det vill säga ompröva sin egen ståndpunkt och fatta ett slutligt beslut som skiljer sig från utkastet till beslut som har underställts kommittén för yttrande. Ett bra exempel i detta hänseende förefaller mig vara det fall som ledde till beslutet av den 31 januari 1994, 94/298/EG, i vilket en koncentration förklaras förenlig med den gemensamma marknaden (Ärende nr IV/M.315 — Mannesmann/Vallourec/Ilva) i EGT L 102, s.15. I det ärendet innebar det utkast till beslut som den rådgivande kommittén yttrade sig över att koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden (se den rådgivande kommitténs yttrande i EGT 1994 C 11, s. 6), medan kommissionens slutliga beslut var av motsatt innebörd; det är okänt om det var till följd av en minoritetsståndpunkt hos en del av medlemmarna i den rådgivande kommittén. Se beträffande den punkt som var under diskussion i texten även, vad gäller den rådgivande kommittén som inrättats på grundval av förordning nr 17/62, dom av den 10 juli 1991 i mål T-69/89, Radio Telis Eireann mot kommissionen (REG 1991, s. II-485), punkt 21—27.

enligt vilken förvärv av ett företag i konkurs eller på gränsen till konkurs under vissa förutsättningar skall tillåtas, eftersom det inte skulle skapa några konkurrensmässiga problem, dels att kommissionen inte har ställt några villkor, beträffande marknaden i fråga, för tillståndet till koncentrationen, fastän den leder till att ett verkligt monopol (98 %) skapas för det gemensamma företaget på den marknaden.

49. Vad gäller den första invändningen vill jag framför allt erinra om att de amerikanska *antitrust*bestämmelserna medger, om dock inom snäva gränser för att undvika missbruk, möjligheten att tillåta förvärv av ett insolvent företag på villkor att de i koncentrationen deltagande företagen, såsom proportionalitetstest, visar att a) det företag som skall förvärvas är i en sådan situation att det är troligt att det snart kommer att gå i konkurs, b) företaget inte kan omstruktureras med förmodad framgång i enlighet med elfte kapitlet i Bankruptcy Act, c) det inte finns alternativa lösningar som i mindre utsträckning än koncentration skadar konkurrensvillkoren, d) det insolventa företaget skulle försvinna från marknaden om koncentrationen inte genomfördes. [59]

Kommissionen har, som den uttryckligen framhöll i beslutet, inte tillämpat teorin i fråga sådan som den är utan gjort egna bedömningar. Närmare bestämt har den i förevarande fall grundat sig på följande tre kriterier: 1) MdK skulle försvinna från marknaden om det inte hade förvärvats av ett annat bolag, 2) K+S skulle i vilket fall som helst uppsuga MdK:s andel efter detta företags utträde från marknaden, 3) det fanns inte några alternativa förvärvslösningar som var mindre skadliga för konkurrensen.

50. Den franska regeringen ifrågasätter i huvudsak kommissionens val att använda en teori som är utarbetad inom och för ett annat system och delvis ändra tillämpningskriterierna för densamma. Den gör särskilt gällande att kommissionen inte alls har tagit hänsyn till kriterierna a och b i den amerikanska teorin och att den godtyckligt har infört kriteriet uppsugning av marknadsandelar samt, slutligen, att den inte vederbörligen har visat vare sig att MdK i vilket fall som helst skulle ha varit tvunget att lämna marknaden eller att det inte fanns några alternativa förvärvslösningar.

Även den franska regeringen medger emellertid att det är lämpligt att vid bedömningen av en koncentration ta hänsyn till målet ekonomisk och social samhörighet enligt artikel J.2 och J.3 i fördraget, som även nämns i trettonde övervägandet i förordningen, [60] men den anser att detta under inga omständigheter kan innebära att det ges avkall på det främsta målet med kontrollen av koncen-

59 — Se angående bestämmelsen "Guidelines" av år 1992, Leddy, ovan fotnot 32.

60 — Jag vill påminna om att det i övervägandet föreskrivs att "kommissionen vid sin bedömning skall ta fasta på förverkligandet av de grundläggande mål som anges i fördragets artikel 2, däri inbegripet stärkandet av gemenskapens ekonomiska och sociala samhörighet enligt artikel 130 a".

trationer, det vill säga skydd av konkurrensen.

51. Det står klart att de kriterier i ljuset av vilka koncentrationernas förenlighet med den gemensamma marknaden skall bedömas, såsom de fastlagts i förordningen är av strängt "ekonomisk" karaktär och således huvudsakligen kretsar kring överväganden som gäller skyddet av konkurrensen. [61] Icke desto mindre är det likaledes säkert att det i trettonde övervägandet, såsom den franska regeringen har medgivit, fästs stor uppmärksamhet vid kravet på ekonomisk och social samhörighet och att det på detta sätt berättigas att mål som i fördraget anses likaledes grundläggande beaktas, naturligtvis inom sådana gränser att skyddet av konkurrensen inte hotas.

Det är sedan självklart att den omständigheten att kommissionen har inspirerats av en teori som har utarbetats i ett annat system men delvis har ändrat dess tillämpningskriterier inte kan utgöra skäl för beslutets ogiltighet. Vad som här är av vikt är att teorin inte strider mot förordningen, att analysen som gjorts i beslutet inte är behäftad med fel och slutligen att de använda kriterierna har tillämpats korrekt.

52. Som framhållits i själva beslutet ansåg kommissionen att en argumentering som inriktas på teorin om *failing company defense* faktiskt kunde tas under övervägande "även ur den synvinkel som antas i artikel 2.2 i koncentrationsförordningen på så sätt att det måste *fastslås ett orsakssamband mellan koncentrationen och skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning*". [62]

Ur denna synvinkel har det ifrågasatta införandet av det kriterium, enligt vilket det skall fastslås huruvida företaget som gör förvärvet i vilket fall som helst skulle överta det förvärvade företagets marknadsandel, har som syfte just att visa att förstärkandet av en dominerande ställning var oundvikligt, i det att detta hade skett även om koncentrationen hade förbjudits.

53. I detta hänseende vill jag framför allt framhålla att den tyska marknadens bevisade ogenomtränglighet och den omständigheten, som också framhölls i beslutet, att K+S kunde öka produktionen utan att öka kostnaderna och att bolaget blev den enda leverantören på den tyska marknaden, leder till

61 — Se artikel 2.3. Kommissionen förefaller ha följt denna riktning i sin praxis. Fram till det överklagade beslutet har det inte förekommit beslut i vilka de nämnda övervägandena av social art har fått företräde framför kravet att bevara konkurrensen. Jag vill i detta hänseende påminna om beslutet i ärendet Aérospatiale-Alenia mot de Havilland, i vilket kommissionen inte godtog parternas argument grundat på de Havillands troliga försvinnande från marknaden ifall koncentrationen inte godkändes, utan ansåg ett sådant föga troligt (kommissionens beslut nr 91/619/EEG, av den 2 oktober 1991 i ärende nr IV/M.053 — Aérospatiale-Alenia/de Havilland (EGT L 334, s. 42).

62 — Punkt 71 i beslutet; min kursivering.

den oundvikliga slutsatsen att MdK:s marknadsandel ifall bolaget hade försvunnit från marknaden skulle ha övergått till K+S, vilket för övrigt inte allvarligt ifrågasätts ens av den franska regeringen.

Snarare ifrågasätter den franska regeringen tillämpningen av kriteriet på grund av det övervägandet att det på så sätt skulle medges att företag som redan hade en dominerande ställning förstärkte sin ställning endast med anledning av möjligheten att de inom en snar framtid skulle förvärva det andra på marknaden närvarande företagets marknadsandel. Detta skulle bevisa för mycket och skulle strida mot målet att skydda konkurrensen. Detta påstående, som i sig är odiskutabelt, bortser emellertid från det faktum att kriteriet i fråga förutsätter att ytterligare två villkor är uppfyllda, nämligen att företaget i fråga i vilket fall som helst skulle komma att försvinna från marknaden och att det inte fanns alternativa förvärvslösningar som var mindre skadliga för konkurrensen.

Detta argument kan inte godtas. Det är visserligen så att Treuhand, en offentlig myndighet med ansvar för privatisering av företag i f. d. DDR och ägare av MdK, är delägare i det företag som skapades genom koncentrationen med 49 procent av kapitalet och att Treuhand (och således staten) därför har gett och kommer att ge ett betydande stöd till detta företag. Vidare förhåller det sig emellertid så, att kommissionens analys grundas på följande omständigheter: a) MdK:s betydande förluster kan inte varaktigt balanseras av Treuhand genom offentligt stöd, eftersom detta skulle vara en lösning som i vilket fall som helst strider mot fördragets bestämmelser om statligt stöd, b) kostnaderna för en eventuell omstrukturering skulle i vilket fall som helst överstiga de stöd som är föreskrivna i koncentrationen, c) Treuhands förklaring inom ramen för de privatiseringar som håller på att genomföras, om att den skulle avbryta all MdK:s verksamhet om Treuhand inte skulle finna ett privat företag som var villigt att överta den. Det är således i förhållande till de särskilda omständigheterna i förevarande fall (privatisering av ett statligt företag som inte kan anses livskraftigt enligt normala grunder för bedömning av företag) som kommissionen har ansett sig ha tillräckliga bevis för att MdK skulle komma att försvinna från marknaden under tiden.

54. Vad gäller de två senare kriterierna anför den franska regeringen, som nämnts, att de inte har tillämpats korrekt i förevarande fall. Vad beträffar MdK:s förmodade försvinnande från marknaden gör den franska regeringen gällande att kommissionen inte alls hade visat att det var omöjligt att hålla MdK vid liv som statligt företag, till exempel med hjälp av utbetalning av stöd som är förenliga med artiklarna 92 och 93 i fördraget.

55. Slutligen anser jag att kommissionens analys kan delas även vad gäller frånvaron av alternativa förvärvslösningar som är mindre skadliga för konkurrensen. Det är ostridigt, som de handlingar angående privatiseringsförfarandet som Treuhand har översänt till kommissionen visar, att alla de företag som hade visat intresse av att förvärva MdK sedan hade avstått från förhandlingar. Dessutom inledde kommissionen själv en ytterligare

undersökning och meddelade närmare bestämt de berörda företagen den exakta storleken på de stöd som koncentrationen skulle komma i åtnjutande av, stöd som således skulle utges även i händelse av förvärv från ett privat företags sida. Trots detta förklarade sig inte något annat företag intresserat av att förvärva MdK.

Under dessa omständigheter förefaller mig den slutsats som kommissionen har kommit till kunna delas. Det återstår emellertid att beakta att kommissionen inte har ansett att det anbud som, efter det att en överenskommelse hade träffats om fusionsavtalet, lades av Peinekoncernen för förvärv av Bischofferodegruvan, det vill säga en av de fyra av MdK ägda gruvor som var i drift, utgjorde något möjligt alternativ. Detta beror på den omständigheten att Bischofferode inte var någon betydande del av Mdk och på skäl som hade med sysselsättningen att göra.

56. Den senare aspekten, som för övrigt har fått avsevärd vikt vid tillämpningen av teorin om *failing company defense* även i USA [63], är enligt min åsikt avgörande särskilt med hänsyn till kraven på ekonomisk och social samhörighet som flera gånger nämnts.

Det speciella med det sammanhang i vilket koncentrationerna placerar sig, som oundvikligen inbegriper problem som gäller industripolitik, kan mycket väl i ljuset av målen att stärka den sociala och ekonomiska samhörigheten enligt artiklarna 2 och 130 b i fördraget tillåta att sysselsättningsaspekterna och allmänna sociala aspekter vederbörligen beaktas vid bedömning av koncentrationer. Detta gäller åtminstone i de fall då, som i det förevarande, de olika lösningarna visar betydande skillnader just vad beträffar sysselsättningsmöjligheterna. [64]

57. Jag vill i detta sammanhang dessutom erinra om att förstainstansrätten i två senare domar, som visserligen meddelades i andra sammanhang och i andra syften, närmare bestämt inom ramen för en analys av den talerätt som tillerkänns fackliga representanter för arbetstagarna i de företag som är inblandade i koncentrationen, har fastlagt att omsorgen om skydd för konkurrensen vid bedömningen av en koncentrations förenlighet vid tillämpning av förordningen visst kan förenas med ett vederbörligt beaktande av dess sociala följder enligt artikel 2 i fördraget. I denna mening kan kommissionen enligt förstainstansrätten kontrollera huru-

63 — Teorin om *failing company defense* föddes på grundval av bekymmer angående ekonomisk politik och företagseffektivitet. Senare började emellertid politiska och sociala överväganden att få betydelse vid dess tillämpning, till exempel överväganden som gällde upprätthållande av sysselsättningsnivån. Se på denna punkt utslaget i målet United States mot General Dynamics Corp., 415, U. S. 486, 507 (1974) och Areeda Turner, ovan, vol. IV, 1980, s. 941.

64 — I förevarande fall innebär koncentrationen verksamhet för totalt 3 000 arbetstillfällen, medan Peinekoncernens alternativa erbjudande var begränsat till förvärv av verksamhet som bara berörde 536 arbetstillfällen, det vill säga 18 procent av de arbetstillfällen som garanterades genom koncentrationen. Avvägningen mellan konkurrenspolitiska mål och andra mål i fördraget är, även om denna framför allt ankommer på lagstiftaren, inte okänd i domstolens praxis: se till exempel redan dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Continental Can (REG 1973, s. 215) samt dom av den 18 mars 1980 i de förenade målen 154/78, 205/78, 206/78, 226/78— 228/78, 263/78, 264/78, 39/79, 31/79, 83/79 och 85/79, Valsabbia m. fl. (REG 1980, s. 907).

vida koncentrationen kan ha verkningar på arbetstagarnas situation i de berörda företagen "av beskaffenhet att påverka anställningsnivån eller anställningsvillkoren inom gemenskapen eller inom en betydande andel av denna". [65] Förstainstansrätten har i dessa domar även åberopat det redan nämnda trettonde övervägandet i förordningen.

Slutligen är det av betydelse att i förevarande fall skyddet för sysselsättningen ingår i ett vidare sammanhang, som kännetecknas av kravet att befrämja övervinnandet av de strukturella bristerna i östra Tyskland, där företaget MdK är beläget. Även ur denna synvinkel kan därför beslutet eftersträva målet ekonomisk och social samhörighet i trettonde övervägandet.

58. Den andra punkten som den franska regeringen ifrågasätter har nära samband med den nyss prövade och gäller som redan nämnts underlåtenheten att föreskriva villkor eller åligganden för tillståndet till koncentrationen vad gäller den tyska marknaden fastän det på denna marknad har skapats ett monopol (98 procent av marknaden). Särskilt borde kommissionen enligt den franska regeringen ha ställt som villkor för förenlighet att företagen förband sig att lämna den tyska marknaden öppen för konkurrens, detta enligt modellen i beslutet Nestlé/Perrier. [66]

Kommissionen genmäler att beslutet i ärendet Nestlé/Perrier inte alls är relevant, eftersom öppnandet av marknaden för konkurrens i förevarande fall inte beror av marknadens struktur som i ärendet Nestlé/Perrier, utan av köparens beteende och således av efterfrågan och inte av utbudet. Kommissionen anmärker därefter att den franska regeringen inte har preciserat vilka förpliktelser som skulle kunna åläggas K+S och MdK för att "öppna den tyska marknaden för konkurrens".

59. Utan tvivel ankommer det, som den franska regeringen har invänt, inte på denna att föreslå lösningar i detta hänseende, eftersom det är fråga om kommissionens behörighet i dess egenskap av organ som har till uppgift att tillämpa *antitrust*-bestämmelserna. Icke desto mindre kan bristen på förslag inte vara annat än ett tecken på svårigheten att finna villkor att ställa för koncentrationen på den tyska marknaden, vilka kan leda fram till målet att öppna denna för konkurrens.

Det räcker i detta hänseende att konstatera att, även om man anser att man för att öppna

65 — Domar av den 27 april 1995 i mål T-96/92, CCE de la Société générale des grandes sources m. fl. mot kommissionen (REG 1995, s. II-1213), punkterna 28 och 29), och i mål T-12/93, CCE Vittel m. fl. mot kommissionen (REG 1995, s. II-1247), punkterna 38 och 39.

66 — Kommissionens beslut av den 22 juli 1992, 92/553/EEG om ett förfarande enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (ärende nr IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (EGT L 356, s. 1.).

den tyska marknaden för konkurrens, trots de särdrag som kommissionen har åberopat, måste ingripa i dess struktur, kvarstår faktum att en lösning som den som genomförts i ärendet Nestlé/Perrier inte var genomförbar. I förevarande fall har man som sagt inte heller funnit några alternativa förvärvslösningar. Under dessa omständigheter anser jag inte att den sökande regeringens invändningar kan vederlägga kommissionens bedömning.

60. Slutligen föreslår jag, även med hänsyn till de tidigare gjorda övervägandena angående de ekonomiska och sociala särdrag som framkommit i förevarande fall, att domstolen skall förkasta ifrågavarande grund, eftersom kommissionens bedömning av koncentrationens verkningar på den tyska marknaden måste godkännas i sin helhet.

c) *Koncentrationens verkningar på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland* (mål C-68/94 och C-30/95)

61. Både den franska regeringen (mål C-68/94) och SCPA och EMC (mål C-30/95) ifrågasätter beslutet vad gäller bedömningen av koncentrationen beträffande den andra relevanta geografiska marknaden, det vill säga den som omfattar alla medlemsstaterna utom Tyskland. Sökandenas kritik gäller just avgränsningen av denna marknad, möjligheten att tillämpa förordningen på kollektiva dominerande ställningar, den felaktiga användningen i förevarande fall av begreppet kollektiv dominerande ställning och slutligen uppställandet av villkor och åtaganden för en tredje man som inte är inblandad i koncentrationen.

Det är lämpligt att här precisera att jag, eftersom SCPA:s och EMC:s argument i huvudsak överensstämmer med dem som den franska regeringen har gjort gällande (vilken för övrigt uttryckt dem på ett vidare och mer detaljerat sätt), i det följande skall hänvisa särskilt till nämnda regerings argument. Naturligtvis skall jag inte underlåta att framhålla särdragen i respektive talan i fråga.

1) *Avgränsning av den relevanta geografiska marknaden*

62. Valet av gemenskapen (med undantag av Tyskland) som andra relevant geografisk marknad för bedömningen av koncentrationen är enligt den sökande regeringen och de sökande företagen inte tillräckligt motiverat, och det är enligt dem grundat på en felaktig och i vilket fall som helst partiell analys av de omständigheter som skall prövas. Den franska regeringen anmärker särskilt att de kriterier som kommissionen har använt för att avgränsa den geografiska marknad varom här är fråga borde ha lett till att kommissionen, om kriterierna överensstämde med dem som vanligen används i praxis för förordningen, förnekade att det fanns en enda

marknad som utgjordes av de andra medlemsstaterna i gemenskapen. Det är nämligen enligt sökandena av flera skäl fråga om en mycket heterogen marknad.

Kommissionen har genmält att uppfattningen att gemenskapen i dess helhet, med undantag av Tyskland, utgör en avgränsad geografisk marknad är rättsenlig och korrekt och att avgränsningen har gjorts med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet, särskilt till arten och egenskaperna av produkten i fråga. Detta förklarar också enligt kommissionen varför åberopandet av kriterier som har använts i andra fall är föga relevant.

63. Jag vill framför allt anmärka att definitionen av den relevanta geografiska marknaden, som är ett nödvändigt villkor som måste föregå varje kontroll av ett beteende som påstås begränsa konkurrensen, får ännu större betydelse om man, som i förevarande fall, vill visa att det föreligger en dominerande ställning. [67]

Även om det inte kan förnekas att kommissionen i detta ämne har ett vidsträckt fritt skön, är det självklart att det likväl ankommer på gemenskapsdomstolen att kontrollera att den analys, som gjorts i beslutet och som används som stöd för att konstatera att det på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland föreligger en kollektiv dominerande ställning, är korrekt och välgrundad. [68]

64. Det bör här preciseras att förordningen inte klart anger hur definitionen av den relevanta geografiska marknaden skall ske, eftersom endast artikel 9.7 behandlar de nödvändiga kriterierna för att bedöma huruvida det finns en avgränsad marknad inom en medlemsstat och således huruvida villkoren föreligger för att kommissionen skall hänvisa prövningen av en anmäld koncentration till de behöriga myndigheterna i samma stat. Dessa kriterier anges i avsnitt 5 i formuläret CO [69] enligt följande: "Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsade geografiska områden på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren. Faktorer som är av betydelse för en bedömning av den relevanta geografiska marknaden är bl. a. ifrågavarande varors eller tjänsters beskaffenhet och egenskaper, förekomsten av hinder för marknadsinträde, konsumentpreferenser, väsentliga skillnader i företagens marknadsandelar mellan angränsande geografiska områden eller betydande prisskillnader."

67 — Med hänvisning till begreppet relevant marknad framhöll förstainstansrätten i domen av den 21 februari 1995 i mål T-29/92, SPO m. fl. (REG 1995, s. II-289) att denna synvinkel har större vikt vid tillämpning av artikel 86 än av artikel 85. Vad som anförts i den domen förefaller mig vara tillämpligt även vad beträffar en dominerande ställning till följd av en koncentration.

68 — Dom av den 10 mars 1992 (ovan, fotnot 38), punkt 360.

69 — Formuläret CO, som föreskrivs i förordning (EEG) nr 2367/90, ovan, fotnot 13.

Bland de omständigheter som skall beaktas enligt nämnda bestämmelse i formulär CO föreligger således inte någon rangordning, enligt vilken någon skall anses vara den viktigaste eller av större betydelse än de andra. Även om kommissionens uppfattning, att de kriterier som tillämpats i tidigare fall saknar betydelse i det förevarande fallet, inte kan godtas, måste det följaktligen anses att dessa kriterier endast utgör en referensram, eftersom frågan huruvida kommissionens avgöranden är kongruenta och koherenta måste prövas mot bakgrund av det särskilda sammanhang i vilket det enskilda fallet ingår.

65. Sedan detta klargjorts skall jag övergå till att pröva de enskilda argument som har framförts i frågan. För det första har kommissionen enligt sökandena ansett en marknad som var sammansatt av länder utan intern produktion (som Belgien, Nederländerna, Danmark, Grekland), producerande länder i vilka produktionen är strukturellt högre än konsumtionen (Spanien, Förenade kungariket) och andra i vilka konsumtionen är strukturellt högre än produktionen (Frankrike) som homogen. Härtill skall läggas att de importerande medlemsstaternas förvärvsstrategier enligt sökandena var avsevärt olika, så att nästan all handel inom gemenskapen utgjordes av strömmar i en riktning och inte av ett ömsesidigt handelsutbyte, som normalt karaktäriserar en verkligt homogen marknad.

Kommissionen har därför enligt den franska regeringen förenat helt olika situationer, medan den har kunnat konstatera en viss homogenitet endast beträffande de icke producerande staterna. Ett ytterligare bevis för bristen på homogenitet på marknaden i fråga kan enligt den franska regeringen erhållas vid undersökning av leverantörernas marknadsandelar som varierar avsevärt från land till land, samt av koncentrationen av utbudet. Även bedömningen av efterfrågan bekräftar enligt den franska regeringen att det inte finns någon relevant geografisk marknad som utgörs av alla medlemsstaterna med undantag av Tyskland. Kommissionens bedömning av produkternas utbytbarhet var enligt den franska regeringen felaktig eftersom valet av kaliumkloridprodukter berodde på markens geologiska karaktär, på jordbruksarealen, på konsumenternas vanor och på jordbrukspolitiken samt på huruvida det fanns kaliumkloridindustrier på territoriet. [70]

66. Kommissionen har genmält att det inte alls utgör en felaktig avgränsning av den relevanta geografiska marknaden att till samma marknad räkna länder som producerar och länder som inte producerar, och att förhandenvaron av en enda producent i en medlemsstat inte alls är avgörande. För övrigt utesluter inte förhandenvaron av handelsflöden i endast en riktning att den berörda marknaden är homogen. Dessa företeelser är enligt ekonomisk doktrin fullständigt förenliga. Till en annan slutsats kan man inte komma med hänsyn till de olika förvärvsstrategierna i de importerande medlemsstaterna och ännu mindre på grund av de olika

70 — De sökande företagen förefaller däremot att vara överens med kommissionen vad beträffar produkternas utbytbarhet, men de gör gällande att detta beror på sättet på vilket den relevanta marknaden för produkten har bestämts och det har därför ingen inverkan på avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden.

marknadsandelar som de viktigaste näringsidkarna innehar i de olika länderna, en omständighet som inte utgör någon avgörande faktor vid avgränsningen av den relevanta marknaden, eftersom denna till exempel kan bero av redan existerande handelshinder eller konsumenternas väl rotade vanor.

Vad gäller egenskaperna hos efterfrågan av produkterna i fråga anser kommissionen att den tillräckligt har beaktat dessa och att den har beaktat dels en hög grad av utbytbarhet, eftersom användarna inte i något land bortsett från Tyskland klart föredrar lokala produkter, dels alla gemenskapens kaliumkloridproducenters kapacitet att producera olika sorters kaliumklorid. Det föreligger således inte någon omständighet som kan göra att man betraktar strukturen på efterfrågan som ett tecken på att det är fråga om avskilda nationella marknader, och detta till skillnad från de fall i vilka konsumenterna har föredragit välkända märken [71] eller nationella produkter [72] eller där efterfrågan var extremt liten på en marknad i inledningsskedet [73].

67. För det andra är enligt sökandena kommissionens prövning av transportkostnaderna och av priserna inom referensmarknaden helt otillförlitlig. Vad gäller den första posten har kommissionen i själva verket inte gjort någon analys utan har begränsat sig till att kategoriskt påstå att transportkostnaderna inte utgör något hinder för handelsflödena.

Lika bristfällig är vidare enligt sökandena undersökningen av priserna på kaliumklorid inom gemenskapen. Kommissionen har enligt dem underlåtit att, så som var nödvändigt, utföra en komparativ undersökning av de priser som tillämpas av de olika näringsidkarna i varje medlemsstat. För att bevisa att det inte förelåg några avsevärda skillnader i prisnivån i de olika medlemsstaterna har kommissionen enligt sökandena tillhandahållit fem år gamla och således inte tillförlitliga statistiska uppgifter.

68. Kommissionen avvisar kritiken mot dess analys och invänder att frånvaron av handelsflöden mellan de producerande och de importerande länderna inte alltid och inte nödvändigtvis var förorsakad av transportkostnader. Å andra sidan visar, enligt denna, handeln mellan några icke angränsande länder (Tyskland och Portugal, Spanien och Belgien, Tyskland och Irland) och frånvaron å andra sidan av flöden mellan angränsande stater (Storbritannien och Nederländerna) att transportkostnaderna inte alls utgör något hinder. I detta hänseende åberopar kommissionen sina anmärkningar i det överklagade beslutet (punkt 42), som enligt denna visar att nivån på dessa kostnader inte kan hindra handelsflödena avseende den geografiska marknaden i fråga.

71 — Kommissionens beslut av den 29 maj 1991, 91/403/EEG (ärende nr IV/M043 — Magneti Marelli/CEAe) (EGT L 222, s. 38).

72 — Kommissionens beslut av den 6 november 1990 (Ärende nr IV/M004 — Renault-Volvo) (EGT C 281, s. 2).

73 — Beslut 92/553/EEG, Nestlé/Perrier, ovan fotnot 66.

Vad gäller de priser som tillämpas i medlemsstaterna med undantag av Tyskland anför kommissionen att de inte är påtagligt olika. Den maximala prisskillnaden inom gemenskapen är nämligen, enligt denna, 10 procent medan den i förhållande till Tyskland är 20 procent.

69. Slutligen borde kommissionen enligt den sökande regeringen och de sökande företagen vid bedömningen av koncentrationsplanen åtminstone ha isolerat den franska och den spanska marknaden, som på grund av sina speciella egenskaper företer ickehomogena konkurrensvillkor i förhållande till andra medlemsstater. I synnerhet företer enligt den franska regeringen den spanska marknaden egenskaper som motsvarar den tyska marknadens medan det på den franska råder en mycket speciell situation som kännetecknas av en produktion som är lägre än konsumtionen och av att det finns en enda stor näringsidkare.

Själva det faktum att marknaderna i dessa två stater inte har avskilts från marknaden i resten av gemenskapen leder enligt sökandena till att analysen av konkurrensvillkoren före och efter koncentrationen helt snedvrids och ger en förändrad bild av de verkliga styrkeförhållandena mellan K+S och SCPA.

70. Kommissionen har genmält att förhandenvaron av betydande handelsflöden, om dock endast i en riktning, frånvaron av påtagliga skillnader i pris och utbytbarheten av olika kaliumkloridprodukter endast kunde leda till att även Spanien och Frankrike inräknades i den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland, i synnerhet som distributionsmetoderna som används i dessa två länder är likadana som dem som används i resten av gemenskapen (med undantag av Tyskland).

Vad gäller Frankrike har kommissionen bestritt att konkurrensvillkoren i det landet är olika dem i resten av gemenskapen och har preciserat att det inte kan läggas någon vikt vid det faktum att K+S och SCPA/EMC på konstlat sätt har hållit den franska marknaden separerad från den gemensamma marknaden. Detta skulle nämligen enligt kommissionen inte på något sätt ändra den huvudsakliga homogeniteten mellan de två marknaderna som är resultatet av objektiva faktorer.

71. Jag börjar med att framhålla att handelsflödenas ensidighet, så som medges av kommissionen, utan tvivel är en viktig faktor för att bestämma den relevanta geografiska marknaden, eftersom den kan göra så att det förmodas finnas hinder vid inträdet till de enskilda länderna som kan hindra försäljningen av produkterna och på så sätt bevisa

att det finns nationella marknader. [74] Denna fråga hade därför förtjänat en fördjupad analys från kommissionens sida, men denna har begränsat sig till att framhålla förhandenvaron av betydande handelsflöden mellan medlemsstaterna i fråga.

Kommissionens underlåtenhet att beakta den omständigheten att de viktigaste näringsidkarna inom sektorn hade och har betydande marknadsandelar i sitt eget land och avsevärt olika i de andra förefaller likaledes inte helt övertygande, och det gör inte heller den ringa vikt som den har tillmätt graden av utbudets koncentration.

72. De nyss framhållna bristerna är emellertid inte sådana att kommissionens bedömning blir utan värde, utan den förefaller vara stödd på objektiva omständigheter som i huvudsak inte har ifrågasatts.

Framför allt förefaller det inte föreligga förutsättningar för att anse att efterfrågans struktur är tecken på avskilda nationella marknader, desto mer som man i gemenskapen som helhet med undantag av Tyskland möter en hög grad av utbytbarhet beträffande kaliumkloridprodukter och frånvaro av särskilda preferenser från konsumenternas sida för speciella produkter som kan köpas endast hos lokala producenter.

73. Vad gäller bedömningen av transportkostnaderna, en omständighet som i allmänhet anses vara en av de mest betydande faktorerna för att definiera begreppet relevant marknad, vilket domstolen har erkänt i domen i målet Industria Europea dello zucchero [75], är det förvisso så att kommissionen ofta har begränsat sig till allmänna påståenden. [76] Emellertid förefaller mig den sökande regeringens invändningar inte kunna visa att skillnaderna i kostnad är sådana att de utgör "hinder för marknadstillträde". Det är nämligen känt att, i enlighet med domstolens rättspraxis, olika transportkostnader inte är av vikt i dessa hänseenden om de "inte är diskriminerande". [77]

En motsvarande anmärkning kan gälla för analysen av priserna på produkterna i fråga, priser som utgör ytterligare en omständighet att undersöka, enligt vad kommissionen i föregående fall har ansett. [78] Om det är så, att de enda uppgifter som institutionen har tillhandahållit, för att bevisa att det inte föreli-

74 — Å andra sidan har handelsflödenas omsesidighet, för att argumentera *e contrario* alltid av kommissionen ansetts vara ett viktigt, om inte avgörande, tecken på tillhörighet till en och samma geografiska marknad; se beslut Mannesmann/Vallourec/Ilva, ovan, fotnot 58, punkt 33—37. I samma riktning, Cook och Kerse, ovan, fotnot 48, s. 145 f.

75 — Dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 och 114/73 (REG 1975, s. 1663), punkt 372.

76 — I beslutet anför den till exempel att "transportkostnaderna tenderar att variera ... I vilket fall som helst är inte transportkostnaderna på en sådan nivå att de kan hindra handelsflödena inom gemenskapen med undantag av Tyskland" (punkt 42 i beslutet).

77 — Se dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands (REG 1978, s. 207, punkterna 52 och 53; svensk specialutgåva, häfte 4).

78 — Se till exempel beslutet i ärendet Magneti Marelli, ovan, fotnot 71.

ger några påtagliga skillnader i pris från den ena staten till den andra, utgörs av några statistiska uppgifter från FAO angående perioden 1987—1989, samt uppgift om de priser som tillämpades av K+S år 1992 i Belgien, Nederländerna och Tyskland, är det likaledes så att varken den franska regeringen eller de sökande företagen har frambringat omständigheter som visar motsatsen. Tvärtom har de anfört att det inte förelåg någon påtaglig skillnad i pris, även om de hänför detta faktum till transparensen på marknaden och inte till dess homogenitet.

74. Om det till vad som här anförts läggs det faktum att sökandena inte har ifrågasatt den huvudsakliga likheten mellan distributionsmetoderna som använts i de olika staterna, vilken innebär att förhandenvaron av hinder för införsel som liknar dem som finns i Tyskland kan uteslutas, kan kommissionens bedömning inte anses annat än i huvudsak korrekt och tillräckligt motiverad.

En annan slutsats skulle heller inte kunna dras med anledning av vad den franska regeringen har anfört för att visa att Frankrike och Spanien utgör självständiga marknader som skall särskiljas från resten av gemenskapens länder, även om kommissionens ståndpunkt inte saknar vissa motsägelser.

75. I detta hänseende måste det nämligen erkännas att vid bedömningen av de så kallade "hindren för införsel" [79] inte alls har beaktats förhandenvaron av SCPA:s lagstadgade monopol (även om det är begränsat till transit av import från tredje land), som kommissionen anser vara ett viktigt hinder för införsel till franskt territorium [80], vid avgörandet av huruvida Frankrike kan utgöra en särskild marknad eller ej. Denna motsägelse kan heller inte förklaras, som kommissionen påstår, genom en distinktion mellan hinder för inomgemenskaplig handel och hinder för handeln med tredje land. Det förefaller åtminstone tveksamt att SCPA:s distributionsmonopol kan ha verkningar vad gäller införseln av produkter från tredje land till marknaden i andra medlemsstater, eftersom vissa uppgifter som den franska regeringen har tillhandahållit och som inte har motsagts av kommissionen visar motsatsen. [81]

De här påvisade motsägelserna förefaller emellertid inte tillräckliga för att berättiga att den franska regeringens ståndpunkt godtas. Både Spanien och Frankrike företer nämligen enligt kommissionens bedömning, som inte har motsagts, konkurrensvillkor som motsvarar dem som råder på resten av den gemensamma marknaden vad gäller produkternas utbytbarhet, marknadens öppenhet

79 — Bland hindren för införsel har de statliga distributionsmonopolen en viss betydelse. Se till exempel kommissionens beslut av den 29 april 1991 (ärende nr. IV/M.063 — ELF/Ertoil) (EGT C 124, s. 13).

80 — Punkt 53 i svaromålet.

81 — Anförda i punkt 78 i repliken.

(bekräftad av de betydande importvolymerna), prisnivåerna och distributionssystemen. Även beträffande dessa två länder föreligger således tillräckliga omständigheter för att anse kommissionens val att inräkna dem i marknaden för alla medlemsstaterna med undantag av Tyskland som befogat.

76. I ljuset av föregående överväganden anser jag att den avgränsning av den geografiska marknaden som gjorts i beslutet i sina huvuddrag kan godtas. Detta gäller i synnerhet slutsatsen.

Kommissionen hade kunnat och hade kanske bort argumentera mera noggrant för sina bedömningar, vilka vid en analytisk undersökning visar sig innehålla vissa uppskattningar. Emellertid förefaller mig inte en viss homogenitet i konkurrensvillkoren på den marknad som utgörs av alla medlemsstaterna utom Tyskland med fog kunna ifrågasättas, och inte heller, vilket är det avgörande, kan den franska regeringens invändningar övertyga om motsatsen. Det skall för övrigt inte glömmas att "homogeniteten" i konkurrensvillkoren för de syften som här är intressanta enligt domstolens rättspraxis inte innebär en fullständig likhet mellan villkoren i de olika delarna av det område som anses som relevant marknad. Vad som behövs är snarare att konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för att vara icke-diskriminerande [82], det vill säga att de tillåter näringsidkarna att tävla på lika villkor.

77. I förevarande fall förefaller mig inte den sökande regeringens påståenden kunna leda till att konkurrensvillkoren inom den marknad som kommissionen har definierat som relevant kan anses icke-homogena i den mening som här har preciserats. Under dessa omständigheter föreslår jag att domstolen skall underkänna den grund för talan som den franska regeringen har anfört.

2) *Möjlighet att använda koncentrationsförordningen för att ingripa i kollektiva dominerande ställningar*

78. Jag vill påminna om att de villkor som ställs i beslutet för att tillåta koncentrationen i fråga enligt kommissionens analys har som syfte just att undanröja förutsättningarna för en oligopolistisk dominans från K+S' och SCPA:s sida på den relevanta marknaden.

Både den franska regeringen och SCPA och EMC, som i vilket fall som helst ifrågasätter att det i förevarande fall finns någon kollektiv dominerande ställning, gör gällande att förordningen heller inte är tillämplig på fall av denna art.

82 — Dom av den 14 februari 1978 (ovan, fotnot 77), punkterna 44 och 52—53.

79. Sökandena gör nämligen gällande att det redan från teoretisk och allmän synpunkt inte är möjligt att på en kollektiv dominerande ställning tillämpa bestämmelserna om kontroll av företagskoncentrationer. Skälen är enligt sökandena flera:

— För det första utgör ordalydelsen ett hinder: I artikel 2 i förordningen nämns inte uttryckligen fall av kollektiv dominerande ställning, till skillnad från vad som är fallet i artikel 86 i fördraget ("ett eller flera företag").

— För det andra medger varken förordningens rättsliga grunder — artiklarna 235 och 87 i fördraget — eller lagstiftarens avsikter en tillämpning av bestämmelserna om koncentrationer på fall av oligopolistisk dominans.

— Slutligen urskiljs en ytterligare bekräftelse i de förfarandegarantier som i förordningen ges till tredje man i förordningen. Närmare bestämt skulle företag som ingår i en kollektiv dominerande ställning men inte är parter i koncentrationen ha otillräckliga skyddsmedel [om förordningen var tillämplig på deras fall].

80. Mot dessa argument invänder kommissionen följande:

— Förordningens avfattning, särskilt avsaknaden av en uttrycklig bestämmelse om fall av "flera företags" dominerande ställning, innebär alls inte att dess tillämpning utesluts beträffande fall då kollektiva dominerande ställningar skapas eller förstärks. I detta hänseende saknar det inte vikt att den dominerande ställningen i artikel 2.3 hänförs till koncentrationen och inte till de berörda företagen och att dess konsekvenser för en effektiv konkurrens skall beaktas.

— Förordningens rättsliga grunder visar att dess syfte är att fylla en lucka i de bestämmelser om konkurrens som finns i artiklarna 85 och 86 med avseende på kontrollen av oligopolistisk dominans. Det finns inte något i förarbetena eller de förklaringar som den franska regeringen åberopar som innebär att det skall anses att rådet har avsett att utesluta att förordningen tillämpas för att beivra eller eliminera kollektiva dominerande ställningar.

— Ett beslut att tillåta en koncentration binder endast och uteslutande de anmälande företagen. Eftersom den slutliga rättsakten i ett förfarande som har inletts i enlighet med förordningen inte kan leda till

någon skada för tredje man, även om han är del av den kollektiva dominerande ställningen varom är fråga, skulle det därför vara oriktigt att tala om bristande eller otillräckliga garantier för tredje man. I varje fall ger förfarandet för tillämpning av förordningen ett vidsträckt skydd för tredje mans rättigheter och intressen.

— Möjligheten att förbjuda en koncentration som förstärker ett oligopol har sitt ursprung i den ekonomiska teori enligt vilken konkurrensen under vissa förutsättningar alltid är begränsad inom en oligopolistisk marknad. Det är således oumbärligt att använda förordningen för att ingripa i kollektiva dominerande ställningar för att säkerställa en effektiv konkurrens.

— Ordalydelsen

81. Jag börjar med anmärkningen att sökandenas ståndpunkt svårligen kan ifrågasättas. Förordningen, i synnerhet artikel 2, innehåller nämligen inte någon hänvisning ens indirekt till begreppet kollektiv dominerande ställning. Denna frånvaro är desto mer betydelsefull om man beaktar att, som sökandena har framhållit, det i artikel 86 i fördraget däremot uttryckligen fastslås att ”ett eller flera företags” missbruk av en dominerande ställning är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Uppenbarligen hänför sig artikel 2.3 — i vilken, som kommissionen anför, den dominerande ställningen hänförs till koncentrationen och inte till de berörda företagen — enbart till koncentrationens dominerande ställning och inte dessutom till den dominerande ställning i vilken tredje man är inblandad vad gäller genomförandet av koncentrationen. Under dessa omständigheter skulle det vara allt för lätt att åberopa den kända maximen *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit* (när lagen vill, talar den, när den inte vill, tiger den).

82. Även om ordalydelsen onekligen tyder på att förordningen endast avser att avskräcka från koncentrationer som skapar eller förstärker ett enda företags dominerande ställning, medan den inte är tillämplig på de koncentrationer som leder till att flera företag får en dominerande ställning [83], kan ordalydelsen i artikel 2 i förordningen emellertid inte anses avgörande, eftersom bestämmelsen måste läsas i ljuset av förordningen i dess helhet och syftet därmed.

83 — Se detta hänseende, till exempel, Siragusa-Subiotto, Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica delle decisioni della Commissione, i *Giurisprudenza Commerciale* 1992, I, 233, särskilt s. 271—272. Andra har intagit en mer nyanserad ståndpunkt i det den begränsar sig till att framhålla svårigheterna att godta den motsatta ståndpunkten. Se i denna mening bland andra Cook och Kerse, ovan fotnot 48, s. 134 och följande sidor; Korah, *EC Competition Law and Practice*, London, 1994, s. 242; Bellamy och Child, *Common Market Law of Competition*, London, 1993, s. 343—344.

På detta sätt ges vikt åt andra argument som sökandena har anfört vilka gäller de rättsliga grunderna, lagstiftarens vilja (som den kan utläsas av förarbetena och som den uttrycks i förordningens lydelse) och de garantier som ges genom förfarandet samt de överväganden av ekonomisk karaktär som görs gällande av kommissionen, överväganden som är starkt förbundna med syftet med bestämmelserna om konkurrens.

— Rättsliga grunder och lagstiftarens vilja

83. Jag skall genast säga att jag inte alls delar sökandenas uppfattning att valet av rättsliga grunder visar att förordningen inte är tillämplig på kollektiva dominerande ställningar. I princip kan nämligen artiklarna 87 och 235 visst användas i detta syfte. Till stöd för motsatsen kan varken åberopas den omständigheten att förordningen är grundad huvudsakligen på artikel 235 och inte på artikel 87, eller rådets och kommissionens förklaring beträffande artikel 22 i förordningen, i den del tillämpligheten av artiklarna 85 och 86 på koncentrationer utesluts. [84]

84 — Bortsett från det faktum att enligt domstolens fasta rättspraxis muntliga förklaringar har begränsad giltighet (se till exempel dom av den 26 februari 1991 i mål C-292/89, Antonissen, REG 1991, s. I-745, punkt 18; svensk specialutgåva, häfte 11) och att förklaringen i fråga i vilket fall som helst inte kan tolkas på så sätt att tillämpningsområdet för artikel 85 och artikel 86 inskränks, kvarstår att förklaringen med säkerhet inte kan användas för att dra slutsatsen att den rättsliga grund som utgörs av artikel 87 i fördraget i själva verket har begränsad räckvidd med den följden att det inte skulle vara möjligt att hänföra begreppet kollektiv dominerande ställning till artikel 86.

Det behöver knappast tilläggas att jag inte kan se vilken annan möjlighet som skulle kunna leda till målet att ingripa i förebyggande syfte gentemot kollektiva dominerande ställningar som skapas eller förstärks till följd av koncentrationer, såvida man inte anser, vilket dock skulle vara oförnuftigt, att själva fördraget utesluter denna möjlighet.

84. På grundval av denna slutsats kan jag emellertid, till skillnad från kommissionen, inte komma fram till att förordningen faktiskt i sin nuvarande ordalydelse medger ingripanden mot kollektiva dominerande ställningar. I detta hänseende begränsar jag mig till att framhålla att den omständigheten att den valda rättsliga grunden säkerligen kan ge vissa befogenheter inte i sig innebär att dessa befogenheter verkligen har givits. Faktum kvarstår nämligen att vissa befogenheter men inte andra har föreskrivits på den rättsliga grunden.

Vad som är av vikt är slutligen huruvida förordningens ordalydelse uttryckligen eller underförstått bekräftar att kommissionen har givits befogenhet att ingripa mot kollektiva dominerande ställningar. Nåväl, mig förefaller ordalydelsen i sin helhet snarare leda till att det bekräftas att en restriktiv tolkning av artikel 2 skall göras.

85. I denna riktning vittnar till exempel, som de sökande företagen har gjort gällande, det femtonde övervägandet i förordningen,

enligt vilket "koncentrationer som på grund av de berörda företagens begränsade marknadsandel inte riskerar att hämma en effektiv konkurrens kan antas vara förenliga med den gemensamma marknaden", och detta får presumeras "när de berörda företagens marknadsandel inte överstiger 25 procent". Enligt de sökande företagen är valet av denna procentsats inadekvat om förordningen är tillämplig även på kollektiva dominerande ställningar. [85]

Nåväl, det är visserligen så, att presumtionen för en dominerande ställnings oförenlighet med den gemensamma marknaden på grundval av en total marknadsandel som är högre än 25 procent, som anges i övervägandet, däremot inte finns i förordningens lagtext. [86] Det är likaledes sant att marknadsandelarna i de beslut som har fattats enligt förordningen endast utgör en utgångspunkt för att bedöma koncentrationens verkningar, eftersom hänsyn måste tas till många andra omständigheter. [87] Om man emellertid vill ge någon räckvidd åt femtonde övervägandet skulle det inte vara orimligt att betrakta det som ett tecken på lagstiftarens vilja att inte låta fall av kollektiv dominans ingå i förordningen, eftersom andelen 25 procent är något låg för att kunna gälla ett oligopol. [88]

86. Härtill kommer att förarbetena snarare förefaller bekräfta lagstiftarens vilja att *inte* tillämpa förordningen på kollektiva dominerande ställningar. Även om kommissionens vilja att tillämpa dessa bestämmelser på oligopol [89], som kom till uttryck vid rättsaktens tillkomst och som vid flera tillfällen har uttryckts, är välkänd, är det likaså på det viset att kommissionen har framhållit att den nuvarande formuleringen av artikel 2.3 är resultatet av en med möda uppnådd kompromiss just angående frågan om kollektiva dominerande ställningar. [90]

I detta hänseende är det inte överflödigt att framhålla att det av en jämförelse mellan det sista ändrade förslag som kommissionen

85 — Se i detta hänseende även Cook och Kerse (ovan, fotnot 48), s. 134.

86 — Kommissionen har framhållit detta, till exempel i beslutet av den 18 december 1991 (ärende nr IV/M.165 — Alcatel/AEG Kabel) (EGT C 6 1992, s. 23), övervägande 22.

87 — Se till exempel kommissionens beslut av den 21 december 1993, 94/359/EG, i vilket en koncentration förklaras förenlig med den gemensamma marknaden (ärende nr IV/M.358 — Pilkington-Techint/SIV) (EGT L 158, 1994, s. 24). Jag vill för övrigt erinra om att även i domstolens rättspraxis avseende artikel 86 marknadsandelen, även om den utgör ett betydelsefullt indicium för en dominerande ställning om den är eller överstiger 80 procent, inte nödvändigtvis är en avgörande faktor utan skall bedömas tillsammans med andra omständigheter. Se i detta hänseende bl. a. dom av den 5 oktober 1988 i mål 247/86, Alsatel (REG 1988, s. 5987), punkt 19.

88 — I detta hänseende föreskrivs till exempel i den tyska lagstiftningen om konkurrensbegränsningar, som grundas just på en strukturalistisk uppfattning som är förankrad i ett system med presumtioner grundade på företagens marknadsandelar, trösklar om minst 50 procent. Närmare bestämt föreskrivs följande i paragraf 23, artikel 2.2 i denna lag: "Vid kontroll av koncentrationer anses även ett kollektiv av företag som dominerande om det
1. består av tre eller mindre än tre företag, vilka innehar den största marknadsandelen och tillsammans innehar en marknadsandel om 50 procent, eller
2. består av fem eller mindre än fem företag, vilka innehar den största marknadsandelen och tillsammans innehar två tredjedelar av marknaden, om inte dessa företag visar att konkurrensvillkoren ger upphov till förväntningar om en betydande konkurrens dem emellan även efter koncentrationen, eller om företagen sammantagna inte innehar en dominerande ställning gentemot återstående konkurrenter..."

89 — Det är tillräckligt att i dessa syften åberopa redan den *Sextonde rapporten om konkurrensen* år 1986, särskilt punkt 333.

90 — Se sidan 36 i gensvaromålet.

hade framlagt [91] och den slutliga texten framgår att hänvisningen i det förstnämnda till hindren för upprätthållandet och utvecklingen av en effektiv konkurrens sedan har ersatts med begreppet "dominerande ställning", ett begrepp som onekligen citerar texten i artikel 86. Under dessa omständigheter är det nödvändigt att anse att den slutgiltiga texten är frukten av ett medvetet val, som bestämts, vilket även kommissionen har medgivit, av svårigheten att uppnå en överenskommelse på denna punkt.

87. Nåväl, den omständigheten att rådet har beslutat i enlighet med viljan hos några av dess komponenter och med opposition från andra kan ge anledning till bedrövelse, men denna kan endast avhjälpas av lagstiftaren själv. Kommissionens ståndpunkt enligt vilken denna situation, i frånvaron av en bestämmelse som uttryckligen utesluter förordningens tillämplighet på kollektiva dominerande ställningar, innebär att frågan har lämnats öppen, förefaller mig inte övertygande. I varje fall anser jag inte att kommissionen, som denna däremot gör gällande, kan anse att den har fått befogenhet att lösa upp de knutar som medlemsstaterna avsiktligen har lämnat oupplösta.

Att föra ett annat resonemang skulle i klartext vara detsamma som att bekräfta ett särskilt kriterium om subsidiaritet, enligt vilket kommissionen varje gång den anser det lämpligt eller nödvändigt skulle kunna utöva en ställföreträdande roll i förhållande till andra institutioner och särskilt i förhållande till lagstiftaren. Ett initiativ från kommissionen i syfte att uppmana till en ändring av förordningen i den mening som här diskuteras skulle säkerligen vara mer förenligt med spelreglerna i detta avseende. I avsaknad härav ställer jag mig mycket tveksam till huruvida kommissionen och domstolen vid tillämpning eller tolkning kan fylla luckor i bestämmelser som är föranledda av ett medvetet val från lagstiftarens sida. [92]

88. Slutligen förefaller mig förarbetena bekräfta att lagstiftarens vilja såsom den har uttryckts i förordningens text är icke-tillämpligheten av denna text på kollektiva dominerande ställningar. Detta konstaterande är emellertid inte avgörande för de syften varom här är fråga. Faktum kvarstår nämligen att förarbetena som mest kan tillhandahålla vissa indicier men inte är avgörande, eftersom man för att avgöra vilken tolkning av en bestämmelse som är den rätta måste utgå från ordalydelsen och de ändamål som rättsakten i fråga tjänar.

— Garantierna i förfarandet

89. Jag skall nu övergå till att undersöka en aspekt som utan tvivel har grundläggande vikt i sammanhanget. Både den franska regeringen och de sökande företagen anför

91 — COM(88) 734/Rev. slutlig.

92 — Redan Trabucchi (ovan, fotnot 31), s. 503, varnade med hänvisning till rättspraxis i fråga om konkurrens att "den ofta återkommande hänvisningen till ekonomiska uppgifter och den betydelse som ges dessa i domstolsavgöranden inte alls står i strid med domstolens *huvudsakliga uppgift, som är den att följa fördraget och den rätt som är härledd ur detta och se till att dessa följs*. När en bestämmelse finns skall denna följas i sin helhet ..."

nämligen som redan nämnts att en avgörande bekräftelse av det faktum att förordningen inte är tänkt och inte kan tillämpas på kollektiva dominerande ställningar skulle följa av att inga garantier i förfarandet har ställts som kan skydda rättigheterna för företag som även om de inte är inblandade i koncentrationen är delar av en kollektiv dominerande ställning.

Jag har redan vid undersökningen av huruvida de sökande företagens talan kan tas upp till sakprövning framhållit att kommissionens ståndpunkt att den slutliga rättsakten i ett förfarande som har inletts i enlighet med förordningen endast binder parterna i koncentrationen, med följd att tredje man inte i något fall kan skadas, är ogrundad. Tvärtom visar förevarande fall motsatsen på ett talande sätt. [93]

90. Under dessa förutsättningar skall det här avgöras huruvida de förfarandemässiga garantier som föreskrivs i förordningen till skydd för tredje man kan anses som adekvata även i fall då tredje man är del av det oligopol mot vilket kommissionens beslut ingriper.

Jag skall genast säga att tredje mans deltagande i förfarandet, såsom det föreskrivs i förordningen, inte i det fall som här diskuteras förefaller vara sådant att det ger ett adekvat skydd för rätten till försvar. Framför allt riktas inte någon särskild information till de förmodade oligopolister som inte ingår i koncentrationen. Dessutom äger hörandet av tredje man i enlighet med artikel 18.4 rum endast i det fall då kommissionen eller de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna anser det nödvändigt att höra även andra fysiska eller juridiska personer (bland vilka uppenbarligen även företag som är tredje man i förhållande till koncentrationen uppenbarligen måste ingå) eller, på deras initiativ, då de visar att de har intresse därav. Det är således fråga om, vilket bekräftas i förordning nr 2367/90 [94] (som är tillämplig i

93 — Det är nämligen uppenbart att den skada som de sökande företagen har lidit till följd av beslutet är den direkta följden av det uppträdande som de i koncentrationen inblandade företagen har visat med åtlydande av vad kommissionen har krävt. Detta har för övrigt redan konstaterats av förstainstansrättens ordförande hos vilken talan väckts i förebyggande syfte. I beslutet av den 15 juni 1994 (ovan, fotnot 30), genom vilket verkställigheten av artikel 1 i det överklagade beslutet har uppskjutits i den del det däri föreskrivs att bolagen skall utträda ur bolaget Kali-Export, anförs det att det inte kan uteslutas att villkoret i fråga "skadar tredje mans rättigheter, nämligen rättigheterna för de andra två deltagarna i Kali-Export, ... som inte var parter i förfarandet inför kommissionen (punkt 28)."

94 — Ovan, fotnot 13. Denna förordning reglerar nämligen, på ett sätt som motsvarar kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT 127, s. 2268; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 32), endast hörandet av parterna i koncentrationen (artikel 13 och artikel 14), medan det för tredje man — som sådan anses av kommissionen de sökande företagen i vårt fall — föreskrivs ett system för hörande på dennes egen begäran utan någon förfarandemässig garanti (artikel 15). Den franska regeringen har i detta sammanhang framhållit att dessa förhör i praktiken endast är kontakter med kommissionens tjänstemän och kan inte uppfylla kraven på information och skydd för dem som är till fullo inblandade i förfarandet, såsom "parterna" i oligopolet som skapades genom koncentrationen. Det skall här preciseras att förordning nr 2367/90 har ersatts med förordning nr 3384/94 (ovan, fotnot 13), vars bestämmelser i vissa avseenden ger ett större skydd. Vad gäller det som här är av vikt är emellertid problemställningen i huvudsak oförändrad. Även om det är så, att tredje man som har framlagt ett skriftligt yttrande i enlighet med artikel 16 i den nya förordningen kan delta i ett officiellt förhör, är det likaledes så, att denna möjlighet har lagts under kommissionens fria skön.

tiden på vårt fall), ett förfarande som inte är obligatoriskt och som är av informell art, eftersom det äger rum utan att representanterna för medlemsstaterna deltar och utan de formkrav och de garantier som är föreskrivna för att höra parterna. Det är i huvudsak fråga om ett förfarande som kan skydda rättigheterna för den som faktiskt är tredje man (i alla avseenden), men inte för den som är "part" i den dominerande ställningen.

91. Den analys som den franska regeringen har gjort och i vilken den har jämfört de förfarandeformer som föreskrivs i förordning nr 2367/90 om verkställighet av artikel 18.4 i förordningen med den mekanism som föreskrivs för förfaranden som inleds i enlighet med artiklarna 85 och 86 bekräftar att garantierna som ges för rätten till försvar för de företag som är delar av ett oligopol men inte ingår i koncentrationen är otillräckliga. [95]

Denna analys visar nämligen hur, till skillnad från de företag som har en kollektiv dominerande ställning i enlighet med artikel 86, de företag som ingår i ett oligopol som påstås ha skapats eller förstärkts genom en koncentration, men i vilket de inte ingår, behandlas som tredje man med de oundvikliga negativa konsekvenser som följer härav vad gäller rätten till försvar.

92. Nåväl, det behöver knappast erinras om att iakttagandet av rätten till försvar i administrativa förfaranden utgör ett oeftergivligt krav i gemenskapens rättsordning. Som domstolen vid upprepade tillfällen har yttrat är "iakttagandet av rätten till försvar [...] en grundläggande gemenskapsrättslig princip som skall säkerställas i varje förfarande som inleds mot en person och som kan leda till en rättsakt som går denna person emot, även när det inte föreligger regler för det ifrågavarande förfarandet". [96]

Ur detta perspektiv förefaller kommissionens ståndpunkt, att eftersom respekten för rätten till försvar utgör en grundläggande rättighet, en eventuell brist på särskilda förfarandemässiga garantier i förordningen inte har någon betydelse för förordningens tillämplighet på kollektiva dominerande ställningar, inte helt sakna grund. I varje fall skulle tredje mans,

95 — Som den franska regeringen erinrar om (s. 20—23 i ansökan), iakttas nämligen den kontradiktoriska principen kontinuerligt under förfarandet enligt artikel 86, i enlighet med förordningarna nr 17/62 (ovan, fotnot 51) och nr 99/63 (föregående fotnot), i förhållande till de företag som anses ha en dominerande ställning, vilka redan från början underrättas om det förfarande som har inletts mot dem och ges möjlighet att försvara sig.

96 — Dom av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen (REG 1986, s. 2263, punkt 27; svensk specialutgåva, häfte 8). Detta innebär, som framgår av domen, att "iakttagandet av rätten till försvar kräver att den person mot vilken kommissionen har inlett ett administrativt förfarande, under detta förfarande har lämnats tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt lämna sina synpunkter på riktigheten i och relevansen av de påstådda faktiska och andra omständigheterna, samt på de handlingar som ligger till grund för kommissionens påstående om att det föreligger en överträdelse av gemenskapsrätten". Se i samma riktning redan domen av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461, punkterna 9 och 11; svensk specialutgåva, häfte 3).

eller annan parts, rätt till nödvändigt skydd förbli oförändrad.

93. Det är fråga om en framställning som visserligen är suggestiv men som jag emellertid inte kan dela. Om det nämligen är så, att rätten till försvar i vilket fall som helst skall respekteras, oberoende av enskilda och uttryckliga bestämmelser härom som reglerar varje fall som skulle kunna uppstå, är det icke desto mindre så, att det skulle vara paradoxalt att tillåta kommissionen att tillgripa denna utväg när den inte, fastän den har antagit särskilda bestämmelser i ämnet, som förordning nr 2367/90 säkerligen är, har beslutat om nödvändiga garantier till förmån för dem som kan skadas av att bestämmelserna i fråga tillämpas.

Sedan detta sagts erkänner jag att domstolen skulle kunna lösa förevarande problem genom att påstå att det är tillräckligt att utsträcka de garantier som gäller för parterna i koncentrationen till att gälla även parterna i det påstådda oligopolet. Faktum kvarstår emellertid att frånvaron av en bestämmelse med detta innehåll i förordningen, som sökandena har anfört, bekräftar att förordningen inte är avsedd, åtminstone inte av lagstiftaren, att tillämpas på kollektiva dominerande ställningar. Slutligen, vilket knappast behöver tilläggas, är i förevarande fall respekten för rätten till försvar, som de sökande företagen i vilket fall som helst skall åtnjuta (enligt kommissionen), med säkerhet inte garanterad. [97]

— Ekonomiska överväganden och förordningens syften

94. Det återstår att beakta den argumentation av ekonomisk art som kommissionen har fört och som är starkt förbunden med målet att säkerställa en effektiv konkurrens.

I huvudsak är kommissionens ståndpunkt att det är oundvikligt att ställa oligopolsituationer under kontroll [98], eftersom ur dessa kan härröra en skada för konkurrensen som inte är mindre allvarlig än den som härrör från en individuell dominerande ställning. Förordningens tillämplighet på kollektiva dominerande ställningar grundas enligt kommissio-

97 — Faktiskt, vilket är bra att påminna om, mottogs representanterna för de sökande bolagen inte av kommissionens tjänstemän förrän den 1 december, det vill säga två dagar före den rådgivande kommitténs sammanträde och de ställdes således inför fullbordat faktum. Även om det som kommissionen påstår är sant — men som sökandena förnekar — det vill säga att SCPA:s representanter mottogs av institutionens tjänstemän redan den 3 november 1993, skulle inte situationen förändras, eftersom avsaknaden av insyn i förfarandet för tredje man i huvudsak kvarstår. Detta desto mer som kommissionen själv anför att K+S' åtaganden inte diskuterades med representanterna för de franska företagen förrän vid sammanträdet den 1 december.

98 — Detta krav bekräftas av den omständigheten att, i alla viktigare antitrustsystem, bestämmelserna om kontroll av koncentrationer tillämpas även på oligopoldominans. För en jämförande analys, se Briones, Oligopolistic dominance: is there a common approach in different juridictions? A review of the decisions adopted by the Commission under the Merger Regulation, i *ECLR*, 6, 1995, s. 334 och följande sidor.

nen slutligen på nödvändigheten av en kontroll av oligopolen för att skydda konkurrensen. [99]

95. I detta hänseende börjar jag med att framhålla det välgrundade i kommissionens oro, särskilt om den analyseras i ljuset av de ekonomiska och juridiska verkningarna av oligopolsituationerna. Det behöver knappast anmärkas att oligopolet, det så kallade fåtalets marknad [100], kan få skadliga verkningar som ligger mycket nära dem som vanligen tillskrivs monopolet. [101] Härtill kan läggas att det inte kan förnekas, å ena sidan att det föreligger ett visst samband mellan koncentration och marknadsstyrka, förstådd som en möjlighet att höja priserna genom att inskränka produktionen och genom att erhålla en extra vinst. Det kan å andra sidan inte heller förnekas att koncentrationerna kan gynna samverkan mellan konkurrenter eller parallella beteenden även om sådana inte är avtalade.

Kommissionen har vidare framhållit att problemet heller inte kan lösas genom användning av artiklarna 85 och 86 i fördraget, eftersom dessa inte medger ett effektivt ingripande mot oligopolen. Ibland kan nämligen oligopolen inte bekämpas genom förbud mot restriktiva överenskommelser, eftersom, som domstolen förklarade i "pappersmassemålen", uppträdandets parallellitet, i vilket själva idén med oligopol ingår, "kan betraktas som ett bevis för en överenskommelse endast om överenskommelsen förefaller att vara den enda möjliga förklaringen. Det är nämligen viktigt att komma ihåg att artikel 85 i fördraget, medan den förbjuder alla former av samverkan i avsikt att snedvrida konkurrensen, inte utesluter näringsidkarnas rätt att reagera på ett intelligent sätt på konkurrenternas kända eller förmodade uppträdande". [102] Å andra sidan möter användandet av artikel 86 gränser som är inneboende i dess karaktär av bestämmelse med inverkan endast på dominanssituationer som redan existerar.

96. De luckor som nyss har visats förefaller mig emellertid inte tillräckliga för att berättiga tillämpning av förordningen på oligopoldominans, och inte heller förefaller det mig att man av domen i "pappermassemålet" kan

99 — Det är just i detta perspektiv som vissa författare inte alls har utesluti att förordningen kan tillämpas även på situationer av oligopoldominans, då den effektiva konkurrensen på betydande sätt hindras av flera företag som tillsammans kan agera på ett sätt som är oberoende av konkurrenter och kunder. Se till exempel Jones, Gonzales-Diaz, *The EEC Merger Regulation*, London, 1992, s. 168 och följande sidor samt Venit, The evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast, i International Mergers and Joint Ventures, *Annual Proceednings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1991, s. 519, särskilt s. 540 och följande sidor.

100 — Alltsedan Cournots pionjärarbete *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, 1848, har den ekonomiska teorin om oligopolet skapat en stor mängd viktiga bidrag, se sammanfattningsvis Pigassou, *Les oligopoles et le droit*, Paris, 1983, Kap. III, s. 151—260.

101 — Areeda och Turner, *Antitrust Law*, vol. III, Boston/Toronto, 1978, s. 359: "oligopoly with monopoly-like results". Denna framställning finner stöd i den ekonomiska teori som i sådana situationer urskiljer samma villkor för utövning av marknadsstyrkan och som berättigar tillämpningen av antitrustbestämmelserna på monopolsituationer, och som till och med anser att oligopolet kan skapa större risker för konkurrensen än en individuell dominerande ställning, eftersom en sådan tenderar att förminskas med tiden genom verkningarna av konkurrensen från de mindre företagen, medan ett starkt oligopol under vissa omständigheter kan vara under en lång tidsperiod. Se härom Scherer och Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990.

102 — Dom i "pappersmassemålet" (ovan, fotnot 52) punkt 71.

dra de slutsatser som kommissionen gör. Den omständigheten att det föreligger ett parallellt uppträdande som inte kan bestraffas med stöd av artikel 85 [103] betyder inte i sig att dessa uppträdanden i vilket fall som helst skall bestraffas, och inte heller, i synnerhet, kan den berättiga den extensiva tolkning av förordningen som kommissionen har föreslagit.

För övrigt vittnar den nyss gjorda reflexionen på ett ganska talande sätt om det motsägelsefulla i den ståndpunkt som kommissionen har intagit i förevarande fall. Den beklagar nämligen, som vi har sett, att de bestämmelser som ges i artiklarna 85 och 86 för att ingripa mot oligopolen inte är adekvata, och att denna otillräcklighet enligt dess åsikt berättigar en extensiv tolkning av artikel 2.3 i förordningen. Men vid närmare påseende bestod kommissionens ingripande i det förmodade duopolet K+S/SCPA/EMC i "uppmaningen" riktad till det förstnämnda bolaget att avbryta de pågående avtalsförbindelserna med de andra. Under dessa förhållanden, det vill säga inför uppenbara tecken på "överenskommelse", varför inte använda artikel 85? [104]

97. Jag vill slutligen anmärka att inte heller praxis angående tillämpningen av förordningen vilken åberopats flera gånger under förfarandets lopp erbjuder någon argumentering som kan leda till en annan lösning. I beslutet i ärendet Nestlé/Perrier, där kommissionen inte dolde sitt val att utarbeta ett självständigt begrepp för kollektiv dominans, grundades förordningens tillämplighet på oligopol huvudsakligen på artikel 3 g i fördraget. [105]

Det är visserligen sant att det allmänt hänvisas till denna bestämmelse i förordningens första överväganden och att denna, eftersom den sätter som mål att skydda en effektiv konkurrens, inte kan annat än gälla alla fall av konkurrensbegränsningar, oavsett om de förorsakats av ett eller flera företag. Det är emellertid likaledes sant att det i bestämmelsen också uttalas att dess tillämpning, och det får inte glömmas, endast sker "på de villkor och i den takt som anges i detta fördrag".

98. De hittills undersökta faktorerna sammantagna ger upphov till ett flertal tvivel

103 — Beträffande denna fråga i alla dess verkningar, se generaladvokat Darmons fördjupade förslag till dom i "pappersmassemålet" (REG 1993, s. I-1445). Se även, för en nyligen gjord fullständig sammanställning av rättspraxis i ämnet, Soames, An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference, i *ECLR* 1996, s. 24.

104 — Det är möjligt att svaret på frågan står att finna i kravet på snabbhet. Detta bekräftar till exempel den omständigheten att ett av de åtaganden som ursprungligen bestämdes, nämligen det som gällde företaget Potacan och som sedan omvandlades till det formella konstaterande som analyseras i det föregående (apropå talans upptagande till sakprövning), i själva verket var föremål för ett förfarande som hade inletts enligt förordning nr 17/62.

105 — Beslut 92/553/EEG, ovan, fotnot 66. I samma beslut tilläggs att om förordningen inte var tillämplig på oligopolsituationer skulle härav följa att de nationella myndigheterna, som innan den inträdde hade kunnat bestraffa sådana situationer med tillämpning av sina egna interna bestämmelser, skulle finna att de helt hade avstått från sin egen kontrollerande roll i detta hänseende "utan att bli ersatta på gemenskapsnivå".

beträffande möjligheten att använda begreppet kollektiv dominerande ställning inom ramen för bestämmelserna i koncentrationsförordningen. Slutligen anser jag att förordningens bestämmelser inte är tillämpliga på oligopol som har en dominerande ställning och att detta är den tolkning som mest står i överensstämmelse inte enbart med bestämmelsernas ordalydelse utan också med den logik som har inspirerat dem och, mer allmänt, med systemets systematik. Den motsatta tolkningen, även om den finner visst berättigande på det ekonomiska planet, leder till flera negativa konsekvenser, och framför allt skulle den med tanke på frånvaron av referensparametrar i bestämmelser eller förordningar motsvarande dem som finns i andra antitrustsystem till sist ge upphov till tvivel. Detta skulle för övrigt stå i kontrast med det flera gånger upprepade kravet att gemenskapsbestämmelsen skall vara klar och dess tillämpning förutsägbar för dem som är underkastade den. [106]

Naturligtvis skall, som jag tidigare har framhållit, den oro som kommissionen har visat för de negativa konsekvenserna av undertryckandet av konkurrenshämmande uppträdande som underlåtenheten att tillämpa förordningen på oligopol skulle kunna ha inte försummas. Likväl tror jag att det skulle vara mer korrekt att låta denna oro ta sig ett mer naturligt uttryck och bli föremål för ett förslag till ändring för att komplettera bestämmelserna i fråga.

106 — Dom av den 22 februari 1984 i mål 70/83, Kloppenburg (REG 1984, s. 1075, punkt 11; svensk specialutgåva, häfte 7).

3) *Den felaktiga tillämpningen i förevarande fall av begreppet kollektiv dominerande ställning*

99. Med denna grund åberopar både den franska regeringen och sökandebolagen en rad rättsliga och faktiska fel som enligt dem har begåtts vid bedömningen av koncentrationen på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland.

Allmänt gör den franska regeringen gällande att kommissionen för att fastställa att det förelåg en kollektiv dominerande ställning inte använde vare sig de kriterier som har utarbetats i rättspraxis beträffande artikel 86 eller de kriterier som fastlagts i dess föregående beslut, vilka för övrigt enligt den franska regeringen var mer flexibla än dem som gemenskapsdomstolen har angivit. Till stöd för sin egen ståndpunkt framför den franska regeringen sedan en rad specifika invändningar beträffande alla de analysfaktorer som har beaktats i beslutet. Den understryker samtidigt vikten av de kriterier som kommissionen underlät att beakta. Dessa argument tydliggör enligt den franska regeringen de fel med vilka beslutet angående förhandenvaron av en kollektiv dominerande ställning är behäftat och i vilket fall som helst den otillräckliga motiveringen av detta.

De sökande företagen, som även ifrågasätter vissa av de faktorer som har beaktats i beslutet med argument som motsvarar den franska regeringens, gör särskilt gällande att kommissionen inte har visat att det föreligger något orsakssamband mellan koncentrationen och det påstådda skapandet av en kollektiv dominerande ställning.

100. Kommissionen har genmält att de kriterier som den har använt i det överklagade beslutet inte alls är oförenliga med dem som har använts i föregående beslut. För att fastställa huruvida en kollektiv dominerande ställning föreligger grundas bedömningen i förevarande fall på tre kriterier: graden av koncentration på marknaden, strukturella omständigheter beträffande marknadens karaktär och produktens egenskaper samt de strukturella sambanden mellan de berörda företagen.

Dessutom gör kommissionen gällande att förevarande fall på grund av vissa karaktäristiska drag skiljer sig från andra fall i vilka den har ingripit. För det första saknades enligt kommissionen redan före koncentrationen en effektiv konkurrens mellan de två viktigaste leverantörerna av kaliumkloridprodukter på grund av K+S' frånvaro på den franska marknaden och de band som fanns mellan detta bolag och SCPA. För det andra befinner sig enligt kommissionen K+S och SCPA i en dominerande ställning i förhållande till andra kaliumkloridleverantörer till följd av den förstärkning av konkurrenskraften som följde av koncentrationen med MdK.

101. Mer allmänt anför kommissionen som svar på den franska regeringens invändningar att de kriterier som har utarbetats med anledning av artikel 86, vilka inte är frånvarande i beslutet, inte är av avgörande art i fråga om kontroll av koncentrationer. I det sammanhanget måste nämligen förhandenvaron av en kollektiv dominerande ställning — till skillnad från vad som sker beträffande artikel 86, där denna i huvudsak är definierad på grundval av marknadsandelarna — vara resultatet av en analys som avser framtiden. De marknadsandelar som innehas utgör därför endast en utgångspunkt. Dessutom är det nödvändigt att bedöma möjligheten för nuvarande och potentiella konkurrenter att bilda en motvikt till det nya företagets eventuella dominerande ställning. Det är just efter en sådan bedömning som många koncentrationer har godkänts enligt förordningen, fastän de hade betydande marknadsandelar som nästan säkert kunde leda till en förklaring om oförenlighet med artikel 86.

Vad sedan gäller de kriterier som har fastställts i kommissionens beslutspraxis, anför kommissionen dels att de beslut som den franska regeringen grundar sig på, med undantag av Nestlé/Perrier [107], alla har fattats efter det överklagade beslutet, dels att det är egenskaperna i varje konkret fall som gör att en större vikt eller rent av en avgörande verkan ges vissa kriterier snarare än andra. Det är således med hänsyn till särdragen i förevarande fall som denna har tillmätt tidigare nämnda kriterier ett avgörande värde.

102. Jag vill börja med att erinra om att begreppet kollektiv dominerande ställning, som har utvecklats i samband med artikel 86 i fördraget, vars ordalydelse är att den hegemoni som kan ge upphov till missbruk kan

107 — Beslut 92/553/EEG, ovan, fotnot 66.

avse såväl ett enskilt företag som flera företag [108], har preciserats under årens lopp. I synnerhet har förstainstansrätten i domen i målet "platt glas" förklarat att en kollektiv dominerande ställning kan innehas av flera företag som, även om de är oberoende av varandra, på marknaden framstår som förenade av särskilt intensiva ekonomiska band, såsom att de gemensamt disponerar över en teknologisk fördel som tillåter dem att "i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter". [109] Detta begrepp bekräftades i huvudsak av domstolen i domen i målet Almelo m. fl. med den anmärkningen att en kollektiv dominerande ställning förutsätter att de berörda företagen "är så nära kopplade till varandra att de kan föra samma handlingslinje på marknaden". [110]

Vad gäller kriterierna som har utarbetats i beslutspraxis i ämnet är det visserligen så, som sökandena anför, att kommissionen vid bedömningen av koncentrationerna har utarbetat ett mer vidsträckt begrepp för kollektiv dominans som är delvis olikt det som har definierats i rättspraxis avseende artikel 86. I detta hänseende måste det emellertid erkännas att förordningen, även om den hänför sig till samma faktorer som domstolen har använt för att fastställa dominansen, undviker varje definition av begreppet utan att därmed utesluta att "strukturella" bedömningar överväger och utesluter således ej heller möjligheten att skapa ett begrepp som i någon mån är självständigt i förhållande till det begrepp som har utarbetats beträffande artikel 86. [111]

103. Uppenbarligen riskerar ett nytt begrepp för kollektiv dominans, olikt det som har utarbetats i rättspraxis beträffande artikel 86, även om det kan berättigas med det speciella med kontrollen av koncentrationer, att göra tillämpningen av begreppet i fråga på koncentrationer ännu svårare. Om det sedan förhåller sig så att det i artikel 2.1 i förordningen — under förutsättning att kriterierna som uppräknas i denna, för att bedöma huruvida koncentrationerna är förenliga med den gemensamma marknaden, är tillämpliga även på det fall som här diskuteras — inte anges någon hierarki mellan de omständigheter som skall beaktas, återstår att kommissionen inte kan bortse från de uppräknade

108 — Trots detta föreföll domstolen till en början ovillig att erkänna begreppet kollektiv dominans, detta även på grund av svårigheten att under det att det i bestämmelsen inte sades något därom, fastställa vilka omständigheter som är nödvändiga för att konkret definiera begreppet. Rentav tycktes den vid ett tillfälle begränsa tillämpningen av artikel 86 till fall av individuella dominerande ställningar. I domen av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche (ovan, fotnot 96), punkt 39, fastslog nämligen domstolen att "en dominerande ställning skall skiljas från det parallella uppträdande som är typiskt för oligopolsituationer, eftersom uppträdandena i ett oligopol påverkar varandra ömsesidigt, medan i fall av dominerande ställning uppträdandet hos det företag som befinner sig i denna ställning i stor utsträckning bestäms ensidigt" Se i frågan Korah, *Concept of a dominant postition within the meaning of Article 86*, i *Common Market Law Review*, 1980, s. 395, särskilt s. 398.

109 — Dom av den 10 mars 1992 (ovan, fotnot 38) punkt 358. Se i samma hänseende redan domen av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche (ovan, fotnot 96), punkterna 38 och 48.

110 — Dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92 (REG 1994, s. I-1477, punkt 42; svensk specialutgåva, häfte 15). Uttalandena i det nyss nämnda avgörandet upprepades av domstolen i domen av den 17 oktober 1995 i de förenade målen C-140/94, C-141/94 och C-142/94, DIP SpA m. fl. (REG 1994, s. I-3257, punkt 24—26). Se i denna fråga generaladvokat Fenellys förslag till avgörande i det målet, där det bland annat framhålls att begreppet kollektiv dominerande ställning inte kan användas för att ersätta bristen på direkta bevis för förekomsten och än mindre för missbruk av en dominerande ställning (punkt 64).

111 — I detta hänseende se Venit, ovan fotnot 99, s. 527 och följande sidor, särskilt s. 530—531. Denna orientering finner även stöd i föreställningen att begreppet "begränsning av konkurrensen", som finns i artikel 2.3 i förordningen tillåter kommissionen att utarbeta ett nytt begrepp för "dominans", grundat på en analys av den sannolika utvecklingen mot bakgrund av marknadens egenskaper. Se Brittan, The Law and Policy of Merger Control in the EEC i *European Law Review*, s. 354.

kriterierna och att det fria skön som ges denna i samma förordning inte kan gå så långt som till godtycklighet. Således kan det med all säkerhet uteslutas att kommissionen kan *hitta på* de kriterier som den anser lämpligast för varje enskilt fall.

Under dessa omständigheter kan för övrigt kommissionens praxis, som utan tvivel är komplicerad och ibland motsägelsefull, icke desto mindre visa sig vara ett instrument som kan bidra till att framhäva eventuella motsägelser i beslutet och i kommissionens svaromål och på så sätt även härigenom leda till en slutsats beträffande huruvida de kriterier som har använts i förevarande fall är korrekta eller inte. Om problemet framläggs på detta vis förefaller mig kommissionens anspråk på att hänsyn inte skall tas till kriterier och bedömningar som förekommer i beslut som har fattats efter det förevarande sakna grund. I själva verket utgör kommissionens praxis, oavsett om det är fråga om föregående beslut — som ärendet Nestlé/Perrier, som sökandena ofta har åberopat [112] — eller efterföljande, säkerligen ingen parameter för det överklagade beslutets rättsenlighet, men den är desto mer ett tecken på den metod som kommissionen hittills har använt när den tillämpar förordningen på kollektiva dominerande ställningar.

112 — I detta hänseende vill jag för övrigt anmärka att uppläggningen och metoden i beslutet Nestlé/Perrier inte kan skonas från kritik, huvudsakligen eftersom det tenderar att utarbeta ett test för kontroll av den kollektiva dominerande ställningen med ganska osäkra ramar. Se på denna punkt Wincklers och Hansens anmärkningar, Collective dominance under the EC Merger Control Regulation, i *Common Market Law Review* (1993) 30, s. 787 och följande sidor, särskilt s. 828, enligt vilka "if the standard used in Nestlé/Perrier is, as suggested, one of 'probability' or 'facilitation', then the Commission has not explained in sufficient detail what types of economic conduct ('collective abuses') it wishes to avoid making 'much easier'" (detta påstående gäller punkt 120 i beslutet).

104. Under dessa förutsättningar skall jag nu övergå till att undersöka den franska regeringens och de sökande företagens invändningar beträffande de kriterier som har tillämpats i beslutet för att fastslå att det föreligger en kollektiv dominerande ställning som kan förmodas få en väsentlig inverkan på konkurrensen.

Jag anser det lämpligt att genast efter den inledande aspekten om graden av koncentration på marknaden behandla problemet med strukturella band som även kommissionen anser utgöra den huvudsakliga omständighet som denna grundade sig på när den förklarade att det förelåg en gemensam dominerande ställning mellan K+S/MdK och SCPA. Jag skall sedan övergå till att undersöka de andra kriterier som användes i beslutet samt relevansen av de kriterier som har använts i andra beslut men som är helt frånvarande i det beslut varom här är fråga.

— Graden av koncentration på marknaden

105. Kommissionens bedömning är framför allt grundad på höjningen av (den redan höga) graden av koncentration på marknaden, vilken på längre sikt anses kunna förorsaka en förstärkning av en kollektiv dominerande ställning som kan hindra konkurrensen på ett betydande sätt.

Den franska regeringen och de sökande bolagen ifrågasätter denna bedömning och gör gällande att ökningen inte är väsentlig, eftersom K+S' och SCPA:s marknadsandelar till följd av koncentrationen ändrades från 54 till 61 procent. Den franska regeringen gör dessutom gällande att kommissionens analys är godtycklig, eftersom kommissionen dels inte tar någon hänsyn till den omständigheten att leverantörerna av kaliumklorid som tidigare var 10 till antalet nu är 9, till följd av koncentrationen, dels inte vederbörligen beaktar de två viktiga näringsidkarna CPL:s och Coposas roll. Slutligen är enligt sökandena kommissionens analys inte tillförlitlig av det skälet att marknadsandelarna beräknas på två olika sätt i förhållande till det resultat som skall uppnås. Enligt den första metoden beaktas endast försäljningsvolymen för de olika näringsidkarna inom gemenskapen, medan enligt den andra metoden den försäljning som har skett på den franska marknaden skulle inräknas i SCPA:s försäljningsvolym och således inte inräknas i K+S' försäljning.

106. Det bör här först sägas att en blott kvantitativ ökning av de berörda företagens marknadsandelar, som kommissionen rent av har betonat för mycket i beslutet, i sig inte är tillräcklig för att skapa en kollektiv dominerande ställning, som nämns även i domen i målet "platt glas", i vilken domstolen var mycket tydlig på denna punkt. Så är det i ännu högre grad i vårt fall, eftersom koncentrationen har lett till en ökning med endast 7 procent.

Det måste därför erkännas att ökningen av graden av koncentration på marknaden till följd av koncentrationen inte är av särskild vikt, eftersom den är begränsad både vad gäller antalet konkurrenter som är närvarande på marknaden (det sjunker från 10 till 9), och vad gäller ökningen av den marknadsandel som K+S och SCPA tillsammans innehar på samma marknad. Under dessa omständigheter förefaller den vikt som i beslutet ges till kriteriet i fråga överdriven. [113] I varje fall kan den analys som gjorts på denna punkt som mest visa att graden av koncentration på marknaden inte är sådan att det *a priori* kan uteslutas att det föreligger en kollektiv dominerande ställning.

— De strukturella banden mellan K+S och SCPA

107. Enligt parternas samstämmiga mening utgörs den centrala beståndsdelen i det överklagade beslutet av att det "sedan lång tid [finns] synnerligen starka band mellan K+S och SCPA" [114], vilket föranledde antagandet att det inte fanns någon effektiv konkurrens mellan de båda företagen. Det var just dessa band som utgjorde den avgörande faktorn i kommissionens bedömning, vilket framgår av att kommissionen själv ansåg att upplösningen av dessa band genom ålagda villkor kunde bringa den påstådda kollektiva dominerande ställningen att upphöra.

113 — Se punkt 52—56 i beslutet.
114 — Punkt 57 i beslutet.

108. Enligt den franska regeringen begick kommissionen en rad misstag vid bedömningen av de strukturella banden mellan K+S och SCPA, band som i själva verket inte var sådana att något orsakssamband mellan koncentrationen och skapandet av duopolet K+S/SCPA kunde visas, eftersom de inte är tillräckliga för att bevisa att det genom koncentrationen i fråga skapades förutsättningar för ett uppträdande i samförstånd mellan de båda företagen. Detta skulle framgå av i synnerhet följande omständigheter: 1) Även om kommissionen har bestämt att den relevanta marknaden är gemenskapen med undantag från Tyskland, har banden i fråga begränsade verkningar i Frankrike. 2) I beslutet borde det spanska företaget Coposa [115] ha inräknats i oligopolet. 3) K+S' låga närvaro på den franska marknaden räcker inte för att visa att detta företag innehar dominans tillsammans med SCPA. 4) Det har inte bevisats att K+S' förvärv av MdK är sådant att det leder till att det skapas ett duopol med dominerande ställning i form av K+S och SCPA.

De sökande företagen riktar sin uppmärksamhet främst på den sistnämnda aspekten och framhåller att det föreligger vissa grundläggande motsägelser i kommissionens ståndpunkt, särskilt den omständigheten att koncentrationen enligt denna institution inte endast skulle förstärka en kollektiv dominerande ställning på den relevanta marknaden utan faktiskt skapa en sådan.

115 — Jag erinrar om att det är fråga om det företag som saluför den kaliumklorid som produceras av vissa spanska företag som nyligen har sammanförts till ett statligt verk med namnet INI.

109. Vad gäller det första av dessa argument vill jag anmärka att förbindelserna mellan de berörda företagen direkt eller indirekt endast gäller den franska marknaden. Endast på den marknaden kan de därför inverka på den effektiva konkurrensen mellan K+S och SCPA. Detta gäller för det första upplösningen av distributionsförbindelserna mellan K+S och SCPA, förbindelser som tillämpas endast beträffande den franska marknaden. Men detta gäller för det andra även beträffande delaktigheten i koncernen Kali-Export. Enligt kommissionen är denna delaktighet sådan, även om den inte gäller försäljning på den gemensamma marknaden utan endast export till tredje land, att den kan hindra försäljningen i Frankrike. Påståendet kan inte kontrolleras eftersom ingen bevisning har åberopats till stöd härför. [116] Om påståendet bevisades skulle detta emellertid som mest visa att det inte föreligger någon effektiv konkurrens mellan K+S och SCPA på den franska marknaden, det vill säga på en marknad som enligt kommissionen själv inte utgör någon självständig relevant marknad. Härav följer att, om kommissionens ståndpunkt är befogad, även deltagandet i exportkartellen skulle ha återverkningar inom gemenskapen endast på den franska marknaden, vilken, upprepar jag, inte utgör någon relevant marknad i den mening som avses i beslutet.

I detta hänseende förefaller därför den franska regeringens slutliga uttalande, att kommissionen inte har visat på vilket sätt K+S'

116 — I själva verket har kommissionen i sin inlaga påstått att den i punkterna 57, 59, 61 och 67 i beslutet tillräckligt hade visat att sådana hinder förelåg. Vid en genomläsning av dessa punkter framgår emellertid att kommissionen i dessa har begränsat sig till att nämna de strukturella band som enligt denna föreligger mellan K+S och SCPA.

förvärv av MdK ledde till att ett duopol skapades som kunde hindra konkurrensen på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland, välgrundat. Det är nämligen i detta syfte inte tillräckligt att grunda sig på de förbindelser som existerar mellan K+S och SCPA i Frankrike, som inte utgör någon självständig marknad.

110. Vad däremot gäller den aspekt som gäller det spanska bolaget Coposa, gör den franska regeringen gällande att kommissionen felaktigt har uteslutit detta företag från det påstådda oligopol som utgjordes av K+S och SCPA. I varje fall kunde kommissionen enligt den franska regeringen inte påstå, för att bevisa att det var korrekt att undanta Tyskland från den geografiska gemensamma marknaden, att Coposa exporterar i betydande omfattning till Frankrike för att sedan, i syfte att bevisa att det förelåg en kollektiv dominerande ställning, påstå att Coposa i endast liten omfattning är närvarande i Frankrike och att dess försäljning i varje fall är kanaliserad.

I detta hänseende skall jag genast säga att kommissionens försvar, som är grundat på påståendet att banden mellan K+S och SCPA skulle vara sådana att de avspeglar sig i dessa företags förbindelser med alla andra näringsidkare och på påståendet att ett eventuellt inkluderande av Coposa i oligopolet i vilket fall som helst skulle vara irrelevant för beslutet, eftersom det i så fall endast skulle uppstå en förstärkning av den kollektiva dominerande ställningen, är föga övertygande. Det är nämligen uppenbart att en exakt bestämning av beståndsdelarna i ett oligopol har företräde framför bedömningen av oligopolet i lika hög grad som kontrollen av konkurrensvillkoren utanför oligopolet. [117] I förevarande fall förefaller det därför svårt att på grundval av föreliggande uppgifter och med tillämpning av samma kriterier som används för att inkludera K+S och SCPA i den kollektiva dominerande ställningen utesluta Coposa från sagda oligopol. Det räcker i detta sammanhang att erinra om att även Coposa deltar i kartellen Kali-Export och att företaget säljer i Frankrike huvudsakligen genom SCPA.

111. För att fastslå att det inte föreligger konkurrens mellan K+S och SCPA och således att de två bolagen har en kollektiv dominerande ställning förefaller mig på motsvarande sätt de omständigheter som utgör regeringens tredje argument, det vill säga att K+S i låg grad är närvarande i Fankrike och att bolaget för en del av sin försäljning i landet använder SCPA:s distributionskanaler, inte avgörande. Den första omständigheten skulle nämligen kunna vara berättigad av mer än ett skäl, nämligen den franska marknadens struktur, konsumenternas preferenser och det tyska bolagets företagsstrategier. Om man vill lägga större vikt vid den aspekten skulle det dessutom vara nödvändigt att fråga sig varför motsvarande situationer, det vill säga frånvaron på viktiga nationella marknader, föreligger för alla de viktigaste näringsidkarna i sektorn. Detta särskilt eftersom kommissionen i det överklagade beslutet vad gäller den tyska marknaden har förklarat att

117 — I detta sammanhang vill jag till exempel erinra om att listan för kontroll av koncentrationer, antagen år 1990 av det Federala kontoret för karteller i Tyskland (publicerad i engelsk översättning i *Fordham Corporate Law Institute*, 1991, s. 161 och följande sidor) betraktar frånvaron av konkurrens mellan oligopolföretag och deras "externa" konkurrenter som en nödvändig faktor för att kvalificera ett oligopol som dominerande.

SCPA:s frånvaro inte beror på banden med K+S utan på strukturella faktorer på den marknaden.

Vad gäller försäljningen av K+S' produkter genom SCPA skall här understrykas att om det förhåller sig så, att en stor del av den franska importen av produkter från K+S sker med SCPA som mellanhand, förhåller det sig likaledes så, att det är fråga om en så ringa kvantitet (1,4 procent av den relevanta marknaden) att den inte kan utgöra något tillräckligt bevis för kommissionens ståndpunkt.

112. Jag kommer slutligen till det sista av den franska regeringens argument, det som gäller följderna av K+S' köp av MdK. Denna anför i synnerhet att kommissionen inte alls har bevisat att det till följd av förvärvet skulle skapas ett duopol med en dominerande ställning som skadar konkurrensen. Även de sökande företagen har gjort en motsvarande anmärkning och särskilt lagt vikt vid det motsägelsefulla i kommissionens ståndpunkt. Kommissionen har enligt dem dels tillämpat teorin om failing company defense på antagandet att MdK i vilket fall som helst skulle försvinna från marknaden, eftersom det var i irreversibel kris, dels ansett att K+S' förvärv av MdK — och därmed den koncentration som följer härav — var sådant att det skulle skapa ett duopol med en dominerande ställning som kan hindra konkurrensen.

På denna punkt har kommissionen genmält att koncentrationen faktiskt skulle skapa en gemensam dominerande ställning för K+S/MdK och SCPA, eftersom denna på ett omfattande sätt skulle förändra de strukturella villkoren på marknaden. Kommissionen framhåller särskilt följande faktorer: a) MdK svarar för 25 procent av den totala produktionen av kalium i gemenskapen. b) Vid tiden för beslutet utnyttjades MdK:s produktionskapacitet endast till 50 procent. c) Marknadsandelen på 7 procent utgör slutligen en avgörande omständighet med hänsyn till det faktum att utbudet utanför koncernen K+S/MdK och SCPA är minimalt och att denna koncerns marknadsandel enligt kommissionens analys skulle komma att öka.

113. Jag vill framför allt anmärka att kommissionens här angivna påståenden inte bemöter sökandenas invändningar. Både den franska regeringen och företagen gör nämligen gällande frånvaron av orsakssamband mellan *skapandet* av ett duopol med en dominerande ställning och koncentrationen, en frånvaro som härrör från den omständigheten att MdK enligt kommissionens analys i vilket fall som helst skulle komma att försvinna från marknaden. På vilket sätt skulle då förvärvet av MdK leda till att en kollektiv dominerande ställning skapades när — med eller utan koncentration — MdK:s marknadsandel i vilket fall som helst till följd av företagets försvinnande från marknaden skulle övertas av de andra näringsidkarna i sektorn?

Även om man vill anse att kommissionens analys är korrekt, det vill säga att det inte

skulle vara rimligt att anse att MdKs andel på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland nästan säkert skulle övergå till K+S [118], och att därför ett av de kriterier som är nödvändiga för tillämpligheten av *failing company defense* inte var uppfyllt, kvarstår att hela den rekonstruktion som kommissionen har gjort från den absolut oeftergivliga synpunkten om orsakssamband mellan koncentration och skapande av en gemensam dominerande ställning för K+S och SCPA förefaller ganska svag. Det följer härav att den vikt som läggs i detta sammanhang vid den andel på 7 procent som MdK innehade på den relevanta geografiska marknaden absolut inte är avgörande.

— Egenskaperna hos den konkurrent som försvinner från marknaden

114. Enligt den franska regeringen underlät kommissionen här, till skillnad från när den gjorde sin bedömning i beslutet i ärendet Nestlé/Perrier, att analysera egenskaperna hos den konkurrent som försvann från marknaden till följd av koncentrationen, det vill säga MdK. Enligt den franska regeringen hade en undersökning av dessa egenskaper nödvändigtvis lett till slutsatsen att MdK:s försvinnande från marknaden inte kunde ha något inflytande på koncentrationen, eftersom det för övrigt, enligt kommissionens analys, var fråga om ett företag som i vilket fall som helst, om dock på medellång sikt, skulle komma att försvinna från marknaden.

Den franska regeringens anmärkning saknar inte grund. I beslutet i ärendet Nestlé/Perrier, där den eliminerade konkurrenten (Perrier) företrädde en andel som varierade mellan 35,9 och 44,2 procent av marknaden, ansåg kommissionen att "minskningen från tre leverantörer till två (duopol) inte är endast en kosmetisk ändring av marknadsstrukturen. Koncentrationen skulle tvärtom leda till uteslutande av en av de viktigaste konkurrenterna, som innehar de största kapacitetsreserverna och de största försäljningsvolymerna på marknaden. Perriers källor och varumärken skulle fördelas bland de återstående leverantörerna. Dessutom skulle minskningen från tre till endast två nationella leverantörer avsevärt underlätta ett parallellt konkurrenshämmande uppträdande och därpå följande kollektivt missbruk". [119] Kommissionen framhöll på detta sätt omfattningen och följderna av förvärvet av Perrier, vilket bolag med hänsyn till storlek och marknadsandel var en väsentlig faktor i en effektiv konkurrens.

115. I vårt fall däremot är analysen i beslutet åtminstone bristfällig. Även om man inte vill ge en överdriven vikt åt den blygsamma storleken på den andel som MdK innehar på den gemensamma marknaden (7 procent) [120], kan det inte annat än hysas vissa tvivel angående den faktiska inverkan som MdK:s försvinnande har för konkurrensen på marknaden. Dessutom finns det inte någon hänvisning i beslutet till MdK:s "avsevärda produktionskapacitet" som kommissionen åberopat i sitt svaromål [121] och som för övrigt förefaller svårligen förenlig med kvalifikationen av företaget såsom en inte längre livskraftig

118 — Se punkt 79.

119 — Beslut 92/553/EEG, ovan, fotnot 66, punkt 120.

120 — Denna andel är för övrigt lika stor som den som bolaget SIV hade, ett bolag som förvärvades av Pilkington och Techint utan att något villkor uppställdes för godkännande i beslut 94/359/EG, ovan, fotnot 87.

121 — S. 32 i svaromålet.

ekonomisk enhet. [122] Slutligen innehåller beslutet inte någon uppgift från vilken man kan sluta sig till att MdK även utöver sin faktiska kapacitet innehar en nödvändig roll för att upprätthålla konkurrensen.

Slutligen anser jag inte att kommissionen har visat att MdK:s försvinnande från den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland är sådant att det skapar eller bidrar till att skapa ett duopol, som utgörs av K+S/MdK och SCPA och som på ett betydande sätt kan hindra konkurrensen.

— Konkurrenternas ställning

116. Den franska regeringen gör därefter gällande att analysen, som ingår i beslutet, av ställningen för konkurrenterna på marknaden i fråga är motsägelsefull och bristfällig. I synnerhet framhåller den motstridigheten i kommissionens ståndpunkt, som förringar CPL:s och Coposas ställningar på marknaden medan den för att avgränsa den relevanta geografiska marknaden lägger vikten just på Spaniens och Förenade kungarikets export till andra medlemsstater. Samma regering ifrågasätter dessutom kommissionens ståndpunkt att kanaliseringen genom SCPA av importen med ursprung i tredje land visar att dessa länders konkurrensmässiga tryck på duopolet var praktiskt taget obefintligt.

Även från denna synpunkt sett förefaller den franska regeringens klagomål kunna beröra vissa objektiva brister i beslutet.

117. För det första kan inte kommissionens metod att bevisa frånvaron av konkurrensmässigt tryck på det påstådda oligopolet godtas, det vill säga att som bevis härför använda kanaliseringen av importen från tredje land till Frankrike genom SCPA. [123] Förutom vad som i övrigt kan anmärkas utgör nämligen inte Frankrike i de hänseenden som här intresserar oss någon självständig marknad. Följaktligen kan analysen av bedömningskriterierna för koncentrationen inte uteslutande avse den franska marknaden, utan man måste snarare, och i vilket fall som helst, beakta hela det territorium som i beslutet har avgränsats som relevant marknad och som utgörs av hela gemenskapen med undantag av Tyskland.

122 — Punkt 76 i beslutet.

123 — Se s. 33 och 34 i svaromålet samt s. 54 i dupliken.

Likaledes bristfälliga och motsägelsefulla förefaller kommissionens överväganden angående betydelsen av importer från OSS som, enligt uppgifter som den franska regeringen har tillhandahållit [124] och som kommissionen inte har ifrågasatt, gradvis har stigit till 11 procent av försäljningen inom gemenskapen, vilket utgör en inte obetydlig andel. Vidare skall beaktas att de nio näringsidkare som är kvar på marknaden efter koncentrationen innehar sådana andelar att det skapas en situation där konkurrenterna till det påstådda duopolet i form av K+S/MdK och SCPA utan tvivel utgör en betydande motvikt. [125]

— Jämförelsen mellan K+S/MdK och SCPA

118. Den franska regeringen ifrågasätter vidare, när den bestrider de kriterier som i förevarande mål har tillämpats för att fastlägga att det föreligger ett oligopol med en dominerande ställning, såväl den överdrivna vikt som kommissionen har lagt vid den marknadsandel som K+S och SCPA tillsammans innehar som underlåtenheten att beakta frånvaron av symmetri mellan de båda företagen, en frånvaro som i tidigare beslut däremot utgjorde en betydelsefull faktor för att utesluta att det förelåg ett oligopol med en dominerande ställning.

Kommissionen har genmält att en marknadsandel på 60 procent visst visar att det föreligger en kollektiv dominerande ställning, särskilt när det som i förevarande fall föreligger en avsevärd skillnad i förhållande till konkurrenternas marknadsandelar. Även om kommissionen sedan medger att företagen i fråga uppvisar betydande skillnader sinsemellan, ifrågasätter den antagandet att ett duopol skulle vara tänkbart endast när det är fråga om företag med liknande egenskaper.

119. Vad beträffar den första aspekten, vill jag främst anmärka att kommissionen själv tidigare har uteslutit möjligheten att fastställa trösklar som utgör presumtion för kollektiv dominans, och att den i vilket fall som helst i senare beslut [126] har tillåtit koncentrationer med kumulerade andelar som motsvarar dem som har beräknats i förevarande mål. Även om det generellt sett inte kan förnekas att en andel på 60 procent har en viss betydelse, kan därför inte denna andel, i varje fall inte ensam, ha avgörande betydelse och utgöra ett bevis för att det föreligger ett oligopol med en dominerande ställning.

Härtill kommer att den tidigare rättspraxis som kommissionen har åberopat inte är relevant, eftersom den gäller individuella dominerande ställningar [127], vilket berättigar den betydelse som en andel som ligger mellan 45 och 80 procent av marknaden presumeras ha. Andelen analyseras för övrigt i de tidigare

124 — Se s. 42 i dupliken.

125 — Se uppgifterna i tabellen som återges på s. 43 i den franska regeringens svarsskrift, vilka kommissionen inte har ifrågasatt.

126 — Se till exempel beslut 94/359/EG, Pilkington-Techint/SIV, ovan, fotnot 87.

127 — Härmed avses dom av den 13 februari 1979 (ovan fotnot 96), av den 9 november 1983 i mål 322/81, (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, häfte 6) och av den 3 juli 1991 i mål 62/86, AKZO (REG 1991, s. 3359; svensk specialutgåva, häfte 11).

domarna alltid tillsammans med andra faktorer, som till exempel skillnaden (minst 50 procent) mellan det största och det näst största företaget som är närvarande på marknaden.

120. Jag anser mig inte heller kunna dela kommissionens mening vad gäller den andra aspekt som här behandlas, det vill säga underlåtenheten att beakta frånvaron av symmetri mellan de påstådda innehavarna av den kollektiva dominansen.

Jag vill framför allt framhålla att frånvaron av symmetri mellan de berörda företagen, vilken i förevarande fall inte har ifrågasatts [128], av kommissionen i andra fall har ansetts avgörande för att utesluta att det föreligger ett duopol [129] och detta både vad gäller marknadsandelar, vilka beaktas sammantagna och i förhållande till marknaderna i de enskilda länderna, och vad gäller "ekonomisk styrka" samt slutligen vad gäller produktionskapacitet. I detta hänseende skall det erinras om att kommissionen i beslutet i ärendet Nestlé/Perrier har klargjort följderna av symmetrin mellan de berörda företagen och skälen till att symmetrin beaktas vid bedömningen av verkningarna av koncentrationen. [130] Kommissionen framhöll särskilt hur företagens symmetri är klart avskräckande för konkurrensen och underlättar samordnade uppträdanden och samförstånd. Följaktligen anser jag att kommissionens försvar, som endast innebär att skillnaden mellan K+S är irrelevant för skapandet av ett duopol, är inadekvat. Jag tror inte heller att kommissionens anspråk på att i förevarande fall anse sin praxis för tillämpning av förordningen irrelevant. Om det nämligen är så att praxis utgör en referensparameter som inte är tvingande och kan anpassas efter det konkreta fallet är det likaledes så att den inte heller i ifrågavarande sammanhang kan anses sakna allt värde.

121. Här gjorda anmärkningar framhäver sammantagna en rad brister och motsägelser i bedömningen och i tillämpningen av de kriterier som kommissionen har utarbetat, som är sådana att de kan leda till slutsatsen att beslutet inte är tillfredsställande motiverat. Kommissionen har nämligen inte lyckats bevisa, ens i enlighet med sin egen praxis, att det på den relevanta marknaden föreligger en kollektiv dominans från K+S/MdK:s och SCPA:s sida, vilken har skapats till följd av den planerade koncentrationen.

Detta får mig att endast i sammanfattning behandla de ytterligare argument som den franska regeringen har framfört beträffande de andra faktorer som har beaktats i beslutet. Närmare bestämt skall jag uppehålla mig vid det sätt på vilket kommissionen har undersökt de aspekter som gäller kundkretsens

128 — Se kommissionens svaromål, s. 37—58.

129 — Till exempel i Pilkington-Techint/SIV (ovan, fotnot 87), punkt 55, och *e contrario* i Mannesmann/Vallourec/Ilva (ovan, fotnot 58) betraktades symmetrin hos de företag som var inblandade i koncentrationen och som innehade andelar på 36 och 33 procent av kommissionen som ett incitament till att anta ett parallellt uppträdande.

130 — Beslut nämnt i fotnot 66, övervägande 123.

ekonomiska styrka, hindren för införsel och marknadens och produktens egenskaper samt parallellismen i uppträdandet.

— Kundkretsens ekonomiska styrka

122. Den franska regeringen anmärker mot kommissionen att den inte alls har beaktat det kriterium som gäller kundkretsens ekonomiska styrka, och särskilt att den inte har analyserat producenternas och kaliumsaltimportörernas art och betydelse, vilket hade kunnat (och bort) leda till slutsatsen att skapandet av ett dominant oligopol i form av K+S/Mdk och SCPA skulle vara föga troligt.

tillåter inte att avgöra huruvida, som den franska regeringen anför, de stora multinationella producenterna av sammansatta gödningsmedel faktiskt har en köpkraft som kan hindra deltagarna i ett oligopol från att stärka sin ställning eller om det däremot, som kommissionen själv påstår, är "bulkblenders", det vill säga grossistblandarna av gödsel, som utgör den viktigaste kundkretsen. Ännu mindre specificeras det huruvida dessa "bulk-blenders" verkligen är små och medelstora företag som inte kan utöva ett vederbörligt tryck på producenterna, eller om, som den sökande regeringen anför, deras verksamhet utövas även av filialer till de stora multinationella företagen. Uppenbarligen skulle ett svar på denna fråga vara nödvändigt för att avgöra huruvida kundkretsen har en stark förhandlingsposition eller inte.

Kommissionen medger värdet av den ekonomiska styrkan hos kundkretsen som "motvikt" i förhållande till duopolet och att den således kan avskräcka parallellism i uppträdandet. Den tillägger emellertid att det endast är fråga om en av många faktorer som skall beaktas för att komma fram till en slutlig bedömning av verkningarna av koncentrationen i fråga.

Kommissionens ståndpunkt förefaller därför svag, desto mer som konsumenternas förhandlingsstyrka är en faktor av tveklös vikt för att fastslå villkoren för konkurrensen, eftersom den kan avskräcka från konkurrenshämmande uppträdanden. I detta hänseende måste för övrigt kommissionens bedömningar såväl i ärendet Pilkington-Techint/SIV som Nestlé/Perrier läsas. [131]

123. Nåväl, det står utom tvivel att det i förevarande fall inte har tagits hänsyn till betydelsen av och egenskaperna hos de olika kundkretsarna för produkterna i fråga. Detta

131 — I detta beslut (ovan, fotnot 66) betraktades kundkretsen, efter en noggrann analys som i nuvarande fall saknas, kunna utöva ett faktiskt tryck på producenterna (se särskilt punkt 77— 89).

124. De tvivelaktigheter som här har uppräknats och som den franska regeringen har åberopat gör en närmare analys av vissa andra aspekter överflödig, vilka även de gäller kundkretsens egenskaper. Jag skall endast för tydlighetens skull tillägga att förstainstansrättens påstående i domen i målet "platt glas" enligt vilket kommissionen "inte är skyldig att i sina beslut bemöta alla argument som de berörda företagen anför" [132], tvärtemot vad kommissionen anförde under förfarandet inte ger stöd åt kommissionens ståndpunkt.

Kundkretsens styrka avser inte något argument som sökandena åberopade under det administrativa skedet och som inte återgavs i beslutet utan är en analysfaktor som är viktig för att fastslå huruvida det föreligger ett oligopol med en dominerande ställning eller inte. Som sådan måste den nödvändigtvis prövas, eftersom en underlåtenhet att bedöma denna kan leda till en brist i motiveringen av beslutet, vilket kan leda till att beslutets tillförlitlighet skadas. För övrigt anförde förstainstansrätten just i nyss nämnda dom med stöd av artikel 86 att analysen av marknadsaspekterna, vars uteblivna beaktande sökandena har beklagat, "var nödvändig för prövningen av frågan om det förelåg en dominerande ställning" [133] och inskärpte därmed att det är nödvändigt att kommissionens beslut grundas på undersökningar som är så fullständiga och uttömmande som möjligt.

132 — Dom av den 10 mars 1992 (ovan, fotnot 38), punkt 36.
133 — Samma dom (ovan fotnot 38), punkt 363.

— Hindren för införsel

125. Kommissionen anklagas för att i den del av beslutet som gäller frågan huruvida en kollektiv dominerande ställning föreligger inte ha gjort någon analys angående förhandenvaron av hinder för införsel, en faktor som i kommissionens praxis anses ha stor vikt. Detta är enligt sökandena desto mer oförklarligt eftersom frånvaron av sådana hinder framhålls i beslutet för att avgränsa den relevanta geografiska marknaden.

I själva verket medger kommissionen att det inte föreligger några hinder för införsel inom gemenskapen. Den tillägger emellertid att det i förevarande fall finns två sorters hinder för införsel beträffande företag i tredje land, det vill säga antidumpingåtgärder för import från OSS samt SCPA:s lagstadgade monopol, enligt vilket all import till Frankrike från tredje land skall kanaliseras genom detta företag.

126. Jag skall genast säga att jag hyser avsevärda tvivel beträffande huruvida nyss nämnda omständigheter kan utgöra hinder för införsel. Säkerligen är inte antidumpingtullar något hinder, i det att de enligt kommissionens uttryckliga medgivande är avsedda att återupprätta konkurrensen och

inte att hindra handeln. [134] Härtill skall läggas att det inte på något sätt, ännu mindre med stöd av objektiva fakta, har visats att dessa tullar har någon faktisk inverkan på importen. Tvärtom är bedömningarna av de olika nationella marknaderna i beslutet (punkt 64) snarare av den arten att de leder till att motsatsen antas.

Vad gäller SCPA:s monopol vill jag sedan anmärka att kommissionen även på denna punkt har utgått från den felaktiga förutsättning som ovan påpekats. Jag avser kommissionens tendens att göra en analys som är begränsad till Frankrike som om den franska marknaden vore den relevanta geografiska marknaden enligt beslutet. Jag vill vidare framhålla att, även om man inte vill uppehålla sig vid omfattningen av ett sådant monopols verkningar, det faktum att det i olika länder i gemenskapen, som kommissionen har medgivit [135], föreligger betydande import från tredje land till den grad att den utgör en övervägande del av marknaden, snarare leder till den slutsatsen att några hinder för införsel inte har påvisats.

— Marknadens och produktens karakteristiska kännetecken

127. Slutligen skall jag beträffande marknadens och produktens karakteristiska kännetecken, vilka vanligen anses vara betydelsefulla analysfaktorer, begränsa mig till att tillsammans med den franska regeringen anmärka att det bland kommissionens bedömningar, som för övrigt är ganska lakoniska, inte finns några ingående och detaljerade kontroller vare sig av de priser som tillämpas av K+S och SCPA [136], en faktor som är absolut nödvändig för att fastställa huruvida marknaden är transparent (vilket som bekant underlättar enhetliga uppträdanden) och bedöma huruvida efterfrågan är elastisk, eller strukturen hos de båda företagens kostnader, vilka om de är olika kan utgöra en stimulans till konkurrens mellan företagen.

Det behöver inte upprepas att dessa försummelser, som gäller avgörande aspekter, bidrar till att försvaga kommissionens undersökning och dess resultat. Jag anser därför att det inte är nödvändigt att närmare gå in på de övriga "strukturella" omständigheter som har diskuterats, som till exempel dem som gäller produktens homogenitet, beträffande vilka jag för övrigt inte delar den uppfattning som den franska regeringen har uttryckt, såsom har framgått vid prövningen av avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden.

— Förekomsten av parallellitet

128. Kommissionens bedömningar i detta hänseende är, som den franska regeringen helt riktigt har gjort gällande, inte alls över-

134 — Se s. 61 i dupliken.
135 — Se s. 61 i dupliken.
136 — Se på denna punkt vad jag redan har understrukit beträffande avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden.

tygande. I själva verket visar sig de omständigheter från vilka kommissionen har velat hämta bevis beträffande förhandenvaron av en förenad dominans från K+S/MdK:s och SCPA:s sida vara utan betydelse, särskilt om de jämförs med dem som har framhävts i andra beslut.

Det är nämligen uppenbart att överenskommelsen mellan K+S och SCPA som år 1973 förklarades oförenlig med artikel 85 [137] måste betraktas som ett alltför svagt indicium för att — mer än tjugo år senare — förmoda att det saknas konkurrens mellan K+S och SCPA. [138] Någon avgörande betydelse kan inte heller tillmätas övervägandena avseende K+S' svaga ställning på den franska marknaden, vilken, som framgått vid undersökningen av de strukturella banden mellan K+S och SCPA, mycket väl kan berättigas av olika skäl.

129. Dessa anmärkningar bekräftas för övrigt av den omständigheten att de synpunkter som i samma syfte har beaktats i tidigare beslut var av en helt annan art. I ärendet Nestlé/Perrier, till exempel, konstaterade kommissionen, efter att ha framhållit att graden av priskonkurrens var avsevärt reducerad, att det förelåg en hög grad av parallellitet mellan de priser som de tre av koncentrationen berörda producenterna tillämpade, tillsammans med inrättandet av instrument för insyn för att underlätta att prispolitiken koordinerades och att de ömsesidigt kontrollerades. [139] Dessutom beaktade kommissionen i samma ärende såsom tecken på banden mellan de berörda företagen den reaktion som dessa visade på en extern näringsidkares försök till förvärv, en reaktion som betraktades som "en samfälld handling till avskräckande från inträde på marknaden". [140] I ärendet Pilkington-Techint/SIV däremot ansåg kommissionen att vissa överenskommelser mellan de berörda företagen kunde stimulera parallella konkurrenshämmande beteenden. Dessa företag dömdes år 1988, således endast 5 år före beslutet, samt fälldes av Bundeskartellamt så sent som ett par månader före beslutet. [141]

Det är vid första anblicken fråga om avsevärt viktigare omständigheter med större bevisvärde än dem som har beaktats i förevarande mål.

130. Med hänsyn till de överväganden som hittills har gjorts anser jag att kommissionen inte på ett konsekvent sätt i förevarande mål har tillämpat de kriterier som den själv har utarbetat för att fastställa huruvida det föreligger en kollektiv dominerande ställning.

137 — EGT 1973, L 217, s. 3. Se i detta avseende punkt 57 i beslutet.

138 — Detta även om man inte på det systematiska planet tar hänsyn till den ståndpunkt som uttrycktes i domen i målet "platt glas", där det preciseras att det "för att bevisa en överträdelse av artikel 86 i fördraget inte är tillräckligt att ... 'återanvända' de omständigheter som utgör en överträdelse av artikel 85 och därav dra slutsatsen att parterna genom en rättsstridig överenskommelse eller förfarande tillsammans innehar en betydande marknadsandel och att de av endast detta skäl innehar en kollektiv dominerande ställning samt att deras rättsstridiga uppträdande utgör ett missbruk av denna ställning" (dom av den 10 mars 1992, ovan, fotnot 38, punkt 360).

139 — Se punkterna 59, 121 och 122 i beslutet.

140 — Punkt 127 i beslutet.

141 — Beslut nr 94/359/EG (ovan fotnot 87), punkt 32. Det är inte överflödigt att här tillägga att omständigheten i fråga inte ansågs kunna leda till att det ställdes villkor och ännu mindre till att koncentrationen inte tilläts.

Dessutom, även om man, som redan antagits, medger att det är möjligt att anpassa begreppet kollektiv dominerande ställning till de särskilda förhållanden som utmärker kontrollen av koncentrationer samt till omständigheterna i förevarande mål står i vilket fall som helst det kravet fast, att kommissionen vid kontroll av koncentrationerna skall redovisa tillräckliga fakta för att bevisa orsakssambandet mellan koncentrationen och den kollektiva dominerande ställningen. [142]

Det finns inte ett spår av sådana omständigheter i förevarande mål. Tvärtom finns tecken som inte är oviktiga som tyder på att kommissionens ståndpunkt är felaktig. Slutligen anser jag att kommissionen inte alls har visat att den prövade koncentrationen skapar en samfälld dominans för K+S/MdK och SCPA som på ett betydande sätt kan hindra konkurrensen.

d) *Föreskrivande av villkor och åligganden som har verkningar för tredje man som inte ingår i koncentrationen* (mål C-68/94 och C-30/95)

131. Bedömningen av den grund som gäller rättsstridigheten av att föreskriva åligganden för dem som är tredje man i förhållande till koncentrationen förutsätter uppenbarligen dels att förordningen kan tillämpas på en kollektiv dominerande ställning, dels att kommissionen faktiskt har visat att det i det enskilda fallet föreligger en kollektiv dominerande ställning.

Med hänsyn till de slutsatser jag hittills har dragit, särskilt vad gäller användningen i det enskilda fallet av begreppet kollektiv dominerande ställning, är det inte nödvändigt att pröva förevarande grund. För fullständighetens skull anser jag det emellertid lämpligt att uppehålla mig även vid de argument som sökandena har gjort gällande på denna punkt.

132. Nåväl, den franska regeringen påstår att förordningen, även om man vill anse den tillämplig på kollektiva dominerande ställningar, i vilket fall som helst inte tillåter att förklaringen att koncentrationen är förenlig görs beroende av villkor och åligganden som, som i förevarande mål, har direkt inverkan på ställningen för tredje man som inte ingår i koncentrationen. I detta syfte gör den franska regeringen gällande att artikel 8.2 i förordningen endast tillåter kommissionen att acceptera åligganden från de anmälande företagen som gäller koncentrationen i strikt mening och inte även åligganden som huvudsakligen har verkan för tredje man.

De sökande företagen, som är överens med den franska regeringen om vad gäller omöjligheten att med stöd av förordningen föreskriva villkor och åligganden som har

142 — Om det inte vore så, skulle fastställandet av att det föreligger en kollektiv dominerande ställning som är skadlig för konkurrensen bli föremål för en prognos grundad endast på förmodanden som inte har stöd i något konkret faktum och därför är helt otillförlitliga.

verkningar för tredje man, gör i huvudsak gällande att, även om man i förevarande mål vill anse det bevisat att det föreligger en kollektiv dominerande ställning, faktum kvarstår att de föreskrivna villkoren inte kan upprätthålla en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden och inte heller är lämpliga för detta ändamål.

1) *Huruvida det är möjligt att tillämpa artikel 8.2 på företag som är tredje man i förhållande till koncentrationen*

133. Jag skall genast säga att den franska regeringens uppfattning är riktig. I artikel 8.2 i förordningen tillåts kommissionen nämligen endast att förena förklaringen om förenlighet med "villkor och åligganden i syfte att säkerställa att de berörda företagen fullgör sina åtaganden gentemot kommissionen när det gäller att ändra den ursprungliga koncentrationsplanen". Av denna formulering framgår att kommissionen inte har behörighet att ingripa mot näringsidkare som inte ingår i koncentrationen ens om dessa näringsidkare betraktas som delar av ett oligopol tillsammans med de anmälande företagen.

Med andra ord begränsas i artikel 8.2 uttryckligen och otvetydigt kommissionens behörighet till möjligheten att av de berörda förtagen begära att de åtar sig att "ändra den ursprungliga koncentrationsplanen". Varje möjlighet att göra strukturella ändringar i den konkurrensram inom vilken koncentrationen görs är således utesluten. Behörigheten att ändra planen kan därför inte i frånvaron av en uttrycklig bestämmelse därom omvandlas till en mer allmän behörighet att omstrukturera en hel marknad eller industrisektor.

134. Denna slutsats förefaller mig inte på allvar kunna motsägas av kommissionens argumentering enligt vilken a) genom beslutet endast villkor och åligganden har föreskrivits för de företag som ingår i koncentrationen, villkor och åligganden som är ägnade att säkerställa att de anmälande företagen fullgör sina åtaganden, b) ett förbud mot en koncentration, på grund av att villkoren i fråga kan skada tredje mans intressen, strider mot förordningens syften och inte är förenligt med proportionalitetsprincipen.

Vad gäller den senare aspekten hänvisar jag till vad som redan har sagts vid undersökningen av förordningens tillämplighet på kollektiva dominerande ställningar med beaktande av överväganden av ekonomisk art och av förordningens syften. [143] Vad gäller den första aspekten är det tillräckligt att anmärka att om det förhåller sig så, som kommissionen påstår, att det ligger i själva naturen av kontrollerna av koncentrationer att de anmälande parternas åtaganden kan ha verkningar, om dock indirekt, för tredje man, är det likaledes så att det i förevarande mål säkerligen inte är fråga om villkor som har verkningar för tredje man utan om villkor

143 — Se ovan, punkt 94—98.

som objektivt och subjektivt gäller tredje man och det åtminstone i samma omfattning som de gäller parterna. Inte heller kan den praxis som kommissionen åberopar förändra problemet. Den praxisen avser nämligen beslut som inte föreskriver villkor som direkt angår tredje man och som därför inte kan jämföras med det överklagade beslutet. [144] I varje fall kvarstår att "praxis inte kan ges företräde framför fördragets bestämmelser". [145] Jag vill tillägga att den inte heller kan ges företräde framför bestämmelser i en rättsakt i sekundärrätten som klart strider mot kommissionens praxis. Som redan anmärkts vid ett tidigare tillfälle skulle det nämligen vara paradoxalt att tillåta att ett överskridande av reglerna blir rättsenligt bara för att det upprepas!

2) *Huruvida de villkor som i förevarande mål har föreskriviits är lämpliga för att upprätthålla en effektiv konkurrens*

135. Denna aspekt har särskilt berörts av de sökande företagen, varvid de gjort gällande att det är fråga om villkor som inte är nödvändiga och heller inte lämpliga för syftet att upprätthålla en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden. Villkoren kan enligt dessa företag inte medföra att målet i artikel 2.2 i förordningen uppnås.

I huvudsak framhåller SCPA och EMC att villkoren som föreskrivs i det överklagade beslutet är av godtycklig art och inte gällde och inte på något sätt gäller koncentrationsplanen, utan uteslutande rör avtalsförhållanden och bolagsförhållanden som subjektivt och objektivt sett inte ingår i koncentrationen och som dessutom avser andra geografiska områden än den undersökta marknaden. [146]

136. I detta hänseende vill jag inledningsvis framhålla att det är tveksamt huruvida de föreskrivna villkoren är effektiva i konkurrenshänseende, såväl på grund av att villkoren inte hänför sig till den relevanta geografiska marknaden som på grund av avsaknaden av omständigheter som visar att dessa villkor kan garantera att koncentrationen uppfyller vad som föreskrivs i förordningen. Från denna synpunkt förefaller mig därför de sökande företagens anmärkning vara riktig, det vill säga vid bestämning av de villkor som skall föreskrivas enligt artikel 8.2 i förordningen måste kommissionen stödja sig på seriösa och ingående analyser och inte

144 — Kommissionen hänvisar särskilt till beslutet av den 4 maj 1993 i ärendet KNP/BT/VRG (EGT L 217, s. 35), till beslutet av den 19 december 1991 i ärendet Courtaulds/SNIA (EGT C 333, s. 16) samt till beslutet av den 31 juli 1991 i ärendet Varta/Bosch (EGT L 320, s. 26).

145 — Dom av den 9 augusti 1994 i mål C-327/91, Frankrike mot kommissionen (REG 1994, s. I-3641, punkt 36; svensk specialutgåva, häfte 16).

146 — Räckvidden av dessa villkor visar snarare att kommissionen om den hade fått möjligheten hade kunnat agera mot de förmodade beståndsdelarna i duopolet (SCPA/EMC och K+S) och därvid använda andra instrument och särskilt artikel 85, såsom den för övrigt har gjort parallellt med förevarande ärende beträffande det kanadensiska gemensamma företaget Potacan, som är föremål för utredning enligt förordning nr 17/62 (ovan, fotnot 51).

på hypotetiska överväganden såsom dem som kommissionen anfört i svaromålet för att berättiga de villkor som har föreskrivits i förevarande fall.

Med hänsyn till att jag har ansett att de sökande företagens talan, i den del den syftar till att erhålla ogiltigförklaring av villkoret som gäller det gemensamma företaget Potacan, inte kan tas upp till sakprövning, skall den korta analys som här följer ägnas åt de villkor som gäller utträdandet ur bolaget Kali-Export och upplösningen av distributionsavtalen, varvid jag naturligtvis endast kommer att hänvisa till de aspekter som redan har behandlats uttömmande i min analys av de strukturella banden mellan K+S och SCPA. [147]

Kommissionen genmäler att strukturen på marknaden i fråga var sådan att det inte kunde uteslutas att en samverkan mellan K+S och SCPA i kartellen Kali-Export hade en indirekt verkan på kartellmedlemmarnas konkurrenshämmande uppträdande på den gemensamma marknaden. Kommissionen framhåller särskilt att a) K+S' närvaro på den franska marknaden är mycket marginell, b) CPL har haft tillträde till den franska marknaden och har ökat sin försäljning på den marknaden med 13 procent på 6 år, men inte förrän bolaget utträdde ur kartellen Kali-Export, c) Coposas närvaro på den franska marknaden är liten, och en stor andel av den på denna marknad avsatta kaliumklorid som produceras av Coposa distribueras av SCPA.

— Villkoret att K+S skall utträda ur kartellen Kali-Export

137. De sökande företagen gör framför allt gällande att Kali-Exports existens och K+S', MdK:s och SCPA:s deltagande i detta företag inte kan ha den minsta verkan på konkurrensvillkoren inom gemenskapen. I varje fall har kommissionen enligt de sökande företagen inte alls visat att K+S' deltagande i kartellen Kali-Export har konkurrenshämmande verkningar.

138. Kommissionens nyss nämnda anmärkningar förefaller mig inte kunna vederlägga de sökande företagens invändningar. Faktum kvarstår nämligen att kommissionen har underlåtit att visa att K+S' ringa närvaro på den franska marknaden har sin grund i att bolaget tillhör exportkartellen Kali-Export, medan denna situation, som de sökande företagen har understrukit, mycket väl kunde ha sin grund i historiska och geografiska faktorer. Om det vidare är som kommissionen påstår att man i fråga om koncentrationer inte kan tillämpa samma principer som gäller vid tillämpningen av artiklarna 85 och 86 är det likväl så, att kommissionen med säkerhet inte kan grunda sin bedömning på enbart antaganden och sannolikheter. I vart fall är det kommissionens uppgift att visa att de villkor som här diskuteras är nödvändiga för att säkerställa att en effektiv konkurrens upprätthålls.

147 — Se ovan, punkt 107— 113.

Nåväl, i förevarande fall har kommissionen inte bara underlåtit att på ett övertygande sätt förklara på vilket sätt underlåtenheten att samarbeta inom en kartell som har verkningar på marknaden utanför gemenskapen kan garantera en effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland, utan den har också underlåtit att visa att K+S' eller Coposas ringa närvaro på den franska marknaden beror på att de tillhör kartellen i fråga. Vad gäller den omständigheten att CPL inte skulle ha ökat sin export till Frankrike förrän bolaget hade utträtt ut Kali-Export säger det sig självt att denna omständighet skulle kunna ha sin grund just i ett val från CPL:s sida att koncentrera sig på den gemensamma marknaden eller, som sökandena påstår och som inte har ifrågasatts av kommissionen, i de exploateringssvårigheter som CPL haft under den period då bolaget deltog i Kali-Export.

— Villkoret att distributionsförbindelserna mellan K+S och SCPA skall upplösas

139. Enligt de sökande företagen har kommissionen inte alls visat på vilket sätt och varför upplösningen av distributionsavtalen mellan K+S och SCPA kunde garantera att en effektiv konkurrens upprätthölls på den gemensamma marknaden med undantag av Tyskland. Dessa band hade enligt de sökande företagen verkningar endast och uteslutande på den franska marknaden.

För övrigt består banden i fråga enligt de sökande företagen i ett avtal av den 28 juni 1985 om distribution av produkter som inte innehåller kaliumklorid utan kieserit. Dessutom begränsar sig SCPA till förvärv av kaliumklorid som används av EMC eller som är avsedd att säljas utanför den franska marknaden. Slutligen förvärvar SCPA kaliumprodukter som innehåller magnesium och som säljs i Frankrike från K+S, men dessa produkter ingår, som visats i beslutet, inte i marknaden för produkten i fråga.

140. Med hänsyn till den situation för vilken nyss redogjorts, vilken kommissionen för övrigt inte har ifrågasatt utan avseende vilken den enbart har framhållit det viktiga i att K+S skapar ett eget distributionsnät på den franska marknaden, förefaller det alltför uppenbart att K+S och SCPA inte hade något privilegierat förhållande för distribution av kaliumprodukter. Det är emellertid inte överflödigt att erinra om att beslutets formulering har lett till att K+S avbröt sin enda existerande distributionsförbindelse med SCPA, det vill säga avtalet om kieserit, en produkt, upprepar jag, som i beslutet inte ansågs ingå i den relevanta marknaden.

Oavsett hur denna händelse annars skall bedömas bekräftar den i vart fall sökandenas ståndpunkt att beslutet har en omedelbar inverkan på deras intressen, och den förstärker likaledes tvivlet beträffande de föreskrivna villkorens nödvändighet för att upphäva det duopol med en dominerande ställning som påstås ha skapats genom koncentrationen.

Förslag till avgörande

141. Det ovan anförda visar enligt min åsikt att det i förevarande fall har begåtts misstag vid tolkningen och tillämpningen av koncentrationsförordningen.

Det gäller nu att avgöra huruvida dessa misstag rättfärdigar en total ogiltigförklaring av beslutet eller endast ett partiellt upphävande, begränsat till den del som innehåller villkoren som gäller de sökande företagen. Av nedan angivna skäl anser jag att den sistnämnda lösningen är den mest lämpliga.

142. Jag vill först framhålla att kommissionens ståndpunkt att en partiell ogiltigförklaring av beslutet skulle innebära att den institutionella jämvikten rubbades, eftersom gemenskapsdomstolen inte är behörig att ändra kommissionens beslut och sätta sig i dennas ställe vid bedömningen av koncentrationen, är felaktig.

Jag begränsar mig i detta hänseende till att notera att domstolens möjlighet att endast delvis ogiltigförklara de beslut som fattats i ämnet i fråga härrör från förordningen, förutom från domstolens fasta rättspraxis [148]. Det skulle för övrigt vara paradoxalt att påstå att domstolens utövande av en behörighet som den uttryckligen har tilldelats skulle utgöra ett intrång i kommissionens rättigheter och befogenheter. Jag hävdar i stället att det för att en partiell ogiltigförklaring skall kunna göras krävs att de villkor som föreskrivs i rättspraxis är uppfyllda, vilka i huvudsak är ägnade att säkerställa att den partiella ogiltigförklaringen inte får till resultat att det överklagade beslutet helt töms på sitt innehåll. [149]

143. Med hänsyn till det föregående anser jag att det mycket väl är möjligt att företa en partiell ogiltigförklaring av beslutet och att denna lösning kan genomföras

148 — Dom av den 20 mars 1957 i mål 2/56, Ruhrs försäljningskontor (REG 1957, s. 9).

149 — Se redan dom av den 28 juni 1972 i mål 37/71, Jamet mot kommissionen (REG 1972, s. 483, punkterna 11 och 12).

oavsett vilken av de grunder, som parterna har anfört och som jag anser grundade, domstolen avser att bifalla. Oavsett om domstolen lutar åt att förordningen principiellt sett inte är tillämplig på kollektiva dominerande ställningar eller om den anser att det inte föreligger någon kollektiv dominerande ställning eller att det inte med tillräcklig styrka har bevisats att en sådan föreligger, saknas nämligen i vilket fall som helst den förutsättning som kommissionen utgått från när den uppställde de villkor som de sökande företagen har ifrågasatt. Jag vill erinra om att dessa föreskrevs för att undvika att koncentrationen skapade ett oligopol med en dominerande ställning som kan hindra konkurrensen på den gemensamma marknaden.

Motsvarande anmärkningar gäller enligt min åsikt för det fall domstolen, efter att ha löst de problem som rör tillämpningen av förordningens bestämmelser på oligopol och efter att ha "fastslagit" att det föreligger en kollektiv dominerande ställning, skulle komma till den slutsatsen att artikel 8.2 i förordningen inte tillåter kommissionen att föreskriva villkor som har direkt inverkan på intressena för tredje man som inte deltar i koncentrationen. Om villkoren i fråga skulle betraktas som ineffektiva för att garantera att en effektiv konkurrens upprätthålls på marknaden i fråga skulle likaledes den mest korrekta lösningen ännu en gång vara att villkoren ogiltigförklarades, det vill säga en partiell ogiltigförklaring av beslutet.

144. Slutligen skulle det i alla de fall för vilka här redogjorts vara möjligt att ogiltigförklara villkoren utan att beröva beslutet i dess helhet allt innehåll. [150] På denna punkt behöver det knappast framhållas att bedömningen av koncentrationens verkningar på den gemensamma marknaden — inom vars ram de ifrågasatta villkoren faller — är helt oberoende av den som gäller den tyska marknaden, vilket möjliggör en begränsning av innehållet i själva beslutet, en begränsning som uppfyller de krav som ställs i rättspraxis i ämnet.

Inte heller skulle en partiell ogiltigförklaring av beslutet kunna snedvrida dess räckvidd. Jag tillägger dessutom att det överklagade beslutet i förevarande mål samman-

150 — I det fallet skulle det vara möjligt att kommissionen med anledning av en förlängning av tidsfristerna i artikel 10.5 i förordningen antingen uppställde nya och andra villkor eller på ett mer ingående och tydligare sätt förklarade de ursprungliga villkorens effektivitet vad avser skydd av konkurrensen. Denna möjlighet förefaller mig emellertid inte trolig, även om den teoretiskt sett är fullt godtagbar, eftersom den medför en ny prövning av en koncentration som redan har haft sina verkningar och som därför skulle göra det mycket svårt att företa en bedömning i ljuset av *status quo ante*.

taget gynnar de berörda företagen, vilket i enlighet med domstolens rättspraxis utgör en viktig omständighet för att bifalla en talan om partiell ogiltigförklaring. [151]

145. Vad gäller rättegångskostnaderna föreslår jag med tillämpning av artikel 69.3 i rättegångsreglerna att de skall delas i mål C-68/94. Vad gäller mål C-30/95 anser jag däremot att det faktum att kommissionen i huvudsak har tappat målet skall medföra att denna med tillämpning av samma bestämmelse skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de intervenerande företagens kostnader. De intervenerande regeringarna skall däremot var och en bära sin rättegångskostnad.

146. Med hänsyn till ovanstående föreslår jag således att domstolen skall

— *i mål C-68/94:*

a) ogiltigförklara artikel 1 i kommissionens beslut nr 94/449/EG av den 14 december 1993 om en planerad koncentration mellan de tyska företagen Kali und Salz/MdK/Treuhand i den del det i artikeln föreskrivs att de villkor och åligganden som nämns i punkt 63 måste vara uppfyllda för att koncentrationen skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden,

b) i övrigt ogilla talan,

c) besluta att parterna skall dela rättegångskostnaderna, dock att den tyska regeringen skall bära kostnaden för sin intervention;

— *i mål C-30/95:*

a) förklara att bolagen SCPA och EMC:s respektive talan, med undantag av den grund som gäller åliggandet beträffande det kanadensiska bolaget Potacan, kan tas upp till sakprövning,

151 — Dom av den 23 oktober 1974, Transocean (ovan, fotnot 39), punkt 21.

b) ogiltigförklara artikel 1 i kommissionens beslut nr 94/449/EG av den 14 december 1993 om en planerad koncentration mellan de tyska företagen Kali und Salz/MdK/Treuhand i den del det i artikeln föreskrivs att de villkor och åligganden som nämns i punkt 63 måste vara uppfyllda för att koncentrationen skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden,

c) förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de intervenerande företagens kostnader. Den franska regeringen skall själv bära sin kostnad.