ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

31 januari 2001 *

In zaak T-156/98,

RJB Mining, gevestigd te Harworth (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door M. Brealey, barrister, en J. Lawrence, solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Leivo en R. Lyal als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

ondersteund door

RAG Aktiengesellschaft, gevestigd te Essen (Duitsland), vertegenwoordigd door M. Hansen en S. Völcker, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

* Procestaal: Engels.

en

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing en C.-D. Quassowski als gemachtigden,

interveniënten,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 29 juli 1998 houdende goedkeuring van de overname van Saarbergwerke AG en Preussag Anthrazit GmbH door RAG Aktiengesellschaft (zaak nr. IV/EGKS.1252 — RAG/Saarbergwerke AG/Preussag Anthrazit),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: B. Vesterdorf, president, M. Vilaras en N. J. Forwood, rechters,

griffier: H. Jung,

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 28 juni 2000,

het navolgende

Arrest

Rechtskader

1 Artikel 66, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal bepaalt, dat de Commissie concentraties van ondernemingen vooraf moet goedkeuren. Lid 2 van dat artikel bepaalt:

„De Commissie verleent de in het vorige lid bedoelde goedkeuring indien zij van oordeel is, dat de beoogde handeling aan de betrokken personen of ondernemingen, voorzover het betreft dat product of die producten, welke aan haar rechtsmacht zijn onderworpen, niet de macht geeft:

— de prijs te bepalen, de productie of de distributie te beheersen of te beperken, of de handhaving van een daadwerkelijke mededinging voor een belangrijk deel van de markt van genoemde producten te belemmeren;

— of zich te onttrekken aan de regels van de mededinging, zoals deze voortvloeien uit de toepassing van dit Verdrag, met name door een kunstmatig bevoorrechte positie te scheppen, welke leidt tot een aanmerkelijk voordeel met betrekking tot de voorziening of de afzet.

(...)"

2 Artikel 33 van het EGKS-Verdrag bepaalt onder meer:

„Het Hof van Justitie is bevoegd uitspraak te doen op elk door een deelnemende staat of de Raad ingesteld beroep tot nietigverklaring van beschikkingen en aanbevelingen van de Commissie op grond van onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan dan wel van misbruik van bevoegdheid. Het onderzoek door het Hof kan echter geen betrekking hebben op een beoordeling van de toestand die voortvloeit uit economische feiten of omstandigheden, met het oog op welke toestand de beschikkingen zijn gegeven of de aanbevelingen zijn gedaan, tenzij de Commissie het verwijt wordt gemaakt, dat zij haar bevoegdheden heeft misbruikt of de bepalingen van het Verdrag of enige op de uitvoering daarvan betrekking hebbende rechtsregel klaarblijkelijk heeft miskend.

Voor de ondernemingen en verenigingen (...) staat onder dezelfde voorwaarden beroep open tegen de hen individueel betreffende beschikkingen en aanbevelingen (...)"

3 Het EGKS-Verdrag verbiedt in beginsel staatssteun aan kolenmijnondernemingen. Volgens artikel 4 ervan zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt voor kolen en staal en binnen de Gemeenschap dus verboden onder de in het Verdrag vastgestelde voorwaarden, met name de door staten verleende subsidies of hulp in welke vorm ook.

4 Artikel 95, eerste alinea, van het EGKS-Verdrag luidt als volgt:

„In de gevallen, niet in dit Verdrag voorzien, waarin een beschikking (...) van de Commissie noodzakelijk blijkt tot het verwerkelijken, in de gemeenschappelijke markt voor kolen en staal en overeenkomstig de bepalingen van artikel 5, van een der doelstellingen van de Gemeenschap zoals deze zijn omschreven in de artikelen 2, 3 en 4, kan zij een dergelijke beschikking geven (...) met instemming van de Raad, bij eenstemmigheid bepaald en na raadpleging van het Raadgevend Comité."

5 Overeenkomstig deze bepaling hebben de Hoge Autoriteit en nadien de Commissie sedert 1965 een aantal regelingen vastgesteld op grond waarvan steun aan de steenkolensector mocht worden verleend. De laatste van deze regelingen is beschikking nr. 3632/93/EGKS van de Commissie van 28 december 1993 tot vaststelling van een communautaire regeling voor de steunmaatregelen van de lidstaten ten behoeve van de kolenindustrie (PB L 329, blz. 12; hierna: „steunregeling").

De feiten van het geding

6 Verzoekster is een particuliere kolenmijnonderneming in het Verenigd Koninkrijk, die de belangrijkste kolenmijnen van British Coal heeft overgenomen. Wegens de opkomst van alternatieve energie en de stijging van de invoer van niet-communautaire steenkolen is de vraag naar steenkolen in het Verenigd Koninkrijk, verzoeksters „traditionele" markt, sinds 1990 sterk gedaald, zodat zij heeft getracht voor een gedeelte van haar eigen productieoverschot een andere geografische markt te vinden.

7 Bij brief van 13 november 1997 deelde Ruhrkohle AG, thans RAG Aktiengesellschaft (hierna: „RAG") de Commissie mede, dat zij het totale bedrijfskapitaal van Saarbergwerke AG (hierna: „SBW"), dat eigendom was van de Duitse

Staat en de deelstaat Saarland, en dat van Preussag Anthrazit GmbH, dat eigendom was van Preussag AG, wilde overnemen. Die kennisgeving werd aangevuld bij brieven van respectievelijk 27 november 1997, 15 december 1997 en 23 januari 1998. Dit zou leiden tot de fusie van de drie laatste Duitse steenkolenproducenten (hierna: „fusie") en een concentratie van ondernemingen in de zin van artikel 66, lid 1, EGKS-Verdrag vormen.

8 De door RAG voor de aankoop van SBW te betalen prijs werd vastgesteld op 1 DEM.

9 De fusie maakt deel uit van een overeenkomst (hierna: „kolencompromis") die op 13 maart 1997 is gesloten tussen die drie vennootschappen, de Duitse regering, de deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen, de deelstaat Saarland, en de vakbonden van werknemers in mijnen en elektriciteitscentrales. Het kolencompromis, dat de betrokken fusie omvat, alsmede de toezegging om staatssteun te verlenen, heeft tot doel een sociaal aanvaardbaar overgangskader te verschaffen voor de aanpassing van de Duitse steenkolenindustrie aan een concurrerende omgeving voor de periode tot 2005. De partijen bij het kolencompromis waren van mening, dat van de zeventien bij de sluiting van de overeenkomst nog open mijnen er op lange termijn nog een tiental levensvatbaar zal zijn.

10 Het kolencompromis voorziet in door de Bondsrepubliek Duitsland te verlenen staatssteun voor mijnsluitingen voor een totaal bedrag van 2,5 miljard DEM. Daarbij komt nog eventueel door de Bondsrepubliek Duitsland en de deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen te verlenen steun aan mijnbouwactiviteiten voor een bedrag van 200 miljoen DEM per jaar. De uitbetaling van die extra overheidskredieten is afhankelijk van de totstandkoming van de fusie.

11 Bovendien heeft de Bondsrepubliek Duitsland in het kader van het kolencompromis RAG ontslagen van haar verplichtingen met betrekking tot garantieleningen voor een nominaal bedrag van ongeveer 4 miljard DEM.

12 Verder past het kolencompromis ook in het kader van een bestaande steunmaatregel waarbij de Duitse regering aan de steenkolenproducenten in wezen het verschil betaalt tussen de productiekosten van Duitse steenkolen en de steenkolenprijs op de wereldmarkt, tot een jaarlijks plafond dat geleidelijk omlaag moet. Zonder die steun zouden de Duitse steenkolenproducenten zeer waarschijnlijk niet in staat zijn om ook maar iets van hun productie te verkopen, omdat hun productiekosten drie keer zo hoog zijn als de huidige steenkolenprijs op de wereldmarkt.

13 De maximum hoeveelheid waarvoor de verkoopprijs van Duitse steenkolen aan elektriciteitscentrales en aan de ijzer- en staalindustrie daadwerkelijk wordt gegarandeerd, die functie is van het door de Duitse regering jaarlijks verleende steunbedrag, bedroeg in 1997 ongeveer 51,5 miljoen ton, terwijl de totale vraag naar steenkool in Duitsland ongeveer 75,1 miljoen ton bedroeg. Aan de resterende vraag naar steenkool wordt voldaan door invoer (ongeveer 22,4 miljoen ton in 1997), en in beperkte mate (ongeveer 1,5 miljoen ton in 1997) door de Duitse producenten. Wegens hun hoge productiekosten kunnen de Duitse producenten geen belangrijke rol spelen buiten het door de Staat gesubsidieerde marktsegment, behalve voorzover zij ook als importeurs optreden.

14 In het kader van artikel 67 EGKS-Verdrag, stelde de Duitse regering de Commissie op 9 maart 1998 in kennis van het bestaan van overheidsmaatregelen die gevolgen konden hebben voor de mededinging, te weten de privatisering van SBW door de verkoop ervan aan RAG voor een symbolisch bedrag van 1 DEM.

15 Bij brief van 16 maart 1998 diende verzoekster bij de Commissie haar opmerkingen over de voorgenomen fusie in. Op 1 mei 1998 vulde verzoekster haar opmerkingen aan in een nieuwe brief aan de Commissie waarin zij nog meer bezwaren tegen die fusie formuleerde.

16 Bij brief van 5 mei 1998 diende verzoekster een formele klacht over verschillende steunmaatregelen van de Staat in, en met name over de steun aan de Duitse steenkolenindustrie voor 1997 en 1998 (hierna: „steun voor 1998"), en over de elementen van staatssteun die haars inziens deel uitmaakten van de voorgenomen fusie. De klacht is bij de Commissie geregistreerd onder nummer 98/4448.

17 Bij brief van 7 mei 1998 bevestigde de Commissie de ontvangst van verzoeksters brieven van 16 maart en 1 mei 1998, en verzocht zij haar om hulp bij de omschrijving van de geografische markt en van het relevante product door een vragenlijst in te vullen, aan welk verzoek zij gevolg heeft gegeven.

18 Bij beschikking van 10 juni 1998 heeft de Commissie de in 1997 verleende steun goedgekeurd.

19 In het kader van de voorgenomen fusie verzocht de Commissie verzoekster bij brief van 16 juni 1998 om haar mening over de door RAG aangeboden verbintenissen.

20 Van mening dat zij niet beschikte over bepaalde elementen die zij nodig had om een mening te kunnen geven, verzocht verzoekster bij brief van 19 juni 1998 om aanvullende inlichtingen. De Commissie heeft geen gevolg gegeven aan dit verzoek.

21 Bij brief van 30 juni 1998 beantwoordde verzoekster echter de vraag van de Commissie van 16 juni 1998, en deelde zij mee, dat de door RAG aangeboden verbintenissen haar bezwaren tegen de fusie niet konden wegnemen.

22 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 20 juli 1998, heeft verzoekster beroep ingesteld tegen de beschikking van de Commissie van 10 juni 1998 houdende goedkeuring van de steun voor 1997 (zaak T-110/98).

23 In antwoord op de door de Commissie tijdens de administratieve procedure kenbaar gemaakte bezwaren verbond RAG, de partij die de fusie had aangemeld, zich ertoe de invoeractiviteit van SBW te verkopen, haar eigen invoeractiviteiten op te dragen aan een afzonderlijke vennootschap (Ruhrkohle Handel GmbH) waarvan de boekhouding gescheiden was van die betreffende haar verkoop van Duitse steenkool (door Ruhrkohle Verkauf GmbH), en haar aandeel in het kapitaal van een andere importeur, Brennstoff-Import GmbH, te verminderen.

24 Bij beschikking van 29 juli 1998 (zaak nr. IV/EGKS.1252 — RAG/Saarbergwerke AG/Preussag Anthrazit, hierna: „bestreden beschikking") keurde de Commissie de fusie goed.

25 In de bestreden beschikking (punten 21 en 26) is de betrokken productenmarkt, de markt van steenkolen en steenkolenproducten, geografisch beperkt tot Duitsland.

26 In de punten 6 en 7 bepaalt de bestreden beschikking:

„Het aangemelde project maakt deel uit van een overeenkomst, bekend onder de naam ‚kolencompromis', die is gesloten op 13 maart 1997 tussen de Duitse Staat, de deelstaten Noord-Rijnland-Westfalen en Saarland, de Industriegewerkschaft Bergbau und Energie (Duitse vakbond in de sectoren mijnbouw en energie) en de drie ondernemingen (die zullen gaan fuseren). Die overeenkomst bepaalt, dat de steenkolensectoren van de drie betrokken ondernemingen, RAG, [SBW] en

Preussag Anthrazit, zullen worden samengevoegd tot één onderneming, Deutsche Steinkohle AG, overkoepeld door RAG. Volgens de door partijen en de Duitse regering verstrekte inlichtingen moeten dit concentratieplan en de in dat kader verleende overheidssteun leiden tot de verwezenlijking van de beleidsbeslissing een in sociaal opzicht acceptabele organisatie van het aanpassingsproces van de Duitse steenkolensector tot stand te brengen, en garanderen dat de mijnbouwsector ook na 2005 levensvatbaar en efficiënt blijft. Volgens die overeenkomst zullen van de 17 huidige kolenmijnondernemingen 10 à 11 steenkolenmijnen met een jaarlijkse productie van ongeveer 30 miljoen ton en met bijna 36 000 werknemers op lange termijn blijven bestaan.

In het kader van het kolencompromis, en naast de voorgenomen overname door RAG van de aandelen in [SBW] die in het bezit zijn van de Duitse Staat en de deelstaat Saarland, heeft de Bondrepubliek Duitsland overheidssteun verleend tot een totaal bedrag van 2,5 miljard (DEM) met het oog op de toekomstige sluiting van mijnen (vastleggingskredieten). Die steun is vanaf 1998 samengevoegd tot één geheel met de kredieten van de Duitse Staat en van de deelstaat Rijnland-Noord-Westfalen ter ondersteuning van de verkoop van Duitse stoomkolen en cokeskolen (verkoopssteun). De overheidssteun aan de Duitse steenkolensector, waarvan het bedrag voor 1997 in totaal 10,5 miljard (DEM) bedraagt, moet vervolgens geleidelijk worden teruggebracht tot 5,5 miljard (DEM) in 2005. Behalve de financiële bijdrage van de Duitse Staat en de deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen wordt vanaf 2001 jaarlijks een bedrag van 200 miljoen (DEM) ter beschikking gesteld uit de inkomsten van RAG's activiteiten in de zogenaamde ‚witte' sectoren (andere dan steenkolen). Wanneer de opbrengst van die activiteiten dat niet toestaat, zullen de Duitse Staat en de deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen het ontbrekende bedrag elk voor de helft voor hun rekening nemen. Voor de uitbetaling van aanvullende overheidskredieten geldt de voorwaarde dat RAG de aandelen van de Duitse Staat respectievelijk de deelstaat Saarland in [SBW] overneemt."

27 Bovendien vermeldt de bestreden beschikking in punt 32:

„(...) Het onderzoek moet beperkt blijven tot de verkoop van ingevoerde steenkool in alle verkoopssectoren en tot de verkoop van binnenlandse steenkool aan andere industriële verbruikers dan de elektriciteitsproducenten en de ijzer- en staalondernemingen (...)"

28 Ten slotte bepaalt de bestreden beschikking in punt 54 onder de titel „Staatssteun":

„Deze beschikking betreft enkel de toepassing van artikel 66 EGKS-Verdrag en loopt op geen enkele wijze vooruit op een beschikking van de Commissie betreffende de toepassing van andere bepalingen van het EG-Verdrag of van het EGKS-Verdrag en van het dienovereenkomstige afgeleide recht, in het bijzonder de toepassing van de bepalingen betreffende staatssteun."

29 Bij brief van 19 augustus 1998 zond de Commissie verzoekster een kopie van de bestreden beschikking in het Duits. In haar brief vermeldde zij, dat de bestreden beschikking enkel steenkool betreft, omdat infrastructuur- en transportproblemen niet onder het toepassingsgebied van het EGKS-Verdrag vallen.

30 Bij beschikking van 2 december 1998 keurde de Commissie de steun voor 1998 goed.

31 Bij brief van 23 december 1998, verzocht verzoekster de Commissie krachtens artikel 35 EGKS-Verdrag een beschikking te geven waarbij de aan de fusie gekoppelde staatssteun onwettig wordt verklaard.

32 Verzoekster verklaart, dat zij op 11 januari 1999 een kopie heeft ontvangen van de voordien krachtens artikel 67 EGKS-Verdrag door de Duitse regering aan de Commissie gezonden kennisgeving betreffende maatregelen van de Staat die de concurrentie kunnen aantasten, te weten de privatisering van SBW.

33 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 18 januari 1999, heeft verzoekster beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 2 december 1998 houdende goedkeuring van de steun voor 1998 (zaak T-12/99).

34 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 3 maart 1999, heeft verzoekster beroep ingesteld, ertoe strekkende te doen vaststellen, dat de Commissie onrechtmatig heeft gehandeld door geen beschikking te geven met betrekking tot verzoeksters klacht inzake het onderzoek van een vermeende niet-aangemelde maatregel van staatssteun van de Duitse autoriteiten in het kader van de overname van SBW en Preussag Anthrazit door RAG (zaak T-64/99).

35 In mei 1999 kondigde RAG de overname aan van de onderneming Cyprus Amax Coal Corp., waardoor zij de op een na grootste steenkolenproducent ter wereld werd.

36 Bij brief, bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 8 april 2000 (PB C 101, blz. 3), stelde de Commissie de Duitse regering in kennis van haar beslissing om ten aanzien van de concentratie RAG/SBW de procedure van artikel 88 EGKS-Verdrag in te leiden, omdat daarbij sprake zou kunnen zijn van staatssteun. Onder de titel „Symbolische prijs van 1 DEM" wordt vermeld:

„(36) Naar het oordeel van de Commissie zou uit de brief waarmee de privatisering werd aangemeld, blijken dat de Bondsrepubliek Duitsland de door [RAG] voor [SBW] betaalde symbolische prijs van 1 DEM rechtvaardigt door melding te maken van de volgende factoren:

— toekomstige politieke beslissingen betreffende de herstructurering van de Duitse steenkolenindustrie;

— onzekerheden met betrekking tot de handhaving van de financiële steun door de regering na 2002, respectievelijk 2005;

— het risico van schommelingen van de prijzen op de wereldmarkt die als referentie dienen voor de berekening van de subsidiebedragen per ton steenkool. Iedere prijsdaling die niet door productiviteitsstijgingen in Duitsland wordt gecompenseerd, vereist een verhoging van de subsidie per ton steenkool.

Tegenover de waarde van de ‚witte sector' van ongeveer 1 miljard DEM overeenkomstig de evaluatie van Roland Berger and Partner GmbH staat vanwege de bovengenoemde financiële risico's de negatieve marktwaarde van de sector steenkoolwinning die eveneens op ongeveer 1 miljard DEM kan worden geraamd. Zou de Bondsrepubliek Duitsland dit standpunt innemen, dan zou de verkoop voor de prijs van 1 DEM volgens de Commissie beschouwd kunnen worden als niet-aangemelde steun ten behoeve van de steenkoolindustrie in de Gemeenschap overeenkomstig artikel 1, leden 2 en 4, van beschikking nr. 3632/32/EGKS."

Procesverloop en conclusies van partijen

37 Het inleidende verzoekschrift in de onderhavige zaak is op 29 september 1998 ter griffie van het Gerecht neergelegd.

38 Bij op 21 december 1998 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft RAG verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie.

39 Bij op 22 februari 1999 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft de Bondsrepubliek Duitsland verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie.

40 Bij beschikking van de president van de Eerste kamer van het Gerecht van 1 maart 1999 is RAG toegelaten tot interventie.

41 Bij beschikking van de president van de Eerste kamer van het Gerecht van 9 maart 1999 is de Bondsrepubliek Duitsland toegelaten tot interventie.

42 Op 19 juli 1999 heeft verzoekster verzocht de zaak bij voorrang te behandelen krachtens artikel 55, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Aan dit verzoek is geen gevolg gegeven.

43 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Eerste kamer) besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

44 Partijen zijn ter terechtzitting van 28 juni 2000 gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht.

45 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in kosten te verwijzen.

46 Verweerster concludeert dat het het Gerecht behage:

— primair, het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

47 Interveniënte RAG concludeert dat het het Gerecht behage:

— primair, het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen die van RAG.

48 De Bondsrepubliek Duitsland,interveniënte, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk dan wel ongegrond te verklaren.

49 Ter terechtzitting heeft verzoekster bevestigd, dat zij afstand doet van haar conclusies voorzover zij zijn gericht tegen de in 1997 aan de Duitse steenkolenindustrie verleende steun.

De ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

50 Voor haar stelling dat het beroep niet-ontvankelijk is, baseert de Commissie zich op een middel dat twee onderdelen omvat.

51 In de eerste plaats merkt zij op, dat verzoeksters vordering, behalve voorzover het gaat over de verticale integratie doordat de kolen binnen de gefuseerde eenheid worden geproduceerd en verbruikt, niet-ontvankelijk is, omdat zij in werkelijkheid niet de bestreden beschikking wil aanvechten, maar wel de met de fusie verbonden staatssteun. Enerzijds vormen de concentraties en de staatssteun verschillende problemen waarvoor verschillende regels gelden en verschillende beslissingen worden genomen. Anderzijds valt uit de door verzoekster tot staving van haar beroep aangevoerde rechtspraak (hierna: „Matra-rechtspraak"), namelijk het arrest van het Hof van 15 juni 1993, Matra/Commissie (C-225/91, Jurispr. blz. I-3203), en de arresten van het Gerecht van 15 juli

1994, Matra Hachette/Commissie (T-17/93, Jurispr. blz. II-595), en 18 september 1995, SIDE/Commissie (T-49/93, Jurispr. blz. II-2501), niet af te leiden, dat de Commissie verplicht is zich in het kader van een concentratieprocedure uit te spreken over de verenigbaarheid of de wettigheid van een eventuele maatregel van staatssteun.

52 In de tweede plaats verklaart de Commissie, dat verzoekster niet door de bestreden beschikking wordt geraakt, omdat zij niet in staat is om op het gebied van de verkoop van kolen buiten de staatssteunregeling met de Duitse producenten te concurreren.

53 RAG, interveniënte aan de zijde van de Commissie, stelt dat verzoekster geen „rechtmatig, reeds bestaand en actueel, en voldoende gekarakteriseerd" procesbelang heeft (zie, met name, arrest Hof van 31 mei 1988, Rousseau/Rekenkamer, 167/86, Jurispr. blz. 2705, punt 7) om tegen de bestreden beschikking op te komen, en voert bovendien aan, dat de uitspraak in de onderhavige zaak verzoeksters belangen enkel kan aantasten, indien een bepaald aantal andere zeer onwaarschijnlijke gebeurtenissen zou plaatsvinden. Bovendien is de strekking van het dictum van de bestreden beschikking, dat het in de toekomst voor andere dan Duitse steenkolenproducenten als verzoekster gemakkelijker zal worden om toegang te krijgen tot de markt, zodat zij geen procesbelang heeft (zie, in die zin, beschikking van het Hof van 24 september 1987, Vlachou/Rekenkamer, 134/87, Jurispr. blz. 3633, punten 9 en 10).

54 Tot staving van het argument dat verzoekster niet door de bestreden beschikking wordt geraakt, herinnert RAG eraan, dat verzoekster nooit een ton steenkool in Duitsland heeft verkocht, en dat waarschijnlijk in de toekomst ook niet zal doen. Gesteld dat verzoekster ooit in staat zou zijn haar steenkool in Duitsland te verkopen, zou dat haar niet van andere steenkolenondernemingen in de wereld onderscheiden.

55 De Duitse regering sluit zich aan bij de bezwaren van de Commissie.

56 Met betrekking tot de vraag of zij een procesbelang heeft, moet volgens verzoekster worden nagegaan wat de situatie zou zijn indien de fusie uiteindelijk niet was goedgekeurd. Zij is ervan overtuigd dat, wanneer de EGKS-regels in acht waren genomen, zij reeds thans of in de nabije toekomst een realistisch vooruitzicht zou hebben om op de Duitse steenkolenmarkt een sterke concurrentiepositie in te nemen en/of haar verkoop op de Britse markt aanzienlijk op te drijven.

57 Met betrekking tot haar procesbevoegdheid is verzoekster van mening, dat zij door de bestreden beschikking wordt geraakt, en beklemtoont zij, dat daarin sprake is van herstructurering van de Duitse steenkolenindustrie en haar ontwikkeling in de zin van een toenemende concurrentie. Zij is ervan overtuigd dat, wanneer de door haar voorgestane staatssteunregeling zou zijn toegepast, de vraag naar grote hoeveelheden steenkool een aanpassing van de wereldmarktprijs zou meebrengen. In die situatie zou het voor de Gemeenschap nuttig zijn indien ten minste één levensvatbare steenkoolonderneming bleef bestaan, namelijk zijzelf, nu zij veruit de goedkoopste steenkool van de Gemeenschap produceert.

58 Ten slotte meent zij, dat de Commissie zelf duidelijk heeft erkend, dat zij een concurrent van RAG is, door haar om opmerkingen over de fusie te verzoeken. Immers, in de bestreden beschikking (punt 39) gaat de Commissie in op de bezwaren van de „concurrenten" van RAG.

Beoordeling door het Gerecht

59 Vooraf moet eraan worden herinnerd, dat ingevolge artikel 33, tweede alinea, EGKS-Verdrag, dat anders luidt dan artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag

(thans, na wijziging, artikel 230, tweede alinea, EG), ondernemingen beroep tot nietigverklaring kunnen instellen tegen „hen individueel betreffende beschikkingen en aanbevelingen". Zoals het Hof met name in zijn arresten van 15 juli 1960, Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France/Hoge Autoriteit (24/58 en 34/58, Jurispr. blz. 591), 19 september 1985, Hoogovens Groep/Commissie (172/83 en 226/83, Jurispr. blz. 2831, punten 14 en 15) en 6 juli 1988, Dillinger Hüttenwerke/Commissie (236/86, Jurispr. blz. 3761, punt 8) heeft vastgesteld, wordt een onderneming door een beschikking van de Commissie geraakt, wanneer daarbij toestemming wordt verleend voor de toekenning van voordelen aan één of meer andere ondernemingen waarmee zij concurreert.

60 Wat het eerste onderdeel van het gezamenlijk middel van de Commissie en RAG betreft, moet worden opgemerkt, dat de Commissie erkent, dat verzoekster, wat de door de fusie tot stand gekomen verticale integratie van de steenkoolactiviteiten betreft, rechtstreeks opkomt tegen haar beschikking betreffende de fusie, die de bestreden beschikking is.

61 Verder heeft verzoekster weliswaar bezwaren tegen het feit dat de Commissie de wettigheid van de betrokken staatssteun niet heeft onderzocht alvorens de fusie goed te keuren, maar zij plaatst deze grief in het kader van het onderzoek door de Commissie uit hoofde van artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag. Volgens verzoekster kon de Commissie de fusie immers niet goedkeuren zonder een standpunt in te nemen over de vraag, of de aankoopprijs van 1 DEM een maatregel van staatssteun vormde, en moest zij in bevestigend geval beoordelen welke invloed die steun had op de macht van de gefuseerde eenheid om de mededinging te controleren of te beperken en zich aan de mededingingsregels te onttrekken.

62 Verzoeksters vordering kan dus niet worden opgevat als zou zij daarmee beogen om bij gebreke van een beschikking van de Commissie betreffende de steun, hetzelfde te bereiken als met een beroep tot nietigverklaring van een dergelijke beschikking, indien er een was.

63 Daaruit volgt, dat het eerste argument van de Commissie en van RAG moet worden afgewezen.

64 Met betrekking tot het tweede argument van RAG, dat verzoekster de nietigverklaring vordert van een beschikking waarvan het dictum laat uitschijnen dat het in de toekomst voor andere dan Duitse steenkolenproducenten gemakkelijker zal worden om toegang te krijgen tot de Duitse markt, zodat verzoekster geen procesbelang heeft, moet worden onderzocht of verzoeksters belangen door de fusie zijn aangetast.

65 Verzoekster betoogt, dat de waarschijnlijkheid om op de Duitse markt te kunnen concurreren voor haar aanzienlijk zou stijgen, indien de bestreden beschikking werd nietigverklaard.

66 Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat de commerciële macht van de individuele ondernemingen geringer is dan die van de gefuseerde eenheid, te weten RAG. De macht van RAG op de internationale markt, die voortvloeit uit het feit dat zij de op één na grootste steenkolenproducent ter wereld is geworden, tast verzoeksters positie op die markt onvermijdelijk aan.

67 Vervolgens blijkt uit punt 7 van de bestreden beschikking, dat de uitbetaling van aanvullende overheidskredieten tot een bedrag van ten minste 2,5 miljard DEM afhankelijk is van de voorwaarde dat RAG het aandeel van de Duitse Staat en van de deelstaat Saarland in het kapitaal van SBW overneemt. Daaruit volgt, dat RAG uit het kolencompromis voortvloeiende steun ontvangt waardoor haar concurrentievermogen ten opzichte van verzoekster verbetert.

68 Daarbij komt nog, dat de toekomst van de Duitse steenkolenindustrie grotendeels afhangt van de voorgenomen fusie, want wanneer die fusie niet zou plaatsvinden,

zou slechts een gering gedeelte van de Duitse markt zich aan wereldwijde mededinging kunnen onttrekken. In dat verband is weliswaar niet zeker dat verzoekster dan een plaats op de Duitse markt kan veroveren, maar wel staat vast, dat haar kansen op toegang tot die markt daardoor zouden toenemen. Bovendien zouden de Duitse elektriciteitscentrales en ijzer- en staalondernemingen, wanneer het bestaan van de Duitse steenkolenindustrie in gevaar werd gebracht, zich waarschijnlijk niet uitsluitend bevoorraden bij steenkolenondernemingen buiten de Gemeenschap, maar ook gedeeltelijk, en veiligheidshalve, bij verzoekster, als meest competitieve en goedkoopste communautaire onderneming.

69 Zonder dat het noodzakelijk is een uitspraak te doen over de vraag of de door RAG aangegane verbintenissen tot afstoting van haar invoeractiviteiten verzoeksters situatie daadwerkelijk verbeteren, kan dus niet worden betwist dat zij een procesbelang heeft.

70 In het kader van het tweede onderdeel van hun middel betwisten de Commissie en RAG, dat verzoekster zou kunnen worden beschouwd als een werkelijke of potentiële concurrent van de bij de fusie betrokken ondernemingen en dat zij dus door de bestreden beschikking wordt geraakt.

71 Vaststaat, dat verzoekster enkel bij wijze van proef steenkool op de Duitse markt heeft verkocht ter bevoorrading van de vennootschap VBW Energie AG. Bovendien was het verschil tussen verzoeksters gemiddelde productiekosten en de prijzen op de wereldmarkt ten tijde van de instelling van dit beroep aanzienlijk, en bedroeg het minimaal 50 %.

72 De bestreden beschikking noemt echter in punt 6 de herstructurering van de Duitse steenkolenindustrie en de geleidelijke ontwikkeling ervan naar een systeem

gebaseerd op concurrentie, waarin ongeveer een tiental mijnen van RAG op lange termijn levensvatbaar zal blijven en waarin de betrokken sector vanaf 2005 levensvatbaar en efficiënt is. De Commissie erkent dus, dat RAG althans vanaf 2005 in concurrentie kan komen met verzoekster.

73 Vervolgens maakt de Commissie in punt 39 van de bestreden beschikking melding van de bezwaren van de „concurrenten" van RAG, met name wat de doorzichtigheid van het gebruik van de staatssteun door RAG betreft. In haar opmerkingen van 1 mei 1998 over de fusie heeft verzoekster dat probleem specifiek vermeld. Vastgesteld moet dus worden, dat de Commissie, die zelf om verzoeksters opmerkingen heeft gevraagd, haar als een concurrent van RAG heeft beschouwd.

74 Bovendien zijn volgens verzoekster de verminderingen van haar exploitatiekosten met 15 tot 20 % over een periode van vier jaar geheel en al te verwezenlijken, en zouden de gemiddelde productiekosten bij volledig gebruik van haar extra productiecapaciteit spectaculair dalen, namelijk met ongeveer 10 %.

75 Ook verwacht zij een prijsverhoging van steenkool op de wereldmarkt. Daaruit volgt, dat verzoekster zich als een concurrent van RAG beschouwt, en om die reden heeft zij naast het onderhavige beroep vijf andere beroepen ingesteld die alle de financiële situatie van RAG betreffen.

76 Verder moet eraan worden herinnerd, dat het Hof blijkens zijn rechtspraak bij het onderzoek naar de ontvankelijkheid van een beroep belang hecht aan de rol die de natuurlijke of rechtspersonen in de precontentieuze procedure hebben gespeeld (zie, in die zin, arresten Hof van 20 maart 1985, Timex/Raad en Commissie,

264/82, Jurispr. blz. 849, punt 15; 28 januari 1986, Cofaz/Commissie, 169/84, Jurispr. blz. 391, punt 24, en 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punt 54, bekend als het „arrest Kali & Salz").

77 In het arrest van 27 april 1995, ASPEC e.a./Commissie (T-435/93, Jurispr. blz. II-1281, punt 64) heeft het Gerecht het reeds aangehaalde arrest Cofaz/Commissie aldus uitgelegd, dat het Hof daarin enkel heeft vastgesteld, dat een onderneming die kan aantonen dat de klacht naar aanleiding waarvan de onderzoeksprocedure is ingeleid van haar uitgaat, dat zij tijdens het onderzoek is gehoord en dat haar opmerkingen in ruime mate bepalend zijn geweest voor het verloop van de procedure, wordt geraakt in de zin van artikel 173 EG-Verdrag, mits althans de in bestreden beschikking bedoelde steunmaatregel haar machtspositie wezenlijk heeft beïnvloed. Dat sluit evenwel niet uit, dat een onderneming in staat kan zijn anderszins, onder verwijzing naar specifieke omstandigheden die haar op soortgelijke wijze individualiseren als de adressaat, aan te tonen dat zij individueel is geraakt.

78 Bovendien heeft het Hof in het arrest van 25 oktober 1977, Metro/Commissie (26/76, Jurispr. blz. 1875, punt 13) vastgesteld, dat het zowel in het belang is van een goede rechtsbedeling als van een juiste toepassing van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag (thans artikelen 81 EG en 82 EG), dat de natuurlijke of rechtspersonen die krachtens artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), de Commissie mogen verzoeken om vaststelling van een inbreuk op die artikelen 85 en 86, kunnen beschikken over een beroepsmogelijkheid ter bescherming van hun wettige belangen, wanneer hun verzoek geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen.

79 Gelet op de bijzonderheden van de EGKS-regeling zijn de voorwaarden voor ontvankelijkheid van een beroep van een onderneming tot nietigverklaring in het kader van het EGKS-Verdrag, minder strikt dan die van een soortgelijk beroep in het kader van het EG-Verdrag. De hierboven in het kader van het EG-Verdrag

genoemde rechtspraak bevat echter overwegingen die eveneens relevant kunnen zijn bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring in het kader van het EGKS-Verdrag.

80 In dat verband zij erop gewezen, dat verzoekster in het kader van de precontentieuze procedure voor de Commissie een rol heeft gespeeld, niet enkel omdat zij haar opmerkingen over de voorgenomen fusie heeft ingediend, maar met name ook omdat zij in haar opmerkingen is gehoord en tijdens het verloop van die procedure bij twee gelegenheden antwoorden heeft verstrekt.

81 Verzoekster heeft dus het bestaan aangetoond van een aantal elementen op grond waarvan het Gerecht vaststelt, dat de bestreden beschikking haar mededingingspositie kan beïnvloeden, met name tegenover RAG. Daaruit volgt, dat verzoekster door de bestreden beschikking wordt geraakt.

82 Uit een en ander volgt, dat het beroep ontvankelijk moet worden verklaard.

Ten gronde

83 Tot staving van haar beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking voert verzoekster twee middelen aan, in de eerste plaats ontleend aan schending door de Commissie van het EGKS-Verdrag en/of rechtsregels met betrekking tot de toepassing ervan, en in de tweede plaats aan schending door de Commissie van wezenlijke vormvoorschriften, met name wegens het ontbreken van een motivering, en inbreuk heeft gemaakt op het beginsel van behoorlijk bestuur.

Schending van het EGKS-Verdrag en/of rechtsregels met betrekking tot de toepassing ervan

84 Volgens verzoekster bestaat dit middel uit vier onderdelen. In de eerste plaats stelt zij, dat de Matra-rechtspraak klaarblijkelijk is miskend, in de tweede en in de derde plaats dat artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag, wat het eerste, respectievelijk het tweede streepje van dat lid betreft, klaarblijkelijk is miskend, en in de vierde plaats dat de Commissie de invloed van de verticale integratie van de steenkolenactiviteiten van de gefuseerde eenheid niet heeft onderzocht.

85 Het Gerecht zal de twee onderdelen die betrekking hebben op klaarblijkelijke miskenning van het eerste en het tweede streepje van artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag gezamenlijk behandelen.

86 Vooraf moet worden opgemerkt, dat verzoekster en RAG het niet eens zijn over de omvang van de rechterlijke toetsing uit hoofde van artikel 33 EGKS-Verdrag. Zo stelt RAG, dat het verzoekschrift geen rekening houdt met het feit dat krachtens die bepaling de toetsing door het Gerecht van beschikkingen van de Commissie beperkt is.

87 Dienaangaande kan worden volstaan met eraan te herinneren, dat volgens vaste rechtspraak, het Gerecht bij zijn toetsing, wanneer het gaat om de beoordeling van de situatie die voortvloeit uit economische feiten of omstandigheden waarop de bestreden beschikking berust, enkel moet nagaan of daarin sprake is van misbruik van bevoegdheid of klaarblijkelijke miskenning van de bepalingen van het EGKS-Verdrag of enige op de uitvoering daarvan betrekking hebbende rechtsregel, met dien verstande dat de term „klaarblijkelijk" in artikel 33 een dermate ernstige schending van de wettelijke bepalingen onderstelt, dat die schending volgt uit een kennelijke fout bij de toetsing aan de bepalingen van het EGKS-Verdrag van de situatie met het oog waarop de beschikking is gegeven (arresten Hof van 21 maart 1955, Nederland/Hoge Autoriteit, 6/54, Jurispr.

blz. 215; 12 februari 1960, Société métallurgique de Knutange/Hoge Autoriteit, 15/59 en 29/59, Jurispr. blz. 9, en beschikking van de president van het Hof van 3 mei 1996, Duitsland/Commissie, C-399/95 R, Jurispr. blz. I-2441, punten 61 en 62). Gesteld dat het verzoekschrift geen rekening houdt met het feit dat de toetsing door het Gerecht van beschikkingen van de Commissie krachtens artikel 33 EGKS-Verdrag beperkt is, zal het Gerecht zich bij die toetsing houden aan datgene wat uit de reeds aangehaalde rechtspraak volgt.

De gestelde schending van artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag

— Argumenten van partijen

88 Verzoekster stelt in wezen, dat de Commissie, toen zij de fusie toetste aan artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag, een klaarblijkelijke vergissing heeft begaan. Zij beklemtoont, dat elk onderzoek dat wordt verricht zonder te letten op de situatie inzake rechtstreeks of zijdelings met de fusie verband houdende staatssteun, de Commissie niet in staat stelt om naar behoren te bepalen, of de gefuseerde eenheid de macht heeft „zich te onttrekken aan de regels van de mededinging zoals deze voortvloeien uit de toepassing van het Verdrag". De term „regels" doelt duidelijk op alle regels van het EGKS-Verdrag of de daaruit voortgekomen regels (afgeleid recht, zoals beschikkingen). Die regels omvatten artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag en de bepalingen waarbij door de staat verleende subsidies en steun worden verboden en afgeschaft.

89 Dienaangaande herinnert verzoekster eraan, dat bij de betrokken fusie drie verschillende soorten steunmaatregelen aan de orde waren, en tijdens het onderzoek van de Commissie in de beschouwing hadden moeten worden betrokken. In de eerste plaats heeft de Commissie aangenomen, dat de steun voor 1998 rechtmatig was en dus niet door de bij de fusie betrokken ondernemingen behoefde te worden terugbetaald. In werkelijkheid is die steunverlening onrechtmatig. Immers, tot de instelling van het onderhavige beroep was geen enkele steun aan de Duitse steenkolenindustrie, ongeacht welke, voor 1998 goedgekeurd. Aangezien de Commissie niet de bevoegdheid heeft om reeds uitbetaalde steun goed te keuren, had zij geen andere keuze dan goedkeuring van die steun voor 1998 te weigeren.

90 In de tweede plaats betoogt verzoekster met betrekking tot de steun in verband met de fusie, dat de Commissie bij de goedkeuring van de fusie niet heeft beoordeeld, of de voor het totale aandelenkapitaal van SBW te betalen prijs van 1 DEM staatssteun vormde. In dat verband herinnert zij eraan, dat de Commissie zelf heeft vastgesteld, dat de kennisgevingen van de Bondsrepubliek Duitsland de indruk konden wekken, dat de privatisering van SBW een niet-aangemelde steun ten bedrage van 1 miljard DEM ten gunste van RAG inhield. SBW heeft namelijk in 1997 4,3 miljoen DEM winst gemaakt en is eigenaar van een aantal waardevolle vermogensbestanddelen, waaronder drie mijnen (Ensdorf, Göttelborn/Reden en Warndt/Luisenthal), van een aanzienlijk percentage van de aandelen in de cokesfabrieken Fuerstenhausen en Zentralkokerei Saar, en van een aantal elektriciteitscentrales.

91 In de derde plaats beklemtoont verzoekster, wat de van de fusie afhankelijke steun betreft, dat punt 6 van de bestreden beschikking betrekking heeft op „de voorgenomen fusie en de in het kader van die fusie in het vooruitzicht gestelde staatssteun". De kennisgeving van de fusie overeenkomstig artikel 67 EGKS-Verdrag bevestigt de details betreffende de kwijtscheldingen van schulden en andere aan RAG verleende steun voor een bedrag van 7 tot 8 miljard DEM.

92 De onverklaarbare poging van de Commissie om de financiële aspecten van de transactie en de financiële situatie van de betrokken ondernemingen volledig te scheiden van de beoordeling van de macht van de gefuseerde eenheid om de prijzen te bepalen, de productie of de distributie te beheersen of te beperken of een daadwerkelijke mededinging te belemmeren, is een kennelijke fout die de bestreden beschikking aantast.

93 Volgens verzoekster heeft de Commissie ten onrechte aangenomen, dat er op de markt voor de levering van binnenlandse steenkool aan binnenlandse elektriciteitsmaatschappijen geen enkele concurrentiemogelijkheid bestond en heeft zij de invloed van de fusie op die markt dus niet onderzocht, terwijl die situatie juist het gevolg was van de onrechtmatige steunverlening. Hetzelfde geldt voor het onderzoek van de invloed van de fusie op de verkoop van ingevoerde steenkool.

Ook in dat geval heeft de Commissie dat onderzoek uitgevoerd op basis van de veronderstelling dat ingevoerde steenkool op de Duitse markt niet kan concurreren met de levering van binnenlandse steenkool aan elektriciteitscentrales en ijzer- en staalondernemingen. Deze zienswijze leidde ertoe, dat de Commissie de gevolgen van de fusie heeft beperkt tot „de verkoop van ingevoerde steenkool in alle sectoren en de verkoop van binnenlandse steenkool aan andere industriële verbruikers dan energieproducenten en staalproducenten".

94 Bovendien betoogt verzoekster, dat de wijze waarop de Commissie haar onderzoek heeft verricht, eveneens in strijd is met haar verklaring in punt 54 van de bestreden beschikking, dat die beschikking enkel de toepassing van artikel 66 EGKS-Verdrag betreft en op geen enkele wijze vooruitloopt op een beschikking aangaande de betrokken steun. Het uitgangspunt van de Commissie berustte immers op een verkeerd begrip van de aard van het door artikel 66 EGKS-Verdrag vereiste onderzoek en op vermoedens op grond waarvan zij meent, dat de Duitse Staat eerst staatssteun mocht verlenen om de mededinging van importeurs op te heffen, en daarna een marktstructuur mocht creëren door middel van een fusie die een definitieve opheffing van de mededinging waarborgt. Die redeneerwijze van de Commissie vormt als zodanig een kennelijke dwaling.

95 De Commissie verklaart, dat zij bij de vaststelling van de commerciële macht van de bij de fusie betrokken ondernemingen rekening heeft gehouden met de financiële ondersteuning door middel van staatssteun. De bestreden beschikking loopt op geen enkele wijze vooruit op het resultaat van een eventuele latere procedure betreffende de verschillende elementen die volgens verzoekster onwettige steun vormen.

96 Ter terechtzitting verklaarde de Commissie, dat zij bij haar onderzoek van de fusie overeenkomstig artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag de verticale werking van die fusie, door samenvoeging van steenkolenproducenten en elektriciteitscentrales, en de gevolgen ervan heeft bestudeerd. De vaststelling dat de fusie niet tot een onaanvaardbare concentratie van commerciële macht leidt, neemt niet weg dat de

Commissie kan verlangen, dat onverenigbare steun wordt terugbetaald. Zij voegt daaraan toe, dat zij thans in een afzonderlijke procedure krachtens de regels betreffende staatssteun en niet krachtens de regels betreffende concentraties, de steunverlening onderzoekt, in het bijzonder de vraag of het in het geval van SBW gaat om een prijs dan wel om een schenking.

97 In antwoord op verzoeksters argumenten verklaart de Commissie, dat zij er in de bestreden beschikking vanuit is gegaan, dat er met betrekking tot de door de Staat gesubsidieerde steenkool geen mededinging tussen de Duitse steenkoolproducenten bestond. Dat uitgangspunt staat los van de omvang van de door de Staat gesubsidieerde sector en van het wettige of onwettige karakter van de steun. De terugbetaling van de verleende steun zou de markt van gesubsidieerde steenkool niet openen voor mededinging, maar het einde betekenen van de Duitse steenkolenproductie.

98 Met betrekking tot de markt voor ingevoerde steenkool, waarop volgens verzoekster de mededinging zou kunnen toenemen, merkt de Commissie op, dat zij in de bestreden beschikking de positie van de bij de fusie betrokken ondernemingen op de markt van ingevoerde steenkool onderzoekt en de fusie goedkeurt op voorwaarde dat tegenover de stijging van de marktaandelen als gevolg van de overname van de invoeractiviteiten van SBW, staat dat andere marktaandelen worden afgestoten. Met andere woorden, de marktpositie van de gefuseerde onderneming zal niet beter worden dan die van RAG vóór de fusie. Dat geldt ongeacht de omvang van de markt en ongeacht of een bepaalde hoeveelheid aan elektriciteitscentrales te leveren producten al dan niet wegens staatssteun ontoegankelijk is.

99 Volgens de Commissie blijkt uit verzoeksters argumenten duidelijk dat haar redenering op een wezenlijk punt faalt. Zou worden erkend, dat zij gelijk heeft met haar zienswijze dat de betrokken steun onwettig is en moet worden terugbetaald, dan zou de fusie heel wat minder bedreigend voor de mededinging zijn dan de Commissie dacht, want de fusie betrof volgens verzoekster zelf slechts niet-levensvatbare activiteiten.

100 Bovendien is de vraag of de fusie in haar huidige vorm zou hebben plaatsgevonden, ingeval de in de vorm van een te lage overnameprijs gegeven steun niet was verleend, voor het onderzoek van de fusie niet van belang.

101 Ter terechtzitting heeft de Commissie haar uitlegging van artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag gepreciseerd door te wijzen op het belang van het oorzakelijk verband. Immers, de concentratie van twee voordien onafhankelijke ondernemingen zou ertoe moeten leiden dat de gefuseerde eenheid aan de mededingingsregels ontsnapt en dus onafhankelijk van andere marktdeelnemers handelt, als voorwaarde voor een weigering door de Commissie van de goedkeuring van de fusie. Die uitlegging blijkt eveneens uit punt 39 van de bestreden beschikking.

102 De Duitse regering merkt op dat waar het gaat om de verkoop van binnenlandse steenkool aan de elektriciteitsindustrie en aan de staalindustrie, en gelet op het feit dat er wegens de staatssteun aan de betrokken ondernemingen geen enkele mededinging bestond, de fusie slechts had kunnen worden geweigerd, indien daardoor juist elke mogelijkheid tot herleving van de mededinging werd uitsloten, wat verzoekster niet beweert.

103 Wat de marktsegmenten betreft die de verkoop betreffen van Duitse steenkool aan andere industriële kopers en de verkoop van ingevoerde steenkool, waren de bij de fusie betrokken ondernemingen verbintenissen aangegaan op basis waarvan elke verhoging van marktaandelen inzake invoer was uitgesloten en die hen de mogelijkheid ontnamen hun positie op de markt van de verkoop van Duitse steenkool te gebruiken om de invoeractiviteit te beïnvloeden. Op basis van die verbintenissen was de Commissie terecht van mening, dat de bestaande marktpositie van de betrokken ondernemingen door de fusie niet werd versterkt. De Duitse regering wijst er echter op dat, wanneer er geen sprake is van versterking

van hun marktpositie, de noodzakelijke causaliteit tussen de fusie en de marktpositie van de betrokken ondernemingen ontbreekt.

104 Bovendien betoogt de Duitse regering, dat het begrip „regels van de mededinging" in artikel 66, lid 2, tweede streepje, EGKS-Verdrag niet doelt op alle abstract in het EGKS-Verdrag vervatte regels. Artikel 66, lid 2, tweede streepje, EGKS-Verdrag concretiseert enkel de mededingingsregels waarmee in die bepaling rekening is gehouden, en bepaalt in het bijzonder dat geen kunstmatig bevoorrechte positie mag worden geschapen die leidt tot een aanmerkelijk voordeel met betrekking tot de voorziening of de afzet.

105 RAG merkt op, dat de fusie geen wijziging van de mededingingspositie met betrekking tot de op het nationale grondgebied geproduceerde steenkolen meebrengt, omdat er binnen het huidige kader van de steunregeling in de Bondsrepubliek Duitsland geen realistisch vooruitzicht bestaat op mededinging tussen RAG, SBW en Preussag Anthrazit.

106 Met betrekking tot ingevoerde steenkool wijst RAG er op, dat zij tegenover de Commissie niet enkel de verbintenis is aangegaan Saarberg Coal International & Co en alle invoeractiviteit van SBW van de hand te doen, maar zich er ook toe heeft verbonden de toegang tot die markt voor buitenlandse leveranciers via onafhankelijke importeurs aanzienlijk te vergemakkelijken ten opzichte van de situatie voor de fusie. In het bijzonder verzocht de Commissie RAG om de verkoop van ingevoerde steenkool te scheiden van die van binnenlandse steenkool, door die activiteiten over twee afzonderlijke dochtermaatschappijen te verdelen (Ruhrkohle Handel GmbH en Ruhrkohle Verkauf GmbH) en haar aandeel in een andere importeur, Brennstoff-Import GmbH, te verminderen.

— Beoordeling door het Gerecht

107 Met betrekking tot de gestelde miskenning van artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag betoogt verzoekster, dat de economische analyse van de fusie en de verlening van staatssteun om twee belangrijke redenen met elkaar in verband stonden. In de eerste plaats was de geografische markt, zoals omschreven in de bestreden beschikking, afgebakend door de staatssteun, omdat die steun is beschouwd als een „belemmering van de toegang tot de markt". In de tweede plaats had die steun het onderzoek bepaald naar de gevolgen van de fusie, omdat de steun aan de steenkolenindustrie de mededinging tussen de bij de fusie betrokken ondernemingen „vrijwel heeft opgeheven". Op grond van die overwegingen beperkte de Commissie de gevolgen van de fusie tot „de verkoop van ingevoerde steenkool in alle sectoren en de verkoop van binnenlandse steenkool aan andere industriële verbruikers dan energieproducenten en staalproducenten".

108 Met betrekking tot de eerste reden moet worden opgemerkt, dat de Commissie er blijkens de bestreden beschikking (punt 23) van uit is gegaan, dat er geen mededinging tussen de producenten van Duitse steenkool en andere producenten bestond, omdat de gemiddelde productiekosten van de Duitse producenten ruim boven de wereldmarktprijs lagen (meer dan 180 DEM per ton in 1997). Er bestaan dus geen serieuze mogelijkheden voor de Duitse producenten om niet-gesubsidieerde Duitse steenkool te produceren en eventueel te verkopen.

109 Dienaangaande merkt de Commissie terecht op, dat een eventuele terugbetaling van de verleende steun, wat de Duitse gesubsidieerde steenkool betreft, „geen mogelijkheid voor concurrentie zou creëren". Die terugbetaling zou het einde betekenen van de Duitse kolenproductie. De grotere mededinging waarnaar verzoekster verwijst, zou plaatshebben op de markt van ingevoerde steenkool, die aan de orde is in een ander onderzoek van de Commissie. Zoals de Commissie opmerkt, kan het probleem slechts zo worden gezien: of er bestaat in Duitsland een eigen markt voor door de Staat gesubsidieerde steenkool, in welk geval de fusie geen gevolgen heeft voor de mededinging, of die eigen markt bestaat niet, in

welk geval er een wereldmarkt bestaat waarop de Duitse producenten nauwelijks meetellen.

110 Met betrekking tot de tweede door verzoekster aangevoerde reden, moet worden beklemtoond, dat de Commissie er in punt 31 van de bestreden beschikking van uitgaat, dat er wat de door de Staat gesubsidieerde steenkool betreft, vóór de fusie evenmin mededinging tussen Duitse steenkolenproducenten bestond. Bovendien voorziet zij in punt 52 van de bestreden beschikking met betrekking tot de verkoop van ingevoerde steenkool en gelet op de toezegging die zij van RAG had gekregen, dat de marktpositie van de gefuseerde eenheid niet beter zou zijn dan die van RAG vóór de fusie.

111 In het licht van het voorgaande heeft verzoekster, waar zij stelt dat de staatssteun de geografische markt heeft afgebakend omdat die is beschouwd als „belemmering van de toegang tot de markt", niet aangetoond, dat de Commissie de situatie niet naar behoren heeft onderzocht. Verzoekster heeft evenmin aangetoond, dat de in de beschikking genoemde staatssteun het onderzoek naar de gevolgen van de fusie heeft bepaald. Hieruit volgt, dat de twee door verzoekster aangevoerde redenen moeten worden afgewezen.

112 Verder, wat het feit betreft, dat onvoldoende zou zijn gelet op elementen van staatssteun, met name op de financiële gevolgen van de fusie, volgt uit de rechtspraak van het Hof, dat de Commissie in beginsel de incoherenties moet vermijden die bij de tenuitvoerlegging van de verschillende bepalingen van het gemeenschapsrecht kunnen ontstaan (zie arresten Hof, Matra/Commissie, reeds aangehaald, punt 41, en 27 januari 2000, DIR International Film e.a./ Commissie, C-164/98 P, Jurispr. blz. I-447, punten 21 en 30). Die op de Commissie rustende verplichting om de samenhang tussen de verdragsbepalingen met betrekking tot staatssteun en andere verdragsbepalingen te respecteren, geldt in het bijzonder wanneer deze andere bepalingen eveneens een niet-vervalste mededinging binnen de gemeenschappelijke markt tot doel hebben (arresten Matra/Commissie, reeds aangehaald, punt 42, en SIDE/ Commissie, reeds aangehaald, punt 72).

113 Daaruit volgt, met name, dat wanneer de Commissie een beschikking geeft over de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt, zij niet mag voorbijgaan aan het risico, dat particuliere marktdeelnemers de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt ongunstig beïnvloeden (arrest Matra/Commissie, reeds aangehaald, punt 43).

114 Daaruit volgt eveneens, dat de Commissie, wanneer zij een beschikking geeft over de verenigbaarheid van een concentratie tussen ondernemingen met de gemeenschappelijke markt, niet mag voorbijgaan aan de gevolgen van staatssteun aan die ondernemingen voor de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op te betrokken markt.

115 Laatstgenoemde verplichting heeft echter niet tot gevolg, dat de Commissie, wanneer zij volgens een specifieke procedure een beschikking geeft over de verenigbaarheid van een concentratie tussen ondernemingen met de gemeenschappelijke markt, verplicht is het resultaat van de parallelle, maar onafhankelijke procedure betreffende het onderzoek naar de verenigbaarheid van staatssteun met de gemeenschappelijke markt af te wachten.

116 In casu moet worden beklemtoond, dat de Commissie in antwoord op verzoeksters argument dat onvoldoende zou zijn gelet op elementen van staatssteun, antwoordt dat zij bij de bepaling van de commerciële macht van de bij de fusie betrokken ondernemingen rekening heeft gehouden met de financiële ondersteuning door middel van de staatssteun voor 1998. Volgens de Commissie loopt de bestreden beschikking geenszins vooruit op het resultaat van een eventuele latere procedure betreffende de verschillende elementen die volgens verzoekster een onwettige steunmaatregel vormen.

117 Uit de bestreden beschikking (punten 7, 13, 14 en 16) blijkt eveneens, dat de Commissie de cijfers in verband met de financiële ondersteuning door middel van

staatssteun kende. Die cijfers betreffen de steun voor de jaren 1997 en 1998 alsmede ten minste een gedeelte van de steun die afhankelijk is gesteld van de totstandkoming van de fusie. Bovendien moet worden opgemerkt, dat de in de punten 13, 14 en 16 van de bestreden beschikking genoemde cijfers staan onder de titel „Beoordeling vanuit mededingingsoogpunt krachtens artikel 66, lid 2".

118 Blijkens de inhoud van die punten heeft de Commissie, zich bewust van de relevantie van dat onderzoek in het onderhavige geval, in het kader van haar beoordeling krachtens artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag bij het bepalen van de commerciële macht van de bij de fusie betrokken partners rekening gehouden met de financiële ondersteuning door middel van de in de punten 10 en 12 hierboven genoemde staatssteun.

119 De vraag rijst dus, of de Commissie bij het bepalen van de financiële macht van de gefuseerde eenheid rekening heeft gehouden met alle elementen die staatssteun kunnen vormen, en met name met het element dat gekoppeld is aan de totstandkoming van de fusie, te weten de door RAG voor de overname van SBW betaalde prijs.

120 Met betrekking tot het element dat gekoppeld is aan de totstandkoming van de fusie en dat een maatregel van staatssteun zou kunnen vormen, moet eraan worden herinnerd, dat de Commissie in haar in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 8 april 2000 bekendgemaakte brief aan de Duitse regering (zie punt 36 hierboven) van mening was, dat de verkoop van SBW tegen de prijs van 1 DEM zou kunnen worden beschouwd als niet-aangemelde staatssteun ten gunste van de steenkolenindustrie, en dat de waarde van die steun zou kunnen worden geraamd op ongeveer 1 miljard DEM.

121 Ter terechtzitting heeft de Commissie evenwel verklaard, dat zij thans, krachtens de regels betreffende staatssteun en niet krachtens de regels betreffende concentraties, de steunverlening onderzoekt, meer bepaald de vraag of het in

het geval van SBW gaat om een prijs of een schenking, teneinde na te gaan of de overdracht in haar geheel beschouwd overeenkomt met de betaalde prijs, dan wel of aan de begunstigde van de schenking in feite overheidsmiddelen zijn overgedragen.

122 Er zij dus op gewezen, dat de Commissie in casu een dergelijk onderzoek niet heeft verricht alvorens de fusie goed te keuren. Bijgevolg heeft zij in de bestreden beschikking niet kunnen beoordelen of, en eventueel in welke mate, de overnameprijs van 1 DEM de financiële en dus de commerciële macht van RAG heeft versterkt.

123 Bovendien heeft RAG, wanneer de prijs van 1 DEM staatssteun zou vormen die in werkelijkheid een waarde van ongeveer 1 miljard DEM vertegenwoordigt, van die middelen kunnen profiteren om haar commerciële macht te versterken en te gebruiken voor door haar bepaalde doeleinden, waaronder ondersteuning van haar invoeractiviteiten.

124 Er moet aan worden herinnerd, dat artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag bepaalt, dat de Commissie de „beoogde handeling" moet beoordelen. Dat houdt in dat de Commissie verplicht is de handeling in haar geheel te beoordelen, en niet enkel een gedeelte van de handeling, zoals zij in casu heeft gedaan door uit te gaan van de fysieke overdracht van ondernemingen, zonder de andere elementen van de transactie, te weten de werkelijk betaalde prijs, in haar beschouwing te betrekken.

125 In casu kon de Commissie, wanneer zij niet verplicht was vooraf in een formele beschikking de wettigheid te beoordelen van de veronderstelde steun (zie punten 109 en 110), in casu de steun die was gekoppeld aan de fusie, zich in het kader van een krachtens artikel 66, lid 2, EGKS-Verdrag verricht mededingingsonderzoek niet onttrekken aan een beoordeling van de vraag of en eventueel in welke mate de financiële en dus de commerciële macht van de gefuseerde eenheid is versterkt door de financiële ondersteuning in de vorm van die eventuele steun.

126 In die omstandigheden moet de bestreden beschikking worden nietigverklaard, zonder dat de door verzoekster aangevoerde andere onderdelen van dit middel of het andere middel behoeven te worden onderzocht.

Kosten

127 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig verzoeksters vordering, in haar eigen kosten en in die van verzoekster worden verwezen, doch niet in de kosten veroorzaakt door de interventies van RAG en de Bondsrepubliek Duitsland.

128 Aangezien verzoekster niet heeft geconcludeerd tot verwijzing van RAG en de Bondsrepubliek Duitsland in de kosten die verband houden met hun interventies in deze zaak, zullen deze beide interveniënten overeenkomstig artikel 87, lid 4, van het Reglement, slechts hun eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

rechtdoende:

1) Verklaart nietig de beschikking van de Commissie van 29 juli 1998 houdende goedkeuring van de overname van Saarbergwerke AG en Preussag Anthrazit

GmbH door RAG Aktiengesellschaft (zaak nr. IV/EGKS.1252 — RAG/ Saarbergwerke AG/Preussag Anthrazit).

2) Verwijst de Commissie in haar eigen kosten, alsook in die van verzoekster, met uitsluiting van de kosten die aan verzoekster zijn opgekomen door de interventies van RAG Aktiengesellschaft en de Bondsrepubliek Duitsland.

3) Verstaat dat RAG Aktiengesellschaft en de Bondsrepubliek Duitsland hun eigen kosten zullen dragen.

Vesterdorf Vilaras Forwood

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 31 januari 2001.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf