

DOMSTOLENS DOM

31. marts 1998^{*}

I de forenede sager C-68/94,

Den Franske Republik ved kontorchef Edwige Belliard, kontorchef Catherine de Salins og fuldmægtig Jean-Marc Belorgey, alle Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg på Frankrigs Ambassade, 8 B, boulevard Joseph II,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Berend Jan Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat Jacques Bourgeois, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøgt,

støttet af

Forbundsrepublikken Tyskland ved afdelingschef Ernst Röder og ekspeditionssekretær Bernd Kloke, begge Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtigede, D-53107 Bonn,

intervenient,

^{*} Processprog: fransk.

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 94/449/EF af 14. december 1993 om en procedure i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (sag IV/M.308 — Kali+Salz/MdK/Treuhand) (EFT 1994 L 186, s. 38),

og C-30/95,

Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) og Entreprise minière et chimique (EMC) ved advokat Charles Price, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains,

sagsøgere,

støttet af

Den Franske Republik ved kontorchef Edwige Belliard, kontorchef Catherine de Salins og fuldmægtig Jean-Marc Belorgey, alle Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg på Frankrigs Ambassade, 8 B, boulevard Joseph II,

intervenient,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Berend Jan Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat Jacques Bourgeois, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøgt,

støttet af

Kali und Salz GmbH og Kali und Salz Beteiligungs-AG ved advokaterne Karlheinz Quack, Berlin, og Georg Albrechtskirchinger, Frankfurt am Main, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Marc Loesch, 11, rue Goethe,

intervenienter,

hvor der dels er nedlagt påstand om delvis annullation af artikel 1 i Kommissionens beslutning 94/449/EF af 14. december 1993 om en procedure i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (sag IV/M.308 — Kali+Salz/MdK/Treuhand) (EFT 1994 L 186, s. 38), for så vidt som erklæringen om, at fusionen er forenelig med fællesmarkedet, er gjort betinget af, at de i 63. betragtning opstillede betingelser opfyldes, dels om delvis annullation af beslutningen, for så vidt som Kommissionen accepterede det tilsagn om senest den 30. juni 1994 at omorganisere selskabet Potacan, som Kali und Salz AG i henhold til 65. betragtning havde afgivet,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G. C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene C. Gulmann (refererende dommer) og H. Ragnemalm samt dommerne G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch og P. Jann,

generaladvokat: G. Tesauro
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 12. marts 1996, hvorunder Den Franske Republik i de forenede sager C-68/94 og C-30/95 var repræsenteret af kontorchef Jean-François Dobelle, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og Jean-Marc Belorgey, Kommissionen i de forenede sager C-68/94 og C-30/95 af Berend Jan Drijber, bistået af advokat Jacques Bourgeois, Forbundsrepublikken Tyskland i sag C-68/94 af Ernst Röder, Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) og Entreprise minière et chimique (EMC) i sag C-30/95 af advokat Charles Price, og Kali und Salz GmbH og Kali und Salz Beteiligungs-AG i sag C-30/95 af advokaterne Karlheinz Quack og Georg Albrechtskirchinger,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 6. februar 1997,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

- 1 Den 14. juli 1993 modtog Kommissionen i overensstemmelse med artikel 4, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT 1990 L 257, s. 14, herefter »forordningen«) anmeldelse om en planlagt fusion mellem Kali und Salz AG (herefter »K+S«), der er et datterselskab inden for kemikaliekoncernen BASF, og Mitteldeutsche Kali AG (herefter »MdK«), hvis eneste aktionær, Treuhandanstalt (herefter »Treuhand«), er en offentligretlig institution, som har til opgave at reorganisere de statsejede virksomheder i det tidligere DDR.

- 2 K+S er hovedsagelig aktiv inden for produktion af kali og stensalt samt affaldsbortskaffelse. MdK samler alle det tidligere DDR's aktiviteter inden for kali og stensalt.

- 3 Ifølge fusionsplanen skulle MdK omdannes til et anpartsselskab (MdK GmbH), hvortil K+S skulle overføre sine kali- og stensaltaktiviteter, mens Treuhand skulle indskyde 1 044 mio. DEM. K+S og Treuhand fik andele på henholdsvis 51% og 49% af stamkapitalen og stemmerettighederne i dette joint venture-selskab.

- 4 Ved skrivelse af 5. august 1993 meddelte Kommissionen deltagerne i den planlagte fusion, at den i medfør af forordningens artikel 7, stk. 2, og artikel 18, stk. 2, havde truffet beslutning om, at gennemførelsen af fusionen skulle udskydes, indtil Kommissionen havde vedtaget en endelig beslutning.

- 5 Den 16. august 1993 besluttede Kommissionen i medfør af forordningens artikel 6, stk. 1, litra c), at indlede den såkaldte detaljerede undersøgelse, idet den anmeldte fusion ifølge Kommissionen rejste alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet.

- 6 Den 13. oktober 1993 orienterede Kommissionen i overensstemmelse med forordningens artikel 18 de deltagende parter om de punkter, der var fremført imod dem. Ifølge Kommissionen kunne den anmeldte planlagte fusion skabe en kollektiv dominerende stilling på markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland og Spanien.

- 7 På baggrund af denne meddelelse af klagepunkter afgav de deltagende parter over for Kommissionen visse tilsagn for at imødekomme Kommissionens betænkeligheder med hensyn til, at fusionen ville føre til en situation med oligopolistisk dominans på det relevante marked.
- 8 Kommissionen forelagde dernæst et udkast til beslutning for Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser, som er nedsat i medfør af forordningens artikel 19, stk. 3 ff. På sit møde den 3. december 1993 afgav udvalget i overensstemmelse med flertallets opfattelse en positiv udtalelse (EFT 1994 C 199, s. 5).
- 9 Ved beslutning 94/449/EF af 14. december 1993 om en procedure i henhold til forordning nr. 4064/89 (sag IV/M.308 — Kali+Salz/MdK/Treuhand) (EFT 1994 L 186, s. 38, herefter »den omtvistede beslutning« eller »beslutningen«) erklærede Kommissionen den planlagte fusion forenelig med fællesmarkedet, idet den dog i medfør af forordningens artikel 8, stk. 2, andet afsnit, stillede den betingelse, at bestemte forpligtelser, som de deltagende parter havde påtaget sig over for Kommissionen, blev overholdt. I henhold til den nævnte bestemmelse kan Kommissionen »til sin beslutning [hvorefter den erklærer en fusion for forenelig med fællesmarkedet] knytte betingelser og påbud med henblik på at sikre, at de pågældende virksomheder overholder de forpligtelser med henblik på at ændre den oprindelige fusionsplan, som de har påtaget sig over for Kommissionen«.
- 10 Det relevante produktmarked omfatter i henhold til afgrænsningen i den omtvistede beslutning de produkter, der fremstilles på basis af kalisalt til brug inden for landbruget, herunder kali til direkte brug i landbruget og til producenter af blandingsgødninger. Hvad angår det geografisk relevante produktmarked identificerede Kommissionen to særskilte markeder, nemlig det tyske marked og markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland.
- 11 For så vidt angår det tyske marked fastslog Kommissionen i 46. betragtning til den omtvistede beslutning, at den planlagte fusion ville føre til et de facto-monopol, idet K+S' og MdK's markedsandele var på henholdsvis 79% og 19%, og den

konkluderede i 50. betragtning, at K+S' dominerende stilling på det tyske kalimarked ville blive styrket efter den planlagte fusion. Kommissionen nåede imidlertid på grundlag af teorien om »failing company defence« frem til, at det ikke var den planlagte fusion i sig selv, der forårsagede denne styrkelse af K+S' dominerende stilling på det tyske marked. Den fastslog i den forbindelse i 95. betragtning til den omtvistede beslutning, at »failing company defence«-betingelserne er opfyldt, idet »denne styrkelse af K+S' dominerende stilling også vil finde sted uden fusionen, eftersom MdK inden længe vil blive tvunget til at trække sig ud af markedet, hvis virksomheden ikke overtages af en anden, hvorefter MdK's markedsandel vil tilfalde K+S, og eftersom det praktisk taget kan udelukkes, at en anden virksomhed end K+S vil overtage MdK eller en væsentlig del af MdK« (jf. også 71. betragtning til beslutningen). Kommissionen tilføjede i øvrigt i 95. betragtning, at i betragtning af de alvorlige strukturproblemer i de østtyske regioner, der blev berørt af den planlagte fusion, og de formentlig alvorlige konsekvenser, en lukning af MdK ville få for disse regioner, var den konklusion, Kommissionen nåede frem til, tillige i overensstemmelse med det grundlæggende mål styrkelse af den økonomiske og sociale samhørighed i EF, der er nævnt i forordningens 13. betragtning.

- 12 For så vidt angår markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland anførte Kommissionen i 51. betragtning til den omtvistede beslutning, at efter den planlagte fusion ville to virksomheder indtage en dominerende stilling, nemlig K+S/MdK og Société commerciale des potasses et de l'azote (herefter »SCPA«), som er et datterselskab af den franske koncern Enterprise minière et chimique (herefter »EMC«), og som er aktivt inden for distribution af kali.
- 13 Kommissionens vurdering hviler dels på en konstatering af, at udbuddet uden for gruppen K+S/MdK og SCPA er meget spredt og stammer fra virksomheder, der ikke synes at være i stand til at angribe duopolets samlede markedsandel på ca. 60%, dels på en stærk formodning om, at der ikke kommer til at bestå nogen effektiv konkurrence mellem K+S/MdK og SCPA, både på grund af kalimarkedets særlige kendetegn, K+S' og SCPA's tidligere adfærd og de snævre forretningsmæssige bånd imellem dem, som går mange år tilbage. Disse relationer består i det væsentlige af: a) kontrollen over et joint venture-selskab i Canada, Potacan, som K+S og SCPA hver ejer 50% af; b) samarbejdet i eksportkartellet Kali-Export GmbH (herefter »Kali-Export«), der er et østrigsk selskab med hjemsted i Wien,

som koordinerer medlemmernes afsætning af kaliprodukter i tredjelande, og som K+S, MdK, EMC/SCPA og den spanske kalivirksomhed Coposa deltager i med hver 25%; c) de mangeårige forbindelser, som indebærer, at SCPA gennemfører praktisk taget alle K+S' leverancer til Frankrig (jf. 54.-61. betragtning til den omtvistede beslutning).

- 14 Under disse omstændigheder fastslog Kommissionen i 57. og 62. betragtning, at fusionen, som indebar overtagelse af den næststørste producent i EF, MdK's andel af markedet i EF undtagen Tyskland, ville føre til, at der opstod et dominerende duopol på markedet bestående af K+S/MdK og SCPA.
- 15 For at undgå, at Kommissionen erklærede fusionen mellem K+S og MdK uforenelig med fællesmarkedet, afgav deltagerne i fusionen over for Kommissionen visse tilsagn, som i 63. betragtning til den omtvistede beslutning er formuleret således:

»— *Kali-Export GmbH, Wien*

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

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

— *Salg*

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

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

Det var netop i betragtning af disse tilsagn, at Kommissionen — som nævnt i nærværende doms præmis 9 — erklærede den planlagte fusion forenelig med fællesmarkedet.

- 16 I 65. betragtning til den omtvistede beslutning nævnes det, at K+S havde taget Kommissionens indsigelser angående fusionens negative indvirkning på konkurrenceforholdene til efterretning og afgivet tilsagn om senest den 30. juni 1994 at omorganisere Potacan på en sådan måde, at begge parter herefter hver især ville kunne afsætte kali fra Potacan uafhængigt af den anden part på markedet i EF. Det understreges dog i 67. betragtning til beslutningen, at Kommissionen ikke fandt det nødvendigt at gøre dette tilsagn til genstand for et formelt påbud, idet det tilføjes: »Skulle det trods alle bestræbelser ikke lykkes for K+S at nå til enighed med EMC, må der inden for rammerne af proceduren [for anmeldelse af aftalerne om Potacan] efter [Rådets] forordning nr. 17 [af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter 'forordning nr. 17')] findes en tilfredsstillende løsning på de konkurrenceretlige problemer, der beror på joint venture-selskabet Potacan's nuværende struktur«.

- 17 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 18. februar 1994 har Den Franske Republik i medfør af EF-traktatens artikel 173 anlagt sag med påstand om annullation af den omtvistede beslutning (sag C-68/94).
- 18 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 9. september 1994 er der givet Forbundsrepublikken Tyskland tilladelse til at intervenere i denne sag til støtte for Kommissionens påstande.
- 19 Ved stævning indleveret til Retten i Første Instans' Justitskontor den 25. februar 1994 har SCPA og EMC i medfør af traktatens artikel 173 anlagt sag med påstand om delvis annullation af den omtvistede beslutning.
- 20 I forbindelse med sidstnævnte søgsmål har Rettens præsident ved kendelse af 10. maj 1994 i sagen Société commerciale des potasses et de l'azote og Entreprise minière et chimique mod Kommissionen (sag T-88/94 R, Sml. II, s. 263) udsat gennemførelsen af artikel 1 i den omtvistede beslutning, for så vidt den kan indebære en opløsning af Kali-Export, indtil der er afsagt kendelse til endelig afgørelse af sagen om foreløbige forholdsregler, idet begæringen om foreløbige forholdsregler ikke i øvrigt blev taget til følge.
- 21 Ved kendelse afsagt af Rettens præsident den 15. juni 1994 i sagen Société commerciale des potasses et de l'azote og Entreprise minière et chimique mod Kommissionen (sag T-88/94 R, Sml. II, s. 401) er gennemførelsen af artikel 1 i den omtvistede beslutning blevet udsat, for så vidt det heri pålægges K+S/MdK at trække sig ud af Kali-Export, indtil Retten har afsagt dom i hovedsagen.
- 22 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 7. juli 1994 er der givet Den Franske Republik tilladelse til at intervenere i sag T-88/94 til støtte for sagsøgernes påstande.

- 23 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Anden Udvidede Afdeling den 18. januar 1995 er der givet Kali und Salz Beteiligungs-AG (tidligere K+S) og Kali und Salz GmbH (tidligere MdK, herefter »de intervenerende virksomheder«) tilladelse til at intervenere i sag T-88/94 til støtte for Kommissionens påstande.
- 24 Eftersom det i de for Domstolen og Retten anlagte sager er den samme retsakt, hvis gyldighed anfægtes, har Retten ved kendelse afsagt af Anden Udvidede Afdeling den 1. februar 1995 erklæret sig inkompetent i sag T-88/94, Société commerciale des potasses et de l'azote og Entreprise minière et chimique mod Kommissionen (Sml. II, s.221), således at Domstolen kan træffe afgørelse om annullationspåstanden. Sagen er registreret på Domstolens Justitskontor den 8. februar 1995 som sag C-30/95.
- 25 På grundlag af den refererende dommers rapport har Domstolen efter at have hørt generaladvokaten besluttet at indlede den mundtlige forhandling i de to sager uden forudgående bevisoptagelse.

Parternes påstande

Sag C-68/94

- 26 Den Franske Republik har nedlagt følgende påstande:
- Den omtvistede beslutning annulleres.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

27 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Den Franske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

28 Forbundsrepublikken Tyskland, som er intervenseret til støtte for Kommissionens påstande, har nedlagt følgende påstand:

— Frifindelse.

Sag C-30/95

29 SCPA og EMC har nedlagt følgende påstande:

— Artikel 1 i den omtvistede beslutning annulleres delvis, for så vidt som erklæringen om, at fusionen er forenelig med fællesmarkedet, er gjort betinget af, at de i 63. betragtning opstillede betingelser opfyldes.

— Den omtvistede beslutning annulleres delvis, for så vidt som Kommissionen accepterede det tilsagn, som K+S i henhold til 65. betragtning havde afgivet om senest den 30. juni 1994 at omorganisere selskabet Potacan, således at begge aktionærer i dette selskab uafhængigt af den anden ville kunne afsætte kali fra Potacan inden for Fællesskabet.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— De intervenerende virksomheder tilpligtes at bære deres egne omkostninger.

30 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises.

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

31 Den Franske Republik, som er intervereret til støtte for sagsøgernes påstande, har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgernes påstande om delvis annullation af den omtvistede beslutning tages til følge.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

32 De intervererende virksomheder Kali und Salz Beteiligungs-AG og Kali und Salz GmbH, som har efterfulgt henholdsvis K+S og MdK, har støttet Kommissionens påstande og nedlagt påstand om, at de sagsøgende selskaber tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Forening af sagerne C-68/94 og C-30/95

33 På grundlag af de to sagers forbindelse med hinanden, som er blevet bekræftet under den mundtlige forhandling, bør de i henhold til procesreglementets artikel 43 forenes med henblik på den endelige dom.

Formaliteten (sag C-30/95)

34 Samtidig med sin stillingtagen til realiteten har Kommissionen nedlagt påstand om afvisning af det af SCPA og EMC anlagte annullationssøgsmål. Til støtte for denne påstand har Kommissionen for det første bestridt, at der kan anlægges sag med påstand om delvis annullation i det foreliggende tilfælde, for det andet anført, at de sagsøgende selskaber hverken er umiddelbart eller individuelt berørt af den omtvistede beslutning, og for det tredje gjort gældende, at tilsagnet angående selskabet Potacan, som Kommissionen blot tog til efterretning, ikke har karakter af en beslutning.

Delvis annullation

35 Kommissionen har anført, at en delvis annullation — om det kun er af en af de betingelser, der er knyttet til erklæringen om fusionens forenelighed med fællesmarkedet — vil ændre selve kernen i den omtvistede beslutning, idet betingelserne for at tillade fusionen ikke længere ville være opfyldt. Kommissionen ville derfor være nødsaget til at tilbagekalde beslutningen i dens helhed.

36 De sagsøgende selskaber har derimod gjort gældende, at de omtvistede betingelser kan udskilles fra resten af beslutningen, og at en annullation af betingelserne blot medfører, at beslutningen gøres betingelsesløs. Forordningens artikel 8, stk. 5, som giver Kommissionen hjemmel til at tilbagekalde sin beslutning, hvis deltagerne ikke opfylder et tilsagn, kan derfor ikke anvendes.

37 Hertil bemærkes, at som anført af generaladvokaten i punkt 26 i forslaget til afgørelse, må denne påstand behandles samtidig med realiteten, idet det således vil kunne undersøges, om en eventuel annullation af betingelserne vil påvirke resten af beslutningen på en sådan måde, at den må annulleres i sin helhed.

Søgsmålskompetence

- 38 Kommissionen har gjort gældende, at i henhold til traktatens artikel 173 kan private kun anlægge annullationssøgsmål til prøvelse af en beslutning fra institutionerne, der er rettet til andre private, såfremt de er umiddelbart og individuelt berørt af beslutningen. Ifølge Kommissionen er hverken SCPA eller EMC umiddelbart og individuelt berørt af den omtvistede beslutning.
- 39 Kommissionen har i denne forbindelse anført, at i modsætning til hvad der kræves efter fast retspraksis (jf. dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org. ref.: Rec. s. 197, og af 24.2.1987, sag 26/86, Deutz und Geldermann mod Rådet, Sml. s. 941), rammes de sagsøgende selskaber ikke på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten. Selskaberne, som er nævnt ved navn i den omtvistede beslutning, deltog ikke i proceduren ved Kommissionen, hvorfor de ikke kan betragtes som individuelt berørt af beslutningen. Kommissionen har herved navnlig gjort gældende, at i strid med de kriterier, der blev opstillet i dommen af 28. januar 1986 i sagen Cofaz m.fl. mod Kommissionen (sag 169/84, Sml. s. 391), var selskaberne ikke inddraget i proceduren fra begyndelsen, ligesom deres redegørelser i vidt omfang ikke var afgørende for procedurens forløb. Desuden rammer den omtvistede beslutning SCPA som aktionær i Kali-Export på samme måde som den anden aktionær i kartellet, Coposa, mens EMC ikke under henvisning til, at selskabet er aktionær i et selskab, der er involveret i en fusionsbeslutning, kan gøre gældende, at selskabet er individuelt berørt af beslutningen (Rettens dom af 28.10.1993, sag T-83/92, Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1169). Kommissionen har endelig anført, at det forhold, at EMC ejer 50% af aktierne i Potacan, ikke er tilstrækkeligt til, at selskabet kan anses for individuelt berørt af beslutningen, idet tilsagnet angående Potacan ikke har karakter af en beslutning.
- 40 De intervenerende virksomheder har anført, at det kun er dem, der er berørt af de af Kommissionen stillede betingelser. Betingelserne kan højst indirekte berøre de sagsøgende selskabers interesser, hvilket efter retspraksis ikke er tilstrækkeligt til,

at de kan anlægge søgsmål til prøvelse af de pågældende betingelser (dom af 18.3.1975, sag 72/74, Union syndicale Service public européen m.fl. mod Rådet, Sml. s. 401, og af 28.10.1982, sag 135/81, Groupement des agences de voyages mod Kommissionen, Sml. s. 3799).

- 41 De sagsøgende selskaber har til støtte for, at sagerne bør antages til realitetsbehandling, først gjort gældende, at de ikke alene er nævnt ved navn i den omtvistede beslutning, men også spiller en vigtig rolle i Kommissionens argumentation og begrundelse.
- 42 De har dernæst anført, at der ved afgørelsen af, om en virksomhed er individuelt berørt af en beslutning, efter retspraksis, navnlig dommen i sagen Cofaz m.fl. mod Kommissionen, dels skal tages hensyn til det tab, der er forvoldt den pågældende virksomhed, dels til den rolle, virksomheden har spillet under proceduren ved Kommissionen.
- 43 For så vidt angår spørgsmålet om tab har de sagsøgende selskaber anført, at SCPA har lidt et sådant tab på grund af opløsningen af Kali-Export, som er en direkte følge af, at K+S har måttet trække sig ud af Kali-Export. Tilsvarende medfører forpligtelsen for K+S til at bringe forhandleraftalerne med SCPA til ophør nødvendigvis et tab for dette selskab. Desuden er Kommissionens accept af K+S' tilsagn om at omorganisere Potacan ensbetydende med et påbud om en opdeling af produktionen, som vil være til stor skade for EMC og Potacan, men som derimod vil kunne være ganske fordelagtig for K+S. I relation til den anden af de betingelser, der er opstillet i dommen i sagen Cofaz m.fl. mod Kommissionen, finder de sagsøgende selskaber det godtgjort, at de begge deltog i den procedure, som førte til den omtvistede beslutning.
- 44 SCPA og EMC er endelig af den opfattelse, at beslutningen rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem.

- 45 De har nærmere anført, at SCPA i vidt omfang er afhængig af Kali-Export i forbindelse med sine salg til storeksport, hvorved selskabet klart adskiller sig fra Coposa. Mellem 50 og 60% af SCPA's eksport foretages gennem Kali-Export, og salget til storeksport udgør i sig selv ca. 15% af det samlede salg. SCPA's situation adskiller sig også fra Coposa's, fordi den franske virksomhed er berørt af betingelsen om opsigelse af de bestående forhandlraftaler mellem virksomheden og K+S og af tilsagnet angående selskabet Potacan. Under alle omstændigheder fremgår det ikke af dommen i sagen Plaumann mod Kommissionen, at to eller flere personer ikke kan være individuelt berørt af samme beslutning. Domstolen har tværtimod i flere afgørelser besluttet, at søgsmål, der var anlagt af flere personer, alle kunne antages til realitetsbehandling (dommen i sagen Cofaz m.fl. mod Kommissionen, dom af 13.5.1971, forenede sager 41/70-44/70, International Fruit Company m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1971, s. 83, org. ref.: Rec. s. 411, og af 14.11.1984, sag 323/82, Intermills mod Kommissionen, Sml. s. 3809).
- 46 Ifølge de sagsøgende selskaber er EMC individuelt berørt af den omtvistede beslutning, som dels indebærer, at K+S skal foreslå ændringer af selskabet Potacan's organisation, som vil være til skade for både Potacan og EMC, dels medfører en opløsning af Kali-Export, således at EMC-koncernen ikke længere har noget salgsnet i forbindelse med storeksporten. I øvrigt ejer EMC alle aktierne i SCPA.
- 47 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt den omtvistede beslutning berører de sagsøgende selskaber umiddelbart, har selskaberne gjort gældende, at både SCPA's udtræden af Kali-Export og opsigelsen af de bestående forhandlraftaler mellem SCPA og K+S er en direkte følge af beslutningen.
- 48 Indledningsvis bemærkes, at en fysisk eller juridisk person i henhold til traktatens artikel 173, stk. 4, kun kan anlægge søgsmål til prøvelse af en beslutning, der er rettet til en anden person, såfremt beslutningen berører ham umiddelbart og individuelt. Eftersom den omtvistede beslutning er rettet til K+S, MdK og Treuhand, skal det undersøges, om de sagsøgende selskaber er umiddelbart og individuelt berørt af beslutningen.

- 49 Hvad først angår spørgsmålet, om den omtvistede beslutning berører de sagsøgende selskaber umiddelbart, må det fastslås, at de betingelser, der er knyttet til erklæringen om fusionens forenelighed med fællesmarkedet, vedrører nogle tilsagn, som deltagerne i fusionen har afgivet over for Kommissionen, og hvis overholdelse både retligt og faktisk påvirker SCPA's situation. Således skaber opfyldelsen af betingelsen om, at K+S/MdK skal trække sig ud af Kali-Export, tvivl om, hvorvidt dette eksportkartel overhovedet vil kunne overleve, og dermed navnlig med hensyn til SCPA's stilling, idet dette selskab ikke har noget salgsnet med henblik på at afsætte sine produkter på de store eksportmarkeder. Desuden indebærer opfyldelsen af den anden betingelse i den omtvistede beslutnings artikel 1, at forhandleraftalerne mellem SCPA og K+S opsiges.
- 50 For så vidt angår EMC fremgår det af den omtvistede beslutning, at Kommissionen har antaget, at dette selskab sammen med SCPA udgør én og samme virksomhed. EMC anses navnlig i 64. betragtning til beslutningen for sammen med SCPA at være den egentlige adressat for forpligtelsen angående Kali-Export, og det på trods af, at det formelt kun er SCPA, der deltager i det pågældende kartel. Forvekslingen af de to selskaber skyldes konkret, at EMC ejer alle andelene i SCPA. EMC kan derfor i øvrigt ikke være anderledes stillet end SCPA i relation til søgsmålskompetencen.
- 51 Endelig bemærkes, at de betingelser, der er knyttet til Kommissionens beslutning, ganske vist kun kan berøre de sagsøgende selskabers interesser, for så vidt som deltagerne i fusionen overholder de tilsagn, der henvises til, men der er ingen tvivl om, at når deltagerne i fusionen over for Kommissionen har afgivet tilsagn om at træffe bestemte foranstaltninger mod til gengæld at få erklæret fusionen forenelig med fællesmarkedet, er de fast besluttede på at overholde deres tilsagn, navnlig fordi Kommissionen i henhold til forordningens artikel 8, stk. 5, litra b), kan tilbagekalde sin beslutning, hvis de deltagende virksomheder undlader at efterkomme et til beslutningen knyttet påbud (jf. dom af 17.1.1985, sag 11/82, Piraiki-Patraiki m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 7, 8 og 9).

- 52 SCPA og EMC må derfor betragtes som umiddelbart berørt af den omtvistede beslutning, for så vidt som den indeholder de i nærværende doms præmis 49 nævnte betingelser.
- 53 Hvad dernæst angår spørgsmålet, om de sagsøgende selskaber også er individuelt berørt, bemærkes først, at, som Domstolen fastslog i dommen i sagen Plaumann mod Kommissionen, kan andre personer end en beslutnings adressater kun påstå, at de berøres individuelt, hvis beslutningen rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaterne.
- 54 Da der efter Domstolens praksis i denne forbindelse lægges vægt på den rolle, de fysiske eller juridiske personer har spillet under den administrative procedure (jf. dom af 20.3.1985, sag 264/82, Timex mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 849, og dommen i sagen Cofaz m.fl. mod Kommissionen, præmis 24), skal det først bemærkes, at de sagsøgende selskaber blev hørt under den administrative procedure ved Kommissionen, og at Kommissionen tog hensyn hertil, da den traf den omtvistede beslutning. Det fremgår navnlig af sagens akter, at Kommissionen på baggrund af de betænkeligheder, de pågældende selskaber havde givet udtryk for, undlod at gøre det tilsagn, deltagerne i fusionen havde afgivet angående Potacan, til genstand for en formel betingelse for at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet.
- 55 Endvidere fremgår det af selve ordlyden af den omtvistede beslutning, særlig 51.-64. betragtning, at EMC/SCPA's situation i forbindelse med den omhandlede fusion klart adskiller sig fra de øvrige kalileverandørers situation. De betingelser, der er knyttet til erklæringen om forenelighed med fællesmarkedet, er således et resultat af den vurdering, som Kommissionen anlagde af konkurrencesituationen efter fusionen, hvorved den navnlig tog hensyn til EMC/SCPA's situation som en del af et duopol med K+S/MdK.

56 Endelig synes disse betingelser, som sigter mod, at forbindelserne mellem K+S og EMC/SCPA ophæves, hovedsagelig at berøre EMC/SCPA's interesser og at kunne påvirke deres stilling på markedet væsentligt.

57 Under disse omstændigheder kan det forhold, at Coposa's interesser også berøres af en af de omhandlede betingelser, nemlig betingelsen om, at K+S/MdK skal trække sig ud af Kali-Export, ikke i sig selv være til hinder for, at de sagsøgende selskaber kan være individuelt berørt af den omtvistede beslutning, for så vidt som den indeholder de nævnte betingelser.

58 Det må således fastslås, at de sagsøgende selskaber er individuelt berørt af den omtvistede beslutning, for så vidt som Kommissionen heri opstiller de ovenfor omhandlede betingelser.

59 Det andet anbringende, Kommissionen har fremført til støtte for sin afvisningspåstand, må herefter forkastes.

Muligheden for at anfægte den omtvistede beslutning for så vidt angår tilsagnet angående selskabet Potacan

60 Kommissionen og de intervenerende virksomheder har anført, at den del af beslutningen, der vedrører tilsagnet angående selskabet Potacan, ikke kan sidestilles med en beslutning, der kan gøres til genstand for et søgsmål i medfør af traktatens artikel 173, idet den ikke kan have bindende retsvirkninger, som kan berøre de sagsøgende selskabers interesser. Dette tilsagn er nemlig ikke gjort til genstand for en formel betingelse i forordningens artikel 8, stk. 2's forstand. Kommissionen nævner blot, at den har taget K+S' tilsagn til efterretning.

- 61 Ifølge de sagsøgende selskaber må det af K+S afgivne og af Kommissionen accepterede tilsagn sidestilles med en betingelse i forordningens artikel 8, stk. 2's forstand, idet det skaber en forpligtelse for K+S. Efter selskabernes opfattelse må det pågældende tilsagn anses for at svare til det tilsagn, som de berørte virksomheder havde afgivet i den såkaldte »cellulose II«-sag (dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Ahlström Osaakehtiö m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1307), hvor Domstolen ifølge selskaberne sidestillede de forpligtelser, der ved tilsagnet blev skabt for de nævnte virksomheder, med de påbud om at bringe overtrædelser til ophør, som har hjemmel i artikel 3 i forordning nr. 17.
- 62 Hertil bemærkes, at der ifølge fast retspraksis foreligger retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmaal i medfør af traktatens artikel 173, når foranstaltningerne har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling (dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9).
- 63 Ved afgørelsen af, om en retsakt eller en beslutning har sådanne virkninger, skal der lægges vægt på indholdet.
- 64 Det fremgår af 65. og 67. betragtning til den omtvistede beslutning, at Kommissionen dels har taget K+S' tilsagn om senest den 30. juni 1994 at omorganisere Potacan, således at begge parter hver især vil kunne afsætte kali fra Potacan uafhængigt af den anden part på markedet i EF, til efterretning, uden dog at gøre det til genstand for et formelt påbud, dels er gået ud fra, at K+S vil bestræbe sig på at nå til enighed med EMC/SCPA om en omdannelse af Potacan, der opfylder de nævnte krav.
- 65 I 66. betragtning til beslutningen understreges det, at enhver omdannelse af Potacan kun kan finde sted i forståelse med EMC.

- 66 Det egentlige formål med K+S' tilsagn synes således at være, at der indledes forhandlinger med EMC/SCPA med henblik på en omdannelse af Potacan.
- 67 Selv hvis det antages, at den del af den omtvistede beslutning, der vedrører K+S' tilsagn angående Potacan, er retligt bindende for K+S, kan den derfor under ingen omstændigheder have bindende retsvirkninger, som kan berøre EMC/SCPA's interesser gennem en væsentlig ændring af deres retsstilling. EMC/SCPA's retsstilling kan nemlig i det konkrete tilfælde kun blive berørt, hvis de selv ønsker det. Det må derfor i det foreliggende tilfælde fastslås, at den del af den omtvistede beslutning, der vedrører tilsagnet angående Potacan, ikke berører EMC/SCPA umiddelbart.
- 68 Som anført af generaladvokaten i punkt 38 i forslaget til afgørelse, skal det herved dog også understreges, at den uklarhed, der har præget Kommissionens fremgangsmåde — som det fremgår af 67. betragtning til den omtvistede beslutning, der er henvist til i nærværende doms præmis 16 — har medført en uheldig sammenblanding af proceduren efter forordningen og proceduren i henhold til forordning nr. 17.
- 69 I betragtning af det således anførte må det tredje anbringende, Kommissionen har fremført til støtte for sin afvisningspåstand, tiltrædes.

Manglende søgsmålsinteresse

- 70 De intervenerende virksomheder har gjort gældende, at eftersom de to tilsagn, som de var bundet af i medfør af de betingelser, der blev stillet i den omtvistede beslutnings dispositive del, allerede er blevet opfyldt, har de sagsøgende selskaber ikke længere nogen interesse i, at Domstolen annullerer nogle betingelser, som således ikke længere er aktuelle. Kommissionen har derimod ikke bestridt, at de sagsøgende selskaber har søgsmålsinteresse.

- 71 De sagsøgende selskaber har anført, at det følger af dommen af 5. marts 1980 i sagen Könecke mod Kommissionen (sag 76/79, Sml. s. 665), at det forhold, at en beslutning er blevet gennemført, ikke udgør en hindring for et annullations-søgsmål, idet dette stadig kan være af interesse som grundlag for et eventuelt erstatningssøgsmål.
- 72 I denne henseende bemærkes, at det fremgår af artikel 37, stk. 4, i EF-statutten for Domstolen, at påstande, der fremsættes i en begæring om intervention, kun kan gå ud på at understøtte en af parternes påstande. Endvidere bestemmes det i procesreglementets artikel 93, stk. 4, at intervenienten indtræder i sagen, som den foreligger ved hans intervention. Heraf følger, at intervenienterne ikke har adgang til at påstå sagen afvist, og at Domstolen derfor ikke er forpligtet til at tage stilling til de anbringender, intervenienterne har gjort gældende i denne forbindelse (jf. dom af 15.6.1993, sag C-225/91, Matra mod Kommissionen, Sml. I, s. 3203, præmis 11 og 12).
- 73 Som understreget af Domstolen i kendelsen af 24. september 1987 i sagen Vlachou mod Revisionsretten (sag 134/87, Sml. s. 3633, præmis 6), kan Domstolen dog i henhold til procesreglementets artikel 92, stk. 2, til enhver tid af egen drift efterprøve, om sagen skal afvises, fordi ufravigelige procesforudsætninger ikke er opfyldt.
- 74 Uanset om de intervenierende virksomheders indsigelse må betragtes som et anbringende om, at en ufravigelig procesforudsætning ikke er opfyldt, må det fastslås, at selv hvor opfyldelsen af den forpligtelse, som den institution, fra hvilken en annulleret retsakt hidrører, har til at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger, på grund af omstændighederne måtte vise sig umulig, er annullationssøgsmålet dog stadig af interesse som grundlag for et eventuelt erstatningssøgsmål, jf. dommen i sagen Könecke mod Kommissionen, præmis 9.
- 75 På baggrund af ovenstående bemærkninger synes det under alle omstændigheder ikke at kunne godtgøres, at de sagsøgende selskaber ikke har søgsmålsinteresse.

Realiteten

Sagsøgernes anbringender

- 76 Den Franske Republik og de sagsøgende selskaber har henholdsvis nedlagt påstand om hel og delvis annullation af den omtvistede beslutning. De argumenter, de har fremført, er til dels sammenfaldende og kan indordnes i fire hovedanbringender, hvoraf de to første kun er gjort gældende af den franske regering. Da de to sidste anbringender er fælles, bør de behandles samlet. Det første anbringende går ud på, at Kommissionen ikke har opfyldt sin forpligtelse til at samarbejde med de nationale myndigheder. For det andet gøres det gældende, at Kommissionen har fejlbedømt fusionens virkninger på det tyske marked. For det tredje har Kommissionen ifølge sagsøgerne anlagt en fejlagtig vurdering af fusionen i relation til markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland. For det fjerde gøres det gældende, at forordningen ikke giver hjemmel til at knytte betingelser og påbud til erklæringen om forenelighed med fællesmarkedet, som rammer tredjemænd, der ikke deltager i fusionen.

A — Spørgsmålet om manglende opfyldelse af pligten til at samarbejde med de nationale myndigheder

- 77 Med dette anbringende gør den franske regering gældende, at Kommissionen ikke har opfyldt sine forpligtelser i henhold til forordningens artikel 19, hvorefter den dels skal handle i snæver og vedvarende forbindelse med medlemsstaternes kompetente myndigheder, herunder bl.a. hurtigst muligt tilstille disse kopi af de vigtigste dokumenter, som indsendes til Kommissionen eller udstedes af denne, dels skal sætte Det Rådgivende Udvalg i stand til at afgive sin udtalelse med fuldt kendskab til sagen.
- 78 I relation til den første forpligtelse anfører den franske regering, at Kommissionen ikke rettidigt gav de kompetente nationale myndigheder oplysninger, der var nød-

vendige som grundlag for en vurdering af, hvorvidt fastlæggelsen af de relevante markeder og bedømmelsen af fusionens konkurrencemæssige virkninger var korrekt. Der er konkret tale om nogle talangivelser, som Kommissionen lagde til grund i sin meddelelse om de fremførte indsigelser, og som vedrører hver enkelt virksomheds salg fordelt på medlemsstater, udtrykt i mængder. Efter gentagne anmodninger fra de franske myndigheder (Økonomiministeriets Direktorat for Konkurrencespørgsmål mv.) gav Kommissionen blot visse af de ønskede oplysninger pr. telefon. Den franske regering har anført, at selv om den nævnte franske myndighed derpå endnu en gang skriftligt anmodede Kommissionen om at få tilstillet samtlige relevante oplysninger og om en skriftlig bekræftelse af de oplysninger, der var givet mundtligt, fremsendte Kommissionen først den 3. december 1993, dvs. den dato, hvor mødet i Det Rådgivende Udvalg fandt sted, officielt de oplysninger, man havde anmodet om siden den 18. oktober samme år. Det dokument, som indeholdt oplysningerne, angav oven i købet fejlagtigt, at SCPA i Belgien-Luxembourg havde afsat 221 000 tons af de omhandlede produkter i stedet for 22 000.

- 79 I relation til den anden forpligtelse gør den franske regering gældende, at det var alt for sent, at tallene først blev fremsendt i forbindelse med Det Rådgivende Udvalgs møde. Efter regeringens opfattelse burde de pågældende oplysninger senest have været fremsendt sammen med det udkast til beslutning, der var vedlagt indkaldelsen af Det Rådgivende Udvalg. Udvalget skal indkaldes mindst fjorten dage før mødet. Herved afskar Kommissionen Det Rådgivende Udvalg fra at afgive en udtalelse vedrørende udkastet til beslutning på et tilstrækkeligt oplysningsgrundlag.
- 80 Den franske regering konkluderer, at Kommissionen tilsidesatte væsentlige formforskrifter i forbindelse med vedtagelsen af den omtvistede beslutning, og at det er sandsynligt, at den som følge heraf nåede frem til et andet resultat end det, den ville være nået frem til, hvis de pågældende regler var blevet overholdt (dom af 21.3.1990, sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959).
- 81 Kommissionen har bestridt, at oplysningerne om de mængder kali, de forskellige virksomheder, der opererer inden for Fællesskabet, solgte i hver enkelt medlemsstat, falder ind under begrebet de vigtigste dokumenter i proceduren ved Kommis-

sionen som omhandlet i forordningens artikel 19, stk. 1. Under alle omstændigheder blev oplysningerne givet med forbehold til de franske myndigheder pr. telefon den 5. november 1993, idet Kommissionens undersøgelse endnu ikke var afsluttet.

82 Kommissionen anfører, at meddelelsen af klagepunkterne, som blev tilstillet den franske regering den 14. oktober 1993, og udkastet til beslutning, som blev fremsendt den 16. november 1993, indeholder alle relevante oplysninger, herunder markedsandelene for de virksomheder, der opererer inden for Fællesskabet. Medlemsstaternes kompetente myndigheder havde derfor et tilstrækkeligt oplysningsgrundlag til at kunne udtale sig. Oplysningen om de afsatte mængder kali skulle udelukkende understøtte oplysningen om markedsandelene.

83 Slåfejlen i forbindelse med angivelsen af omfanget af SCPA's salg af kali i Belgien-Luxembourg har ifølge Kommissionen ikke kunnet påvirke Det Rådgivende Udvalgs udtalelse, da fejlen var åbenbar. Kommissionen har i den forbindelse henvist til, at den pågældende fejl hverken indvirkede på angivelsen af markedsandelene i den anden kolonne i den del af oversigten, der vedrører det belgisk-luxembourgiske marked, eller på det samlede salg på dette marked. Det er på denne baggrund ikke sandsynligt, at Det Rådgivende Udvalgs medlemmer, som er eksperter i fusionsspørgsmål, kunne blive vildledt af den nævnte slåfejl.

84 Det bemærkes, at Kommissionen i henhold til forordningens artikel 19, stk. 1, »inden tre arbejdsdage [skal sende] medlemsstaternes kompetente myndigheder kopi af anmeldelser og hurtigst muligt kopi af de vigtigste dokumenter, som indsendes til Kommissionen eller udstedes af denne i henhold til denne forordning«. I stk. 2 præciseres det, at »Kommissionen gennemfører de i denne forordning nævnte procedurer i snæver og vedvarende forbindelse med medlemsstaternes kompetente myndigheder, som har ret til at fremsætte deres bemærkninger til procedurerne«. Endelig foreskrives det i artikel 19, at repræsentanter for medlemssta-

ternes myndigheder skal deltage i et rådgivende ad hoc-udvalg, som skal afgive en udtalelse på grundlag af en sagsfremstilling med angivelse af de vigtigste dokumenter og et udkast til beslutning.

- 85 Det er ubestridt, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde rettidigt tilstillede de franske myndigheder og Det Rådgivende Udvalg såvel de indsigelser, der var blevet påpeget over for de parter, der havde anmeldt fusionsplanen, som udkastet til beslutning vedrørende den planlagte fusion.
- 86 Udkastet til beslutning indeholder imidlertid bl.a. følgende oplysninger:

Det tyske marked

- De tyske kaliproducenter har praktisk taget monopol på det tyske marked, som af forskellige grunde er et marked, som importerede produkter meget vanskeligt kan trænge ind på.

Markedet i EF undtagen Tyskland

- Coposa har en markedsandel på ca. 85% i Spanien. I modsætning til Tyskland importerer Spanien dog betydelige og stigende mængder kali fra den britiske producent Cleveland Potash Ltd (herefter »CPL«) og mindre mængder fra producenter i tredjelande, som f.eks. DSW (en israelsk producent).

- SCPA kontrollerer ikke salget i Frankrig på samme måde som K+S i Tyskland. Det er således lykkedes CPL at oprette sit eget salgsnet i Frankrig. I modsætning til hvad der er tilfældet i Tyskland, kan de kaligødningsprodukter, som kan produceres på basis af de franske kaliforekomster, også fås hos udbydere uden for Frankrig.

- K+S/MdK og SCPA har tilsammen en markedsandel på ca. 50% (K+S mellem 15% og 20%, MdK under 10% og SCPA ca. 25%). Når der tages højde for, at SCPA i betydeligt omfang også sælger kali fremstillet af andre producenter, navnlig kali importeret fra tredjelande, svarer det samlede salg, som kontrolleres af K+S/MdK og SCPA, til en markedsandel på tilsammen ca. 60%.

- Importen fra Sammenslutningen af Uafhængige Stater (SNG) udgør 8% (ca. 5%, når der ses bort fra den import fra SNG, der kanaliseres gennem SCPA).

- CPL har en markedsandel på 15%.

- Coposa har en markedsandel på under 10%.

- DSW har en markedsandel på lidt over 5%.

- PCA (en canadisk producent) har en markedsandel på under 5%.

- Canpotex (en canadisk producent) har en markedsandel på under 1%.

- APC (en jordansk producent) har en markedsandel på under 1%.

— Samtlige medlemsstater undtagen Tyskland importerer, uanset om de selv producerer kali, betydelige mængder heraf fra andre medlemsstater og undertiden fra tredjelande.

87 Under disse omstændigheder kan det dokument, som indeholder en detaljeret redegørelse for hver enkelt virksomheds salg fordelt på medlemsstater, ikke betragtes som et af de vigtigste dokumenter, som Kommissionen i medfør af forordningens artikel 19 havde pligt til hurtigst muligt at sende til medlemsstaternes kompetente myndigheder og til at angive i den sagsfremstilling, der skal ledsage indkaldelsen af Det Rådgivende Udvalg. Oplysningerne i det pågældende dokument kan nemlig ikke skabe tvivl om den markedssituation, der fremgår af de oplysninger, der er indeholdt i udkastet til beslutning og nævnt i nærværende doms præmis 86. Det samme gælder oplysningen i det nævnte dokument om, hvor meget kali SCPA afsatte i Belgien og Luxembourg, idet det som følge af de andre relevante talangivelser i dokumentet — som med rette påpeget af Kommissionen — var åbenbart, at oplysningen var fejlagtig.

88 Kommissionen findes herefter i det foreliggende tilfælde ikke at have tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til forordningens artikel 19.

89 Det første anbringende kan derfor ikke tiltrædes.

B — Spørgsmålet, om vurderingen af fusionens virkninger på det tyske marked er fejlagtig

90 Den franske regering har gjort gældende, at Kommissionen har anvendt forordningen forkert ved på grundlag af »failing company defence«-teorien betingelsesløst at tillade en fusion, der fører til, at der skabes et monopol på det tyske kalimarked.

- 91 Til støtte for, at den nævnte teori er anvendt fejlagtigt, har den franske regering henvist til, at der er tale om en teori, der udspringer af den amerikanske antitrustlovgivning, og hvorefter en fusion ikke kan betragtes som årsag til, at en dominerende stilling skabes eller styrkes, når følgende betingelser er opfyldt:
- a) En af de virksomheder, der deltager i fusionen, er i en sådan situation, at den inden for en nær fremtid næppe ville være i stand til at opfylde sine forpligtelser.
 - b) Der ville ikke være mulighed for at rekonstruere virksomheden som omhandlet i kapitel 11 i Bankruptcy Act.
 - c) Der findes ikke andre løsninger, der skader konkurrencevilkårene mindre end fusionen.
 - d) Den insolvente virksomhed ville forsvinde fra markedet, hvis fusionen ikke blev gennemført.
- 92 Kommissionen har imidlertid henholdt sig til failing company defence-teorien uden at tage alle de betingelser i betragtning, der er opstillet i den amerikanske antitrustlovgivning, særlig de under punkt a) og b) nævnte betingelser, selv om det kun gennem en anvendelse af samtlige de i amerikansk lovgivning opstillede betingelser kan garanteres, at der indføres en undtagelsesordning, der ikke fører til, at en allerede forringet konkurrencesituation forværres yderligere.
- 93 Den franske regering har anført, at Kommissionen, som skønnede, at MdK's markedsandel i Tyskland under alle omstændigheder ville tilfalde K+S, vilkårligt har indført et kriterium om overtagelse af markedsandele.

- 94 Regeringen gør gældende, at det forhold, at K+S overtager MdK's markedsandel, såfremt MdK forsvinder fra markedet, beviser, at det tyske marked er lukket for konkurrence, men overtagelsen giver ikke grundlag for at antage, at fusionen ikke er til skade for konkurrencen.
- 95 I øvrigt har Kommissionen ikke godtgjort, at de kriterier, den har anvendt — om at virksomheden ville forsvinde fra markedet, og at der ikke fandtes nogen anden mulighed for overtagelse, der vil virke mindre konkurrencebegrænsende — faktisk er opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- 96 Hvad angår påstanden om, at MdK uden fusionen ville forsvinde fra markedet, anfører den franske regering, at Kommissionen helt har set bort fra, at MdK gennem en selvstændig rekonstruktion med økonomisk støtte fra Treuhand under iagttagelse af EF-traktatens artikel 92 og 93 igen kunne gøres levedygtig.
- 97 Endelig har Kommissionen efter regeringens opfattelse ikke godtgjort, at der ikke fandtes nogen anden mulighed for overtagelse, der ville virke mindre konkurrencebegrænsende. Regeringen har i den forbindelse henvist til, at fagforeningsrepræsentanterne i MdK havde påpeget, at udbudsproceduren ikke havde den fornødne transparens.
- 98 For så vidt angår det forhold, at der ikke blev knyttet betingelser til tilladelsen til fusionen på det tyske marked, anfører den franske regering, at den omtvistede beslutning, for så vidt som Kommissionen herved uden at stille nogen betingelser tillader fusionen på det tyske marked, hvor joint venture-selskabet vil have en markedsandel på 98%, under alle omstændigheder hviler på en åbenbar fejlurdering og strider mod forordningens artikel 2, stk. 3. Det er nemlig indlysende, at fusionen styrker K+S' dominerende stilling i Tyskland, hvilket bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for en væsentlig del af fællesmarkedet.

- 99 Den franske regering har i denne forbindelse bemærket, at der ved bedømmelsen af fusioner ganske vist skal tages hensyn til den i EF-traktatens artikel 2 og artikel 3, litra j), nævnte målsætning om økonomisk og social samhørighed, som der også henvises til i 13. betragtning til forordningen, og som Kommissionen har påberåbt sig i beslutningen, men at den nævnte målsætning under ingen omstændigheder kan begrunde en tilladelse, der strider mod hovedformålet med Fællesskabets kontrol med fusioner, som er at beskytte konkurrencen. Kommissionen kunne kun have tilladt fusionen under henvisning til målsætningen om økonomisk og social samhørighed, hvis de virksomheder, der havde foretaget anmeldelsen, i lighed med selskabet Nestlé i Kommissionens beslutning 92/553/EØF af 22. juli 1992 om en procedure i henhold til forordning nr. 4064/89 (sag nr. IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (EFT L 356, s. 1, herefter »Nestlé/Perrier-beslutningen«) havde afgivet præcise og tilstrækkelige tilsagn med henblik på at åbne det relevante marked for konkurrence.
- 100 Kommissionen har anerkendt, at den i den omtvistede beslutning ikke i alle enkeltheder har fulgt den amerikanske teori om »failing company defence«. Den kan imidlertid ikke se, hvorledes dette skulle kunne påvirke beslutningens lovlighed.
- 101 Den finder desuden, at den i tilstrækkelig grad har godtgjort, at de kriterier, den opstillede ved anvendelsen af »failing company defence«-teorien, faktisk er opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- 102 Hvad angår risikoen for, at MdK hurtigt ville forsvinde fra markedet, hvis virksomheden ikke blev overtaget af en anden virksomhed, henviser Kommissionen til, at den i 76. og 77. betragtning til den omtvistede beslutning har fastslået, at Treuhand ikke i længden kunne forventes at ville dække tabene i en økonomisk ikke levedygtig virksomhed med statslige midler, og at der, selv om MdK ud fra socialt eller regionalt betonedede hensyn eller generelle politiske betragtninger måske ikke ville blive nedlagt lige med det samme, var en tilstrækkelig grad af sandsynlighed for, at det ville ske inden for nær fremtid.

- 103 Kommissionen har dernæst anført, at det ikke er blevet bestridt, at MdK's markedsandel i Tyskland efter al sandsynlighed ville tilfalde K+S.
- 104 Hvad angår betingelsen om, at der ikke fandtes nogen anden mulighed for overtagelse af MdK, der ville virke mindre konkurrencebegrænsende, henviser Kommissionen til 81.-90. betragtning til den omtvistede beslutning. Den finder i øvrigt ikke, at den franske regering har godtgjort, hvorledes den af fagforeningsrepræsentanterne i MdK rejste kritik skulle kunne skabe tvivl om Kommissionens vurdering. Desuden nøjedes Kommissionen ikke med at konstatere, at det på baggrund af udbuddet ikke havde været muligt at finde en anden køber, idet den selv foretog en supplerende undersøgelse.
- 105 For så vidt angår det forhold, at der ikke blev knyttet betingelser til tilladelsen til fusionen på det tyske marked, anfører Kommissionen, at den franske regering ikke har præciseret, hvilke tilsagn K+S og MdK kunne have afgivet for at åbne det tyske marked for konkurrence. Det argument, som den franske regering mener at kunne udlede af Nestlé/Perrier-beslutningen, er ikke relevant. Ifølge Kommissionen kunne fusionen i Nestlé/Perrier-sagen tillades på baggrund af bestemte tilsagn angående konkurrencestrukturen på det relevante produktmarked. I nærværende sag ville man imidlertid for at åbne det tyske marked for konkurrence ikke skulle ændre konkurrencestrukturen, men aftagernes adfærd. Også selv om det tyske marked havde kunnet åbnes ved hjælp af strukturelle ændringer, må det ifølge Kommissionen konstateres, at der ikke fandtes nogen anden mulighed for overtagelse af MdK, der ville virke mindre konkurrencebegrænsende.
- 106 Den tyske regering har anført, at efter forordningens artikel 2, stk. 3, kan en fusion kun forbydes, hvis den fører til en konkurrencebegrænsning. Der er imidlertid ikke nogen årsagsforbindelse mellem fusionen og dens virkninger på konkurrencen, såfremt der selv uden fusionen måtte forventes en tilsvarende konkurrencebegrænsning. Dette er tilfældet, når de tre betingelser, Kommissionen opstillede, er opfyldt.

- 107 Den tyske regering finder i modsætning til den franske regering, at Kommissionen i tilstrækkelig grad har godtgjort, at de betingelser, den opstillede, var opfyldt. For det første var MdK ikke levedygtig alene, dvs. at det ikke var muligt at sanere virksomheden og samtidig opretholde dens selvstændighed på markedet. Kommissionen har i 76. betragtning til den omtvistede beslutning givet en fyldestgørende begrundelse for, at MdK ikke på lang sigt havde kunnet saneres, hvis Treuhand havde beholdt andelen på 100%. For det andet er der ingen tvivl om, at MdK's markedsandel automatisk var blevet overtaget af K+S, da K+S ville have været den eneste virksomhed, der var tilbage på markedet, efter at MdK var forsvundet. Dette er i den konkrete sammenhæng en afgørende betingelse. For det tredje har den tyske regering anført, at Kommissionen har givet en udtømmende begrundelse for, at der ikke fandtes andre muligheder for overtagelse af MdK.
- 108 Hvad angår det forhold, at fusionen på det tyske marked blev godkendt uden betingelser eller påbud, har den tyske regering gjort gældende, at da der ikke var årsagsforbindelse mellem fusionen og styrkelsen af en dominerende stilling, var en af betingelserne for, at fusionen i henhold til forordningens artikel 2, stk. 3, kunne forbydes, ikke opfyldt. Fusionen skulle derfor tillades uden påbud eller betingelser.
- 109 Indledningsvis bemærkes, at forordningens artikel 2, stk. 2, har følgende ordlyd: »Fusioner, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet.«
- 110 Såfremt en fusion ikke medfører, at der skabes eller styrkes en dominerende stilling, der påvirker konkurrencesituationen på det relevante marked væsentligt, skal den således erklæres forenelig med fællesmarkedet.

111 Det fremgår af 71. betragtning til den omtvistede beslutning, at Kommissionen er af den opfattelse, at en fusion, der normalt måtte antages at føre til, at den overtagende virksomhed opnår eller får styrket en dominerende stilling, ikke kan anses for at være årsagen til en sådan situation, hvis den overtagende virksomhed alligevel ikke kunne undgå at opnå eller få styrket en sådan dominerende stilling, såfremt fusionen blev forbudt. Det hedder i samme betragtning, at en fusion normalt ikke kan antages at være årsagen til konkurrencebegrænsningen, når det kan fastslås,

— at den overtagne virksomhed inden længe vil blive tvunget ud af markedet, hvis den ikke overtages af en anden virksomhed

— at den overtagne virksomheds markedsandel, såfremt den må trække sig ud af markedet, vil tilfalde den overtagende virksomhed

— at der ikke findes noget andet overtagelsesalternativ, der vil virke mindre konkurrencebegrænsende.

112 Det skal for det første bemærkes, at det ikke i sig selv kan begrunde, at den omtvistede beslutning kendes ugyldig, at de betingelser, der ifølge Kommissionen skal være opfyldt, for at den kan konkludere, at der ikke er årsagsforbindelse mellem fusionen og konkurrencebegrænsningen, ikke er helt identiske med de betingelser, der er opstillet i forbindelse med den amerikanske teori om failing company defence. Beslutningen vil således kun kunne kendes ugyldig, såfremt de af Kommissionen opstillede betingelser ikke er af en sådan karakter, at det kan udelukkes, at en fusion er årsagen til konkurrencebegrænsningen på markedet.

113 I det foreliggende tilfælde bestrider den franske regering, at der kan lægges vægt på betingelsen om, at det skal undersøges, om den overtagende virksomhed under alle omstændigheder ville opnå den overtagne virksomheds markedsandel, hvis denne virksomhed forsvandt fra markedet.

- 114 Det må imidlertid fastslås, at uden en sådan betingelse ville en fusion — såfremt de øvrige betingelser er opfyldt — kunne anses for ikke at være årsagen til konkurrencebegrænsningen på markedet, selv om den overtagende virksomhed uden fusionen formentlig ikke ville opnå hele den overtagne virksomheds markedsandel. Det ville således kunne antages, at der ikke var årsagsforbindelse mellem fusionen og konkurrencebegrænsningen på markedet, selv om konkurrencebegrænsningen uden fusionen ville være mindre.
- 115 Formålet med den pågældende betingelse er at sikre, at det kun kan udelukkes, at der er årsagsforbindelse mellem fusionen og konkurrencebegrænsningen på markedet, såfremt den konkurrencebegrænsning, der er en følge af fusionen, ville være indtrådt i samme omfang selv uden fusionen.
- 116 Selv om betingelsen om overtagelse af markedsandelen ifølge Kommissionen ikke i sig selv kan antages at give tilstrækkeligt grundlag for at udelukke, at fusionen kan skade konkurrencen, er den pågældende betingelse således med til at sikre, at fusionen er neutral i forhold til konkurrencebegrænsningen på markedet, hvilket er i overensstemmelse med årsagsforbindelsesbegrebet i forordningens artikel 2, stk. 2.
- 117 Hvad angår argumentet om, at Kommissionen ikke har godtgjort, at MdK uden fusionen nødvendigvis ville være forsvundet fra markedet, bemærkes, at Kommissionen i 73. betragtning til den omtvistede beslutning har fastslået, at selv om omstruktureringen af MdK blev tilendebragt den 1. januar 1993, fortsatte virksomheden med at have betydelige tab i første kvartal. Ifølge Kommissionen var MdK's alvorlige økonomiske situation især et resultat af virksomhedens forældede driftsstruktur og den kraftige nedgang i afsætningen, som hovedsagelig skyldtes, at markederne i Østeuropa var faldet bort. Desuden manglede MdK et effektivt salgssapparat (jf. 74. og 75. betragtning til beslutningen).

- 118 I 76. betragtning til beslutningen anfører Kommissionen, at MdK kun havde kunnet overleve indtil da på grund af støtten fra Treuhand, som hele tiden havde dækket virksomhedens tab. Kommissionen tilføjer dog, at MdK's tab ikke i længden ville kunne dækkes af Treuhand med statslige midler, idet en sådan løsning under alle omstændigheder ville være uforenelig med traktatens bestemmelser om statsstøtte.
- 119 På denne baggrund kan der ikke rejses kritik af, at Kommissionen fastslog, at MdK ikke længere var økonomisk levedygtig, og at det var sandsynligt, at virksomheden, hvis den blev overladt til sig selv, ville fortsætte med at have tab, også selv om Treuhand stillede midler af samme størrelsesorden til rådighed til sanering af virksomheden som dem, der blev budgetteret med i forbindelse med den planlagte fusion.
- 120 Under disse omstændigheder findes Kommissionens bemærkning om, at der var stor sandsynlighed for, at MdK ville blive nedlagt inden for en nær fremtid, hvis virksomheden ikke blev overtaget af en privat virksomhed, ikke at savne det fornødne bevisgrundlag.
- 121 Hvad endelig angår betingelsen om, at der ikke fandtes noget andet overtagelsesalternativ, der ville virke mindre konkurrencebegrænsende, bemærkes, at den franske regerings argument støttes på, at Kommissionen på grund af manglende transparens under udbudsproceduren ikke har godtgjort, at denne betingelse faktisk var opfyldt.
- 122 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at fastslå, at den franske regering alene har anført, at fagforeningsrepræsentanter i MdK havde påpeget, at udbudsproceduren ikke var tilstrækkeligt transparent, men at regeringen ikke har præciseret, hvad den påståede mangel på transparens bestod i.

- 123 Da argumentet ikke er præciseret nærmere, kan det ikke tiltrædes.
- 124 Det følger af ovenstående bemærkninger, at sagsøgerne ikke findes at have godtgjort, at det var uberettiget at antage, at der ikke var årsagsforbindelse mellem fusionen og konkurrencebegrænsningen på det tyske marked. Det må herefter fastslås, at i relation til dette marked måtte fusionen antages at opfylde den i forordningens artikel 2, stk. 2, nævnte betingelse, og den kunne således erklæres forenelig med fællesmarkedet, som den var planlagt. På denne baggrund kunne det derfor — i modsætning til, hvad den franske regering har gjort gældende — ikke kræves, at Kommissionen i relation til det tyske marked knyttede nogen betingelser til sin erklæring om, at fusionen var forenelig med fællesmarkedet.
- 125 Det andet anbringende må herefter forkastes.

C — Spørgsmålet, om vurderingen af fusionen i relation til markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland er fejlagtig

- 126 Med dette anbringende har den franske regering samt SCPA og EMC anført, at Kommissionen for det første har foretaget en fejlagtig afgrænsning af det relevante geografiske marked uden for Tyskland, for det andet, at den uberettiget har fortolket forordningen således, at den omfatter en kollektiv dominerende stilling, og for det tredje, at den har anvendt begrebet kollektiv dominerende stilling forkert.

1. Afgrænsningen af det relevante geografiske marked

- 127 Ifølge sagsøgerne er fastlæggelsen af Fællesskabet undtagen Tyskland som et særskilt relevant geografisk marked for kali ikke tilstrækkeligt begrundet, og den er baseret på en fejlagtig og under alle omstændigheder ufuldstændig vurdering af de omstændigheder, der skal tages i betragtning. Kommissionen har i øvrigt sidestillet konkurrencesituationer, der er helt forskellige.

- 128 Således har Kommissionen ifølge sagsøgerne sidestillet stater, der ikke har nogen indenlandsk produktion, med stater, hvis produktion er højere end eller lig med forbruget, som f.eks. Spanien og Det Forenede Kongerige, og stater, hvor produktionen er lavere end forbruget, som f.eks. Frankrig.
- 129 Den franske regering har anført, at næsten hele samhandelen inden for Fællesskabet består af ensrettede handelsstrømme og ikke af indbyrdes samhandel, som ellers kendetegner et virkelig homogent marked. Regeringen har nærmere anført, at medlemsstater, der ikke har nogen produktion, kun importerer, at Spanien kun importerer fra, men ikke eksporterer til Det Forenede Kongerige, at Frankrig importerer fra Tyskland, Spanien og Det Forenede Kongerige, men praktisk taget intet eksporterer til de nævnte lande, og endelig at Det Forenede Kongerige importerer betydelige mængder fra Tyskland, men kun eksporterer ubetydelige mængder dertil.
- 130 Endvidere er medlemsstaternes købsstrategier forskellige. Således er Frankrigs import fordelt stort set ligeligt på de tre andre producerende stater, ligesom Frankrig også importerer fra tredjelande. Derimod hidrører Det Forenede Kongeriges import i det væsentlige fra Tyskland. Blandt de stater, der ikke har nogen indenlandsk produktion, importerer Irland og Portugal udelukkende kali med oprindelse i Fællesskabet, hvorimod Danmark, Belgien og Luxembourg importerer omkring en fjerdedel af deres forbrug fra tredjelande, og Italien og Nederlandene over halvdelen.
- 131 En nærmere vurdering af leverandørernes markedsandele giver ifølge den franske regering endnu et bevis på, at det relevante marked ikke er homogent. De pågældende markedsandele varierer betydeligt fra medlemsstat til medlemsstat. Det er således kun K+S, der er repræsenteret i alle medlemsstaterne, dog undtagen i Spanien.

- 132 I øvrigt er udbuddet særdeles koncentreret i Spanien, Frankrig og Belgien-Luxembourg. Denne omstændighed taler ifølge den franske regering i princippet for, at de markeder, hvor dette er tilfældet, udskilles.
- 133 Den franske regering har tilføjet, at selv en nærmere vurdering af, hvad der er karakteristisk for efterspørgslen, bekræfter, at der i den foreliggende sag ikke kan tales om et relevant geografisk marked bestående af samtlige medlemsstater undtagen Tyskland. Kommissionens bedømmelse af produkternes substituerbarhed er fejlagtig, idet udbuddet af kaliprodukter afhænger af jordbundens geologiske sammensætning, af landbrugsarealets størrelse, af forbrugernes vaner og den førte landbrugspolitik og af, om der findes kaliindustrivirksomheder på det pågældende område. Således sælges der næsten dobbelt så meget kali i Det Forenede Kongerige som i Italien og tre gange så meget i Belgien-Luxembourg som i Nederlandene, stater, der har nogenlunde samme størrelse. I Portugal sælges der tolv gange så lidt kali som i Danmark.
- 134 Sagsøgerne har bestridt, at den undersøgelse af transportomkostningerne og kalipriserne inden for det relevante marked, som Kommissionen har foretaget, er holdbar. For så vidt angår transportomkostningerne har Kommissionen i det væsentlige blot anført, at de ikke synes at lægge hindringer i vejen for handelsstrømmene. Navnlig kan den omstændighed, at der ikke er nogen eksport fra Det Forenede Kongerige til Italien og heller ikke fra Spanien til Nederlandene eller Danmark, rejse tvivl om, hvorvidt transportomkostningerne ikke skulle spille nogen rolle for forsyningerne. Med hensyn til priserne har Kommissionen ikke foretaget en sammenlignende undersøgelse af de priser, de forskellige virksomheder anvender i hver enkelt medlemsstat. Den franske regering har påpeget, at Kommissionen alene har baseret sine vurderinger med hensyn til transportomkostningerne og priserne på nogle oplysninger, som K+S er fremkommet med, og på nogle statistikker, der er fem år gamle.
- 135 Den franske regering har tilføjet, at Kommissionen burde have udskilt det spanske og franske marked, der som følge af de særlige forhold, der gør sig gældende dér, udviser konkurrencevilkår, som ikke kan sammenlignes med dem, der findes i de øvrige medlemsstater. Det spanske marked har således kendetegn svarende til dem,

der findes på det tyske marked, mens det franske marked klart skiller sig ud fra alle de andre nationale markeder ved, at produktionen er mindre end forbruget, og ved, at der er en enkelt, meget dominerende virksomhed.

- 136 Heroverfor har Kommissionen anført, at det ikke medfører en fejlagtig afgrænsning af det relevante geografiske marked, at der til et og samme marked henføres medlemsstater, der ikke har nogen indenlandsk produktion, eller hvis indenlandske produktion enten er højere eller lavere end forbruget. Det forhold, at handelsstrømmene på det således afgrænsede geografiske marked kun går i én retning, er efter gængs økonomisk opfattelse ikke til hinder for, at markedet kan være homogent for så vidt angår konkurrencevilkårene.
- 137 Kommissionen har endvidere anført, at den omstændighed, at producenter fra ét geografisk område ikke i samme grad er til stede på markedet i et andet geografisk område, kan forklares ud fra leverandørernes salgsstrategi, idet de af forskellige grunde kan foretrække at koncentrere deres indsats om et bestemt geografisk område. Det forhold, at medlemsstaterne hævdes at anvende bestemte købsstrategier, betyder ikke i sig selv, at konkurrencevilkårene ikke er tilstrækkeligt homogene.
- 138 For så vidt angår argumentet om, at der er betydelige forskelle på leverandørernes markedsandele i de forskellige medlemsstater, har Kommissionen fastholdt, at sådanne forskelle ikke i sig selv kan antages at være et bevis på, at leverandører ikke kan trænge ind på markederne, og at der derfor er tale om særskilte geografiske markeder. Dette kriterium er således ikke en afgørende faktor med henblik på afgrænsningen af det relevante geografiske marked.
- 139 Den relativt høje koncentration af udbuddet, der findes i visse medlemsstater, er ifølge Kommissionen heller ikke et kriterium, der er afgørende med henblik på at afgrænse et særskilt marked, navnlig ikke, såfremt der er betydelige handelsstrømme mellem de pågældende medlemsstater.

- 140 For så vidt angår spørgsmålet om, hvad der er karakteristisk for efterspørgslen efter kaliprodukter, har Kommissionen fremhævet, at den allerede har fastslået, at der er en høj grad af substituerbarhed, eftersom aftagerne ikke i nogen medlemsstat, bortset fra Tyskland, klart foretrækker lokalt fremstillede produkter, og at alle producenter i Fællesskabet inden for den pågældende sektor kan fremstille de forskellige kaliprodukter. Kommissionen har endvidere fremhævet, at selv om der er betydelige udsving mellem de mængder kali, der forbruges i de forskellige medlemsstater, sælges der ikke ubetydelige mængder kali i hele Fællesskabet uden for Tyskland. I den foreliggende sag er der således ingen holdepunkter for at antage, at efterspørgselsstrukturen giver formodning for, at der er tale om særskilte nationale markeder.
- 141 Kommissionen har bestridt, at dens analyse af transportomkostningerne har været overfladisk eller fejlagtig, og anført, at de manglende handelsstrømme mellem producentlande og importørlande ikke nødvendigvis skyldes transportomkostningerne. På den anden side viser den omstændighed, at der er samhandel mellem visse lande, der ikke er nabolande, at transportomkostningerne ikke udelukker en sådan samhandel. For så vidt angår kalipriserne i de forskellige medlemsstater, bortset fra Tyskland, har Kommissionen anført, at de udviser ubetydelige forskelle. Således er den maksimale prisforskel mellem medlemsstaterne, bortset fra Tyskland, på 10%, mens den i forhold til Tyskland i intet tilfælde er mindre end 15%.
- 142 Endelig har Kommissionen påpeget, at hverken det spanske eller det franske marked kan betragtes som særskilte relevante markeder. For så vidt angår det spanske marked har Kommissionen fremhævet, at med en importandel på 16% er markedet mere åbent end det tyske marked, hvor importen kun udgør 2% af markedet. I øvrigt er importandelen på det spanske marked stigende, hvilket er til skade for Coposa's markedsandel. Endvidere kan de spanske kaliprodukter i vidt omfang substitueres med kaliprodukter fra de øvrige medlemsstater, bortset fra Tyskland. Endelig er der ingen større forskel mellem kalipriserne i Spanien og i resten af Fællesskabet, bortset fra Tyskland. Med hensyn til det franske marked har Kommissionen gjort opmærksom på, at dette i endnu højere grad end det spanske marked forsynes via import. De bemærkninger, Kommissionen er fremkommet med for så vidt angår de spanske kaliprodukters priser og deres substituerbarhed, gælder med de fornødne ændringer også for de franske produkter. Kommissionen

har også understreget, at de afsætningsmåder, der anvendes i de nævnte to lande, svarer til dem, der anvendes i resten af Fællesskabet, bortset fra Tyskland.

- ¹⁴³ Indledningsvis bemærkes, at det med henblik på enhver form for vurdering af, hvilken betydning en fusion har for konkurrencen, er nødvendigt, at der forinden foretages en korrekt definition af det relevante marked. For så vidt angår anvendelsen af forordningen i den foreliggende sag bemærkes, at det relevante geografiske marked er et nærmere afgrænset geografisk område, hvor det omtvistede produkt markedsføres, og hvor konkurrencevilkårene er tilstrækkeligt ensartede for alle de erhvervsdrivende til, at der kan foretages en rimelig vurdering af den anmeldte fusions virkninger på konkurrencen (jf. dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 11 og 44).
- ¹⁴⁴ Det står fast, at alle medlemsstaterne, bortset fra Tyskland, importerer betydelige mængder kali fra andre medlemsstater og undertiden fra tredjelande. Således importerer Spanien, hvis producent, Coposa, er den af alle producenter i Fællesskabet, der har bedst fodfæste på hjemmemarkedet, mere end 15% af den mængde kali, der sælges på det spanske marked. Frankrig importerer mere end 20% af sit forbrug, mens Det Forenede Kongeriges importandel overstiger 50%. De øvrige medlemsstater, bortset fra Tyskland, har ingen egen produktion og er derfor henvist til import.
- ¹⁴⁵ Som det fremgår af 53. og 56. betragtning til den omtvistede beslutning, har kali-producenterne fra tredjelande en fri markedsandel i Fællesskabet, bortset fra Tyskland, på ca. 15%. Dette bekræftes i øvrigt af tallene i det i nærværende doms præmis 78 ff. omtalte dokument, som indeholder en detaljeret redegørelse for hver enkelt virksomheds salg fordelt på medlemsstater, og som blev fremlagt under den administrative procedure.

- 146 Et geografisk område som det, der omhandles i den foreliggende sag, er i princippet et område, der er åbent for konkurrence, idet kali fra såvel Fællesskabet som tredjelande mærkbart har kunnet trænge ind på området.
- 147 I øvrigt er det ubestridt, at aftagerne i de forskellige medlemsstater, bortset fra Tyskland, køber kaliprodukter, som stort set er indbyrdes substituerbare, og at de ikke har præferencer for specialprodukter, der kun kan fås hos lokale producenter.
- 148 Endvidere fremgår det af oplysninger fra De Forenede Nationers Levnedsmiddel- og Landbrugsorganisation, at der i perioden 1987-1989 med hensyn til kalipriserne ikke var større udsving fra den ene medlemsstat til den anden, bortset fra Tyskland, hvorimod de tyske priser lå mere end 20% over priserne i de øvrige medlemsstater. Ifølge parternes oplysninger lå K+S' priser i 1992 på »korn-kali« (et magnesiumholdigt kaliprodukt) og kaligranulat 40/8 f.eks. i Belgien og Nederlandene på stort set samme niveau, men henholdsvis 15 og 20% under priserne i Tyskland på de samme produkter (jf. 43. betragtning til den omtvistede beslutning). Selv om disse oplysninger — som fremhævet af den franske regering — kun er omtrentlige, er de dog i mangel af bevis for det modsatte et indicium for, at kalipriserne inden for Fællesskabet, bortset fra Tyskland, er relativt ensartede og afviger væsentligt fra priserne i Tyskland.
- 149 Som Kommissionen har anført, synes transportomkostningerne ikke at lægge hindringer i vejen for samhandelen inden for Fællesskabet, bortset fra Tyskland. Dette underbygges af, at der er samhandel mellem lande, som ikke er nabolande, som f.eks. mellem Det Forenede Kongerige og Spanien, mellem Spanien og Irland, Spanien og Italien, Spanien og Belgien-Luxembourg, mellem Tyskland og Irland, Tyskland og Portugal, Tyskland og Italien og mellem Frankrig og Nederlandene.

150 Endelig bemærkes, at sagsøgerne ikke har bestridt det af Kommissionen anførte om, at der ikke synes at være adgangsbarrierer i afsætningsleddet for produkterne inden for Fællesskabet, bortset fra Tyskland, der kan sammenlignes med de barrierer, der findes i Tyskland.

151 Herefter og i mangel af afgørende oplysninger om det modsatte findes den af Kommissionen foretagne økonomiske vurdering, hvorefter Fællesskabet undtagen Tyskland udgør en tilstrækkelig ensartet helhed til, at det under ét må betragtes som et særskilt geografisk marked, tilstrækkelig underbygget, navnlig i forhold til det tyske marked, hvor importen er ubetydelig, idet K+S og MdK har en markedsandel på 98%.

2. Spørgsmålet, om forordningen omfatter en kollektiv dominerende stilling

152 Den franske regering og de sagsøgende selskaber har gjort gældende, at forordningen ikke indeholder hjemmel til, at Kommissionen kan anvende den i situationer, hvor der er tale om en kollektiv dominerende stilling. De har nærmere anført, at til forskel fra EF-traktatens artikel 86 tager forordningen og navnlig dens artikel 2 ikke udtrykkeligt sigte på situationer med en kollektiv dominerende stilling. Mens det i traktatens artikel 86 fastslås, at »en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling ... er ... forbudt«, hedder det i forordningens artikel 2, at fusioner, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, der begrænser konkurrencen, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet, og at fusioner, der skaber eller styrker en sådan stilling, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.

153 I øvrigt kan hjemmelen for forordningen ikke begrunde den fortolkning, Kommissionen har anlagt. Forordningen er således ikke en retsakt til gennemførelse af traktatens artikel 86. Ifølge den franske regering har forordningen navnlig hjemmel i EF-traktatens artikel 235, og når den også har hjemmel i traktatens artikel 87,

som indeholder bemyndigelse for Rådet til at udstede fornødne forordninger eller direktiver om anvendelsen af principperne i artikel 85 og 86, er det — selv om Domstolen har fastslået, at artikel 86 kan anvendes med henblik på at kontrollere visse virksomhedssammenslutninger (jf. dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215) — netop fordi den begrænser anvendelsesområdet, idet det bl.a. i forordningens artikel 22, stk. 1, er fastsat, at »kun denne forordning finder anvendelse på fusioner efter artikel 3«.

154 I øvrigt giver intet i forarbejderne til forordningen holdepunkter for at antage, at fællesskabslovgiver også har haft situationer med en kollektiv dominerende stilling i tankerne. Såfremt det antoges, at sådanne situationer også var omfattet af forordningen, ville det være ensbetydende med, at der herved blev indført et særdeles vidt og navnlig meget usikkert spillerum for forbud og betingede tilladelser. Den franske regering finder således, at såfremt fællesskabslovgiver, for hvem det ikke mindst var vigtigt at varetage virksomhedernes retssikkerhed, havde villet indføre dette begreb i forordningen, ville det være sket udtrykkeligt, således som det er tilfældet i traktatens artikel 86.

155 Ifølge EMC og SCPA bevirker den fortolkning af forordningen, som Kommissionen har foreslået, at forordningens opbygning fordrejes. Til støtte for synspunktet har selskaberne anført, at Kommissionens fortolkning kan føre til, at forordningen bringes i anvendelse, selv når de berørte virksomheders markedsandel ikke overstiger 25%, hverken inden for det fælles marked eller inden for en væsentlig del heraf, hvilket er i strid med 15. betragtning til forordningen. I den pågældende betragtning hedder det, at der kan foreligge et tegn på, at fusioner ikke er tilbøjelige til at hindre den effektive konkurrence og derfor kan anses for at være forenelige med det fælles marked, når de berørte virksomheders markedsandel ikke overstiger 25%, hverken inden for det fælles marked eller inden for en væsentlig del heraf.

156 Endelig er den omstændighed, at der ikke er rimelige proceduremæssige garantier for tredjemand, ifølge sagsøgerne en bekræftelse på, at forordningen ikke er blevet udarbejdet for at være grundlag for anvendelse af begrebet kollektiv dominerende stilling. De virksomheder, som står uden for en fusion, der undersøges i henhold til forordningen, men som sammen med de virksomheder, der deltager i fusionen,

ifølge Kommissionen udgør et oligopol, får ikke fra begyndelsen tilstillet nogen konkrete oplysninger, hvoraf de kan udlede, hvilke følger den verserende procedure kan have for dem. Den franske regering har anført, at selv om Kommissionen eller medlemsstaternes kompetente myndigheder i medfør af forordningens artikel 18, stk. 4, første punktum, kan indhente udtalelser fra tredjemand, hvilket i givet fald vil sige repræsentanter for selskaber, der står uden for fusionen, er et sådant skridt imidlertid ikke obligatorisk, og når det foretages, er det rent uformelt, og der gives ikke de samme garantier som dem, der er fastsat med hensyn til høring af deltagerne i fusionen. Da forholdet endvidere er det, at tredjemænd, der antages at indgå i en kollektiv dominerende stilling, ikke underrettes om, hvilken afgørelse Kommissionen påtænker at træffe, vil de heller ikke effektivt kunne udnytte den i forordningens artikel 18, stk. 4, andet punktum, fastsatte mulighed for at anmode om at måtte afgive udtalelse.

- 157 Heroverfor har Kommissionen anført, at det ikke på grundlag af forordningens ordlyd kan udelukkes, at den også kan tjene som grundlag for at forhindre, at der opstår en kollektiv dominerende stilling, eller at en sådan stilling forstærkes. Efter forordningens artikel 2, stk. 3, er den dominerende stilling knyttet til fusionen, og ikke til de berørte virksomheder, og bestemmelsen omhandler virkningerne af den påtænkte fusion på konkurrencestrukturen og tager således sigte på en objektiv situation.
- 158 Kommissionen har endvidere anført, at den omstændighed, at såvel traktatens artikel 87 som artikel 235 er anvendt som hjemmel for forordningen, beviser, at for så vidt angår kontrollen med situationer, hvor der er tale om en dominerende stilling for oligopoler, har forordningen til formål at udfylde et hul på konkurrenceområdet, som er opstået som en følge af traktatens artikel 85 og 86.
- 159 Ifølge Kommissionen er der intet i forarbejderne, der giver holdepunkter for at antage, at Rådet har villet udelukke, at forordningen kan være hjemmel for at forhindre situationer med kollektiv dominans på markedet, dvs. situationer, hvor dominansen er forbundet med, at der findes flere økonomiske enheder, der er snævert forbundet med hinanden. Kommissionen har mindet om, at da det viste sig, at medlemsstaternes delegationer ikke var enige med hensyn til spørgsmålet om kontrol med oligopoler, nåede man frem til en aftale om en neutral formulering, som lod spørgsmålet stå åbent. Det er denne formulering, der i den endelige udgave blev anvendt i forordningens artikel 2.

- 160 Kommissionen har tilføjet, at den fortolkning, den franske regering forfægter, vil medføre, at efter forordningens vedtagelse vil fusioner, som tidligere var omfattet af en kontrol med oligopoler i visse medlemsstater, fremover kun være omfattet af kontrol på fællesskabsplan med hensyn til, om der er tale om en individuel dominans.
- 161 Ifølge Kommissionen indeholder de proceduremæssige regler om anvendelse af forordningen i vidt omfang en beskyttelse af tredjemands interesser, idet tredjemand efter bestemmelserne kan fremkomme med sine synspunkter. Kommissionen har påpeget, at en beslutning om godkendelse af en fusion, også selv om der til beslutningen er knyttet betingelser og påbud, hvilket forordningens artikel 8, stk. 2, hjemler mulighed for, under alle omstændigheder kun er bindende for deltagerne i fusionen. Sådanne betingelser og påbud har nemlig til formål at sikre, at deltagerne i fusionen overholder de tilsagn, de har afgivet over for Kommissionen. Subsidiært har Kommissionen anført, at da retten til at blive hørt er et grundlæggende fællesskabsretligt princip, som også skal anvendes, selv om det ikke er fastsat udtrykkeligt, kan det ikke af den omstændighed, at tredjemands ret til kontradiktion ikke er omtalt, udledes, at det har været hensigten, at forordningen ikke skulle omfatte foranstaltninger, der kan berøre tredjemands interesser.
- 162 Endelig har Kommissionen påpeget, at muligheden for at forbyde en fusion, som forstærker et markeds oligopolistiske karakter, dels følger af den økonomiske teori, hvorefter konkurrence, såfremt nærmere angivne betingelser er opfyldt, ikke fungerer hensigtsmæssigt på et oligopolistisk marked, dels af nødvendigheden af at bevare og udvikle en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet, jf. forordningens artikel 2, stk. 1, litra a).
- 163 Den tyske regering har anført, at forordningen omfatter tilfælde, hvor der er tale om en kollektiv dominerende stilling, bl.a. fordi forordningen er et supplement til traktatens artikel 85 og 86, og fordi den er blevet udstedt med henblik på at nå det generelle mål, der er opstillet i EØF-traktatens artikel 3, litra f) [nu EF-traktatens artikel 3, litra g)]. Forordningen skal således hjemle mulighed for en effektiv kontrol med fusioner, som kunne være uforenelige med en ordning uden konkurrencefordrejning. En sådan kontrol vil kun være effektiv, såfremt der er hjemmel for at forhindre fusioner, der kan føre til, at en dominerende stilling skabes eller styrkes, uanset om det er en eller flere virksomheder, der indtager en sådan stilling.

- 164 Den tyske regering har tilføjet, at såfremt forordningen blev fortolket således, at dens anvendelsesområde var begrænset til at omfatte tilfælde, hvor det kun var én virksomhed, der udnyttede sin dominerende stilling, ville det medføre, at fusioner gennemført efter udstedelsen af forordningen, som tidligere var undergivet en medlemsstats kontrol, ikke længere ville være genstand for kontrol.
- 165 For det første bemærkes, at det må fastslås, at sagsøgernes argument om, at valget af hjemler for forordningen i sig selv taler for, at forordningen ikke omfatter tilfælde, hvor der er tale om en kollektiv dominerende stilling, må forkastes. Som generaladvokaten har fremhævet i punkt 83 i sit forslag til afgørelse, kan traktatens artikel 87 og 235 i princippet anvendes som hjemmel for bestemmelser, hvorefter der præventivt kan gribes ind over for fusioner, der skaber eller styrker en kollektiv dominerende stilling, som kan skade konkurrencen betydeligt.
- 166 For det andet bemærkes, at det ikke kan udledes af ordlyden af forordningens artikel 2, at forordningen kun omfatter fusioner, der skaber eller styrker en individuel dominerende stilling, dvs. en dominerende stilling, der indtages af deltagerne i fusionen. Det forhold, at forordningens artikel 2 omhandler »fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling«, er ikke i sig selv til hinder for, at forordningen kan bringes i anvendelse i situationer, hvor fusioner skaber eller styrker en kollektiv dominerende stilling, dvs. en dominerende stilling, der indtages af deltagerne i fusionen sammen med en virksomhed, der står uden for fusionen.
- 167 Hvad for det tredje angår spørgsmålet om forarbejderne til forordningen, fremgår det af sagen, at de ikke kan siges at give klart udtryk for, hvilken rækkevidde forordningens forfattere har villet tillægge udtrykket »dominerende stilling«. Forarbejderne kan således ikke give relevante oplysninger med henblik på fortolkningen af det omtvistede begreb (jf. dom af 1.6.1961, sag 15/60, Simon mod Domstolen, Sml. 1954-1964, s. 253, org. ref.: Rec. s. 223).

- 168 Da der herefter ikke på grundlag af en fortolkning af ordlyden af eller forhistorien til forordningen, særlig dennes artikel 2, kan tages stilling til den nøjagtige rækkevidde heraf med hensyn til spørgsmålet om, hvilken form for dominerende stilling der sigtes til, må bestemmelserne fortolkes på grundlag af deres formål og almindelige opbygning (jf. dom af 7.2.1979, sag 11/76, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. s. 245, præmis 6).
- 169 Som det fremgår af de første to betragtninger til forordningen, er det ved udstedelsen af forordningen lagt til grund, at målsætningen om at gennemføre en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes, er nødvendig for gennemførelsen af det indre marked i 1992 og dets senere udbygning.
- 170 Endvidere fremgår det af sjette, syvende, tiende og ellefte betragtning til forordningen, at i modsætning til traktatens artikel 85 og 86 har det været tanken, at forordningen skulle omfatte alle fusioner af fællesskabsdimension, for så vidt som de på baggrund af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet vil kunne vise sig at være uforenelige med den ordning uden konkurrencefordrejning, som traktaten tilsigter.
- 171 En fusion, der skaber eller styrker en dominerende stilling for de berørte parter og en virksomhed, der står uden for fusionen, kan vise sig at være uforenelig med den ordning uden konkurrencefordrejning, traktaten tilsigter. Såfremt det antoges, at kun fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling for deltagerne i fusionen, er omfattet af forordningen, ville det formål, der forfølges med den, således som det bl.a. fremgår af ovennævnte betragtninger, delvis blive undergravet. Forordningen ville i så fald miste en ikke ubetydelig del af sin effektive virkning, uden at dette er en nødvendig følge af den almindelige opbygning af den fællesskabsretlige ordning om kontrol med fusioner.
- 172 Det må herved fastslås, at hverken argumentet om, at der ikke er de fornødne proceduremæssige garantier, eller det argument, der støttes på 15. betragtning til forordningen, kan rejse tvivl om, at forordningen finder anvendelse på situationer, hvor der er tale om kollektiv dominans som følge af en fusion.

- 173 For så vidt angår det første af de nævnte argumenter bemærkes, at det ikke udtrykkeligt er fastsat i forordningen, at virksomheder, der står uden for fusionen, og som betragtes som modpolen til det dominerende oligopol, skal gives mulighed for i fornødent omfang at fremkomme med deres synspunkter, når Kommissionen påtænker at knytte betingelser eller påbud, som konkret er bebyrdende for dem, til »godkendelsen« af den nævnte fusion. Det samme gør sig gældende i den situation, hvor Kommissionen påtænker at knytte betingelser eller påbud, der er bebyrdende for udenforstående virksomheder, til en fusion, som kun skaber eller styrker en individuel dominerende stilling.
- 174 Selv om det antages, at Kommissionens konstatering af, at den påtænkte fusion skaber eller styrker en kollektiv dominerende stilling mellem de berørte virksomheder på den ene side og en udenforstående virksomhed på den anden, i sig selv kan være bebyrdende for sidstnævnte virksomhed, må det fremhæves, at under enhver procedure, som kan munde ud i en retsakt, der indeholder et klagepunkt mod en nærmere angiven person, er retten til kontradiktion et grundlæggende fællesskabsretligt princip, som skal overholdes, selv om der ikke er fastsat nogen bestemmelser vedrørende den pågældende procedure (jf. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, og af 24.10.1996, sag C-32/95 P, Kommissionen mod Lisrestal m.fl., Sml. I, s. 5373, præmis 21).
- 175 Henset til dette princip og til det ovenfor beskrevne formål med forordningen kan den omstændighed, at fællesskabslovgiver ikke i forordningen udtrykkeligt har fastsat en procedure, som sikrer retten til kontradiktion for udenforstående virksomheder, som sammen med de virksomheder, der deltager i fusionen, antages at indtage en kollektiv dominerende stilling, ikke betragtes som et afgørende bevis for, at forordningen ikke omfatter situationer, hvor der er tale om en kollektiv dominerende stilling.
- 176 For så vidt angår det andet argument må det fastslås, at den i 15. betragtning til forordningen fremførte formodning for, at fusioner, hvor de berørte virksomheders markedsandel ikke overstiger 25%, er forenelige med fællesmarkedet, ikke er blevet nærmere uddybet i forordningens dispositive del.

- 177 Navnlig under hensyntagen til de faktiske markedsforhold, der er baggrunden for 15. betragtning til forordningen, må betragtningen fortolkes således, at en fusion, hvorved alle de deltagende virksomheder ikke opnår en markedsandel på mindst 25% af referencemarkedet, må antages hverken at skabe eller styrke en konkurrencestridig dominerende stilling for de pågældende virksomheder.
- 178 Det følger af det anførte, at tilfælde, hvor der er tale om en kollektiv dominerende stilling, ikke falder uden for forordningens anvendelsesområde.

3. Kommissionens konstatering af, at der i den foreliggende sag er tale om en kollektiv dominerende stilling

- 179 Med denne tredje del af anbringendet har såvel den franske regering som EMC og SCPA gjort gældende, at Kommissionens begrundelse for, at der skulle være skabt et dominerende duopol, er baseret på en fejlagtig vurdering af de faktiske og retlige omstændigheder, og at den under alle omstændigheder er utilstrækkelig. Kommissionen har baseret sin analyse af den kollektiv dominerende stilling på kriterier, som ikke er de samme som dem, der ifølge retspraksis vedrørende traktatens artikel 86 skal lægges til grund, og den har endvidere begået åbenbare fejl i forbindelse med anvendelsen af de kriterier, den selv har defineret i andre beslutninger med henblik på at fastslå, om der skabes en kollektiv dominerende stilling.
- 180 Heroverfor har Kommissionen anført, at de kriterier, den har anvendt i den omtvistede beslutning, ikke er i strid med dem, den har benyttet i andre beslutninger, som har drejet sig om en kollektiv dominerende stilling. Med henblik på at godtgøre, at der i den foreliggende sag er tale om en kollektiv dominerende stilling, har Kommissionen i det væsentlige lagt tre kriterier til grund, nemlig koncentrationsgraden på markedet, således som den ifølge Kommissionen vil være efter fusionen, strukturelle forhold vedrørende markedets karakter og produktets kendetegn, samt de strukturelle bånd mellem de berørte virksomheder. Kommissionen har desuden bestridt, at de kriterier, der skal lægges til grund ved afgørelsen af, om der er tale

om en kollektiv dominerende stilling, er de samme ved anvendelsen af traktatens artikel 86 som ved anvendelsen af forordningen. For så vidt angår artikel 86 skal der ifølge Kommissionen lægges vægt på fortidige forhold, mens den vurdering, der skal foretages på grundlag af forordningen, er centreret om fremtidige forhold, idet forordningen har til formål at opretholde en effektiv konkurrence og ikke at bringe et misbrug af en dominerende stilling til ophør.

a) Koncentrationsgraden på markedet

181 Den franske regering og de sagsøgende selskaber har anført, at koncentrationsgraden på markedet ikke er steget væsentligt, idet K+S og SCPA's markedsandele er steget fra 54% til 61% som følge af fusionen. Ifølge den franske regering har Kommissionen været forudindtaget, idet der for det første ikke er taget hensyn til, at antallet af konkurrenter på markedet kun faldt fra ti til ni som følge af fusionen, og for det andet ikke er taget fornødent hensyn til den betydning, som to store virksomheder, nemlig CPL og Coposa, har.

182 Heroverfor har Kommissionen anført, at den i høj grad har taget markedsandelene for alle producenter i Fællesskabet og producenter i tredjelande i betragtning. Kommissionen har ikke undladt at tage hensyn til, at CPL og Coposa er på markedet, men fastslået, at disse to producenter i Fællesskabet ikke ville kunne øge deres afsætning yderligere med henblik på at erobre en del af markedet fra K+S/MdK og SCPA.

b) Betingelsen om, at en konkurrent forsvinder

183 Den franske regering har anført, at det fremgår af Nestlé/Perrier-beslutningen, at Kommissionen ved vurderingen af, om der er skabt en kollektiv dominerende stilling, tillægger det særlig betydning, om fusionen medfører, at der forsvinder en konkurrent, som i kraft af sin størrelse og sin stilling på markedet er af afgørende betydning for en effektiv konkurrence. I den foreliggende sag er det imidlertid

åbenbart, at K+S' overtagelse af MdK ikke medfører, at en sådan konkurrent forsvinder. MdK har således kun en andel på 7% af det relevante marked. I øvrigt har Kommissionen ikke i den omtvistede beslutning behandlet spørgsmålet om MdK's »betydelige produktionskapacitet«, som den har henvist til i svarskriftet.

184 Da Kommissionen endvidere fandt, at MdK var i store vanskeligheder, burde den ifølge den franske regering have konkluderet, at MdK ikke var en konkurrent, hvis forsvinden ville medføre en væsentlig ændring af markedsstrukturene, som kunne føre til, at der opstod et duopol.

185 Med henvisning til 120. betragtning til Nestlé/Perrier-beslutningen har Kommissionen anført, at det ved vurderingen af, om begrænsningen af antallet af producenter skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om der er tale om en kollektiv dominerende stilling, er af afgørende betydning, om den pågældende begrænsning blot er udtryk for en rent kosmetisk ændring i markedsstrukturen. Dette er netop tilfældet med hensyn til K+S' overtagelse af MdK. Kommissionen har således påpeget, at MdK har en betydelig produktionskapacitet, som efter en fremtvunget omstrukturering kunne udgøre en betydelig, potentiel konkurrence. Kommissionen har endvidere anført, at MdK's betydning som konkurrent på markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland også fremgår af, at det ikke med tilstrækkelig sandsynlighed er godtgjort, at konkurrencesituationen ville være praktisk taget den samme, uanset om MdK forsvandt fra markedet, eller om fusionen blev gennemført.

c) Konkurrenternes stilling

186 Ifølge den franske regering synes Kommissionens vurdering af, i hvilken grad konkurrenterne kan udøve pres på det duopol, der hævdes at være dannet af K+S/MdK og SCPA, at give et fordrejet billede af de faktiske konkurrenceforhold på markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland. Kommissionen forsøger således

ifølge regeringen at bagatellisere, i hvor høj grad disse forskellige virksomheder må antages at kunne modvirke de førende virksomheders påståede overherredømme.

- 187 Ifølge den franske regering er Kommissionens analyse på flere punkter inkonsekvent. Regeringen har nærmere anført, at mens Kommissionen i forbindelse med definitionen af det relevante geografiske marked har lagt vægt på, at CPL og Coposa's produktionskapacitet er begrænset, har den fremhævet, at der er en betydelig eksport fra Spanien og Det Forenede Kongerige til andre medlemsstater. Kommissionen har endvidere kun taget beskedent hensyn til importen fra tredjelande, idet den har understreget, at Frankrig har det største forbrug af kali i Fællesskabet, og at importen til Frankrig fra tredjelande kanaliseres gennem SCPA. Uden logisk sammenhæng med dens egen fastlæggelse af det relevante geografiske marked har Kommissionen således vurderet konkurrenternes stilling dels i forhold til det franske marked, dels i forhold til markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland. I modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, har den franske regering endvidere fastholdt, at der fortsat importeres kali fra SNG, og at den markedsandel, som denne import udgør, ikke er faldet, hvilket fremgår af, at der er indledt en fornyet undersøgelse af Rådets forordning (EØF) nr. 3068/92 af 23. oktober 1992 om indførelse af en endelig antidumpingtold på importen af kaliumchlorid med oprindelse i Hviderusland, Rusland og Ukraine (EFT L 308, s. 41, herefter »antidumpingforordningen«). Ifølge oplysninger fra IFA og Douanes udgjorde importen fra SNG 11% af den samlede afsætning i Fællesskabet i 1993.

- 188 Ifølge den franske regering er Kommissionens ræsonnement behæftet med en væsentlig mangel, idet det bygger på den forudsætning, at der findes et geografisk marked, der omfatter alle Fællesskabets medlemsstater, undtagen Tyskland, mens det efter regeringens opfattelse er åbenbart, at i det mindste Frankrig ikke burde have været medregnet, når henses til de særlige forhold, der gør sig gældende her med hensyn til produktion, import og afsætning af kaliprodukter.

189 Kommissionen har anført, at det ikke er selvmodsigende, når den på den ene side har fastslået, at der er en betydelig eksport fra Spanien til andre medlemsstater, og på den anden side, at Coposa ikke udgør nogen modvægt over for duopolet.

190 Ifølge Kommissionen medfører den omstændighed, at importen fra tredjelande til en væsentlig del af det relevante geografiske marked, nemlig Frankrig, der er det største marked, kanaliseres gennem et af medlemmerne af duopolet, nemlig SCPA, at konkurrencepresset fra tredjelande på duopolet nødvendigvis må være beskedent.

191 Kommissionen har endelig anført, at den ikke kun har lagt kriterier til grund, som udelukkende vedrører det franske marked. For så vidt angår importen fra SNG har Kommissionen fremhævet, at den alene har fastslået, at K+S/MdK og SCPA's markedsandele måtte forventes at stige i fremtiden, ikke alene på grund af den forventede nedgang i importen fra SNG, men også som følge af, at den sidste uafhængige canadiske kaliproducent, PCA, er blevet overtaget af PCS, der er medlem af eksportkartellet Canpotex, hvis leverancer til Frankrig og Irland går gennem SCPA. I øvrigt er den omstændighed, at der er indledt en fornyet undersøgelse af antidumpingforanstaltningerne, ifølge Kommissionen ikke bevis for, at importen af kali med oprindelse i SNG vil fortsætte. Kommissionen har i den forbindelse påpeget, at den har fastslået, at efter udstedelsen af antidumpingforordningen faldt salget for den største forhandler af kali fra SNG i Fællesskabet til et niveau svarende til en ottendedel af, hvad det var i 1992.

d) K+S/MdK og SCPA's stilling på markedet

192 Den franske regering har for det første gjort gældende, at Kommissionen blandt de kriterier, den har lagt til grund ved konstateringen af, at der er tale om en oligopolistisk dominans, har lagt overdreven vægt på K+S/MdK og SCPA's samlede markedsandel.

193 Den franske regering har for det andet kritiseret Kommissionen for, at den ikke har taget hensyn til, at de to enheder, der antages at udgøre duopolet, ikke er tilnærmelsesvis lige store, når en sådan omstændighed i tidligere beslutninger tværtimod var afgørende som begrundelse for, at Kommissionen fastslog, at der ikke var tale om en oligopolistisk dominerende stilling. Den franske regering har understreget, at der er en betydelig forskel mellem K+S/MdK's markedsandel (23%) og SCPA's markedsandel (37%). I øvrigt har Kommissionen set bort fra en række faktiske omstændigheder, hvoraf det ville fremgå, at der er en klar uligevægt mellem SCPA og K+S/MdK, f.eks. for så vidt angår deres produktionskapacitet, økonomiske styrke og forskellige vertikale integration.

194 Kommissionen har påpeget, at ifølge fast retspraksis er en markedsandel på ca. 60% et bevis på, at der er tale om en kollektiv dominerende stilling, navnlig når den som i den foreliggende sag adskiller sig væsentligt fra konkurrenternes markedsandele.

195 Kommissionen har indrømmet, at der vel er forskelle mellem K+S/MdK og SCPA, men bestridt, at man kun kan forestille sig et duopol, såfremt de pågældende virksomheders stilling på markedet er nogenlunde ens, ikke mindst når der som i den foreliggende sag er snævre relationer mellem de pågældende virksomheder, som hindrer en effektiv konkurrence på markedet.

c) Aftagernes økonomiske styrke

196 Den franske regering har foreholdt Kommissionen, at den ikke har taget hensyn til kriteriet vedrørende aftagernes økonomiske styrke. Efter regeringens opfattelse ville en analyse af dette forhold have ført til, at Kommissionen havde fastslået, at aftagerne udgør en sådan modvægt, at der skabes tvivl om, hvorvidt der dannes et duopol. I øvrigt er det betydelige fald i efterspørgslen efter kali som følge af ændringerne af den fælles landbrugspolitik i konkurrencemæssig henseende en afgørende faktor for kaliproducenterne. Dette gælder ikke mindst, når forholdet

som anført af den franske regering er det, at efterspørgslen efter kali i perioden fra 1988 til 1993 er faldet med næsten 30% i Europa, mens importen i samme periode kun er faldet med 23%.

- 197 Heroverfor har Kommissionen anført, at selv om den i visse af sine beslutninger har kunnet fastslå, at der på grund af den bestående modvægt fra købernes side ikke var tale om en dominerende stilling, er dette kun én blandt mange faktorer, den tager i betragtning. For så vidt angår den faldende efterspørgsel efter kali har Kommissionen indrømmet, at et sådant fald har fundet sted, men den har tilføjet, at det har berørt alle producenter i Fællesskabet. Endvidere er faldet ifølge Kommissionen ikke særlig stort, da efterspørgselselasticiteten er beskeden, idet kali er et gødningsstof, der er vigtigt for landbruget og ikke kan erstattes af andre gødningsstoffer.

f) Adgangsbarrierer i Fællesskabet for kaliprodukter

- 198 Den franske regering har anført, at Kommissionen i den del af beslutningen, der vedrører det relevante geografiske marked, har fremhævet omstændigheder, der peger i retning af et åbent marked, som »let kan angribes«. Ved konstateringen af, at K+S/MdK og SCPA indtager en kollektiv dominerende stilling, har Kommissionen imidlertid ikke taget i betragtning, at adgangsbarriererne for kaliprodukter i Fællesskabet er meget lave.
- 199 Den franske regering har tilføjet, at Kommissionens argumenter, som først er fremført i svarskriftet, og som er baseret på betragtninger vedrørende antidumpingtold og SCPA's lovbestemte monopol, ikke beviser, at der er adgangsbarrierer i det geografiske referencemarked. For så vidt angår det første argument har regeringen påpeget, at en antidumpingtold er en foranstaltning, som tager sigte på at genoprette konkurrencen og ikke at indføre en begrænsning af den grænseover-

skridende samhandel. For så vidt angår argumentet vedrørende SCPA's lovbestemte monopol har den franske regering anført, at selv om der ved monolet må antages at opstå en adgangsbarriere til det franske marked, har dette ingen betydning med hensyn til adgangen for produkter fra tredjelande til markederne i de øvrige medlemsstater, som, sammen med det franske marked, udgør det relevante geografiske marked.

- 200 Kommissionen har heroverfor anført, at der ikke er adgangsbarrierer inden for Fællesskabet. Derimod er der to former for adgangsbarrierer for produkter, der hidrører fra virksomheder i tredjelande, nemlig antidumpingforanstaltningerne for import med oprindelse i SNG og SCPA's lovbestemte monopol, som medfører, at al import til Frankrig fra tredjelande skal gå gennem SCPA. En antidumpingtold er ifølge Kommissionen en adgangsbarriere, fordi den sammen med transportomkostningerne begrænser importørernes prismargen. Kommissionen har endvidere påpeget, at den omstændighed, at al import fra tredjelande til Frankrig — der er det største marked med et forbrug, der er tre gange så højt som forbruget på det næststørste marked — går gennem SCPA, er en adgangsbarriere for importen til Fællesskabet som helhed.

g) Markedets og produktets kendetegn

- 201 Ifølge den franske regering er den analyse, som Kommissionen i 57. betragtning til den omtvistede beslutning har foretaget vedrørende de objektive omstændigheder, der er befordrende for en kollektiv dominerende stilling, og som Kommissionen har lagt vægt på i tidligere beslutninger, som f.eks. den ovennævnte Nestlé/Perrier-beslutning og beslutning 94/359/EF af 21. december 1993 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet (sag IV/M.358 — Pilkington-Techint/SIV) (EFT 1994 L 158, s. 24), svagt underbygget og ikke overbevisende. Kommissionen har således set helt bort fra grundlæggende analysekriterier, som f.eks. priserne, deres udvikling, efterspørgselselasticiteten og omkostningerne for de to virksomheder, som formodes at udgøre duopolet. Regeringen har i øvrigt bestridt, at visse af Kommissionens bemærkninger er holdbare. Med hensyn til spørgsmålet om produktets homogenitet har regeringen påpeget, at den generelle betegnelse kali omfatter en lang række produkter. Kommissionens bemærkning om, at kalimarkedet er

gennemsigtigt, falder ikke i tråd med, at Kommissionen har haft vanskeligt ved klart og hurtigt at få overblik over markedets værdi og omfang.

202 Heroverfor har Kommissionen først anført, at den tydeligt har henvist til de strukturelle forhold, der står i forbindelse med markedets og produktets kendetegn. Kommissionen har understreget, at den omtvistede beslutning vedrører en situation, der ikke er den samme som dem, der var omhandlet i de af den franske regering påberåbte beslutninger. Således er baggrunden for den omtvistede beslutning en situation, hvor der allerede før fusionen ikke havde været nogen effektiv konkurrence mellem de to største leverandører af kali i Fællesskabet. De forhold, Kommissionen undersøgte i forbindelse med de beslutninger, den franske regering har påberåbt sig, er kun en af de faktorer, der skal tages i betragtning. Hvad dernæst angår produktets homogenitet har Kommissionen fastslået, at kali er ét og samme produkt, såvel i kemisk henseende som i relation til dens anvendelse. Kommissionen har endelig med hensyn til markedets gennemsigtighed anført, at hver enkelt producent kender såvel sin egen som konkurrenternes stilling. Oplysningerne om produktion og priser er således almindelig kendte, og der findes statistikker vedrørende forbruget af kali samt detaljerede undersøgelser af kalimarkedet.

h) Spørgsmålet, om der er tale om parallel adfærd

203 Den franske regering har anført, at Kommissionen har forsøgt at bevise, at K+S og SCPA's adfærd fortsat er konkurrencestridig, idet Kommissionen har fastslået, at uanset at en samarbejdsaftale, der i 1970'erne blev indgået mellem de to virksomheder, var blevet erklæret uforenelig med traktatens artikel 85 (Kommissionens beslutning 73/212/EØF af 11.5.1973, EFT L 217, s. 3), og uanset at der er overskydende produktionskapacitet i Tyskland, er det kun en meget lille del af samhandelen mellem Tyskland og Frankrig, der ikke går gennem SCPA. Hertil har den franske regering for det første anført, at det er væsentligt med henblik på at bevise, at der er tale om en kollektiv dominerende stilling, at den konkurrencestridige adfærd er af nyere dato. For det andet vedrørte de former for praksis, der blev erklæret uforenelige med artikel 85, hele Fællesskabet. Til støtte for, at den pågæl-

dende aftale fortsat består, har Kommissionen som den eneste faktiske omstændighed påberåbt sig eksporten fra Tyskland til Frankrig. For det tredje er det ikke så beskeden en del af samhandelen endda, der ikke går gennem SCPA. Således udgør leverancerne til Frankrig kun 87 000 tons, svarende til 6% af det franske forbrug, og heraf kanaliseres kun 47 000 tons gennem SCPA. Endelig har den franske regering bestridt Kommissionens bemærkning om, at den omstændighed, at K+S kun i beskeden omfang er til stede på det franske marked, er tilstrækkelig som bevis for, at der består et duopol mellem K+S/MdK og SCPA inden for Fællesskabet, bortset fra Tyskland.

- 204 Hertil har Kommissionen anført, at den ikke i beslutningen har nævnt, at den på grundlag af en samarbejdsaftale, der blev indgået i 1970'erne, har konkluderet, at der er tale om en kollektiv dominerende stilling. Kommissionen har fremhævet, at den har fastslået, at det forhold, at K+S stort set ikke optræder på det franske marked, og at en væsentlig del af importen kanaliseres gennem SCPA, peger i retning af, at der er tale om en kollektiv dominerende stilling.

i) Spørgsmålet, om der er strukturelle bånd mellem virksomhederne

- 205 Den franske regering har anført, at de tre former for bånd, der ifølge Kommissionen er mellem K+S og SCPA, nemlig joint venture-selskabet Potacan, samarbejdet inden for eksportkartellet Kali-Export og kanaliseringen af K+S' leverancer i Frankrig gennem SCPA, ikke i sig selv er bevis på, at der som følge af K+S' overtagelse af MdK er opstået et duopol. Eksportkartellet Kali-Export's formål er ifølge den franske regering at fremme og samordne medlemmernes eksport af kali uden for Fællesskabet. Kartellet beskæftiger sig derimod ikke med medlemmernes afsætning inden for Fællesskabet. Kommissionens frygt for, at samarbejdet inden for dette kartel vil begrænse konkurrencen mellem K+S og SCPA inden for Fællesskabet, er ikke støttet på nogen form for beviser.

- 206 For så vidt angår Potacan har de sagsøgende selskaber anført, at Kommissionen ikke har givet nogen begrundelse for påstanden om, at Potacan's nuværende struktur forhindrer selskabets aktionærer, dvs. K+S og SCPA, i hver for sig at foretage indkøb hos deres joint venture-selskab med henblik på at forsyne markederne i Det Europæiske Fællesskab.
- 207 I replikken har den franske regering gjort opmærksom på, at Kommissionen på fire punkter har anlagt en fejlagtig vurdering. For det første har Kommissionen i forbindelse med analysen af relationerne mellem K+S og SCPA ikke godtgjort, at der er sammenhæng mellem de pågældende relationer og virkningerne på det relevante marked som helhed, men blot påvist, at de nævnte relationer udelukkende har betydning i Frankrig. Kommissionen har således lagt til grund, at der ikke er nogen konkurrence mellem K+S og SCPA i det land, som har det største kaliforbrug, og heraf sluttet, at de nævnte virksomheder indtager en dominerende stilling i hele Fællesskabet, bortset fra Tyskland. Dette er i strid med Kommissionens argument om, at forholdene på de nationale markeder ikke kan tillægges særlig betydning, når det står fast, at referencemarkedet er Fællesskabet undtagen Tyskland.
- 208 Den franske regering har for det andet anført, at Kommissionen med henblik på at underbygge sine synspunkter på den ene side har påpeget, at Coposa selvstændigt eksporterer betydelige mængder til Frankrig (i forbindelse med fastlæggelsen af det relevante geografiske marked), og på den anden side anført, at den spanske virksomhed kun i beskedent omfang er til stede i Frankrig, og at en væsentlig del af virksomhedens afsætning kanaliseres (hvilket skal bevise, at samarbejdet inden for Kali-Export påvirker kartelmedlemmernes konkurrencestridige adfærd inden for Fællesskabet). Således som Kommissionen har anvendt kriterierne, kunne de lige så vel have ført til en konstatering af, at K+S/MdK, SCPA og Coposa tilsammen danner et oligopol. På det punkt er begrundelsen i den omtvistede beslutning i det mindste utilstrækkelig.
- 209 Den franske regering har for det tredje påpeget, at den omstændighed, at en del af K+S' leverancer af kali — svarende til blot 1,4% af forbruget på referencemarkedet — i Frankrig kanaliseres gennem SCPA, ikke kan betragtes som et indicium for, at der er opstået et duopol på det pågældende marked efter K+S' overtagelse af MdK. Heller ikke K+S' relativt beskedne afsætning i Frankrig er tilstrækkelig til, at det

kan fastslås, at der er konkurrencestridige relationer mellem K+S og SCPA, idet forklaringen herpå meget vel kan være en anden. Den beskedne afsætning kan således være en følge af det franske markeds struktur eller af K+S' industrielle strategi. Den franske regering har nærmere anført, at K+S' eksportpolitik synes at være orienteret mod lande uden for Europa, mod lande, der ikke har nogen produktion, og mod et producerende land som Det Forenede Kongerige, der efterspørger kali.

- 210 I denne forbindelse har de sagsøgende selskaber gjort opmærksom på, at den eneste forbindelse, der i distributionsleddet er mellem K+S og SCPA, er en aftale om distribution af kiserit, dvs. et ikke-kaliholdigt produkt, der henhører under et særskilt produktmarked. Relationerne mellem K+S og SCPA med hensyn til kali-produkter omfatter derimod ikke et samarbejde i distributionsleddet, idet der udelukkende er tale om relationer mellem leverandør og aftager på normale markeds-vilkår.
- 211 Den franske regering har for det fjerde fastholdt, at Kommissionen ikke har godtgjort, at der er årsagsforbindelse mellem overtagelsen af MdK og det forhold, at der som hævdet skulle være opstået et duopol mellem K+S/MdK og SCPA. Ifølge regeringen er hverken den omstændighed, at K+S og SCPA's samlede markedsandel er steget fra 54% til 61% som følge af fusionen, eller den omstændighed, at MdK er en af de største producenter inden for Fællesskabet, forhold, der fører til, at der skabes et duopol på det relevante marked.
- 212 De sagsøgende selskaber har anført, at eftersom Kommissionen i forbindelse med undersøgelsen af fusionens virkninger på det tyske marked fastslog, at MdK under alle omstændigheder ville forsvinde fra markedet, kunne den ikke samtidig drage den konklusion, at K+S' overtagelse af MdK ville medføre, at K+S/MdK og SCPA ville komme til at indtage en dominerende stilling.
- 213 Kommissionen har med hensyn til Potacan anført, at det bl.a. følger af selskabets organisatoriske opbygning, at der ikke kan træffes vigtige virksomhedspolitiske beslutninger mod en selskabsdeltagers vilje. Den franske koncern ville således ikke kunne foretage betydelige indkøb af kali, såfremt K+S modsatte sig det.

- 214 For så vidt angår Kali-Export har Kommissionen påpeget, at en konstatering af, at et eksportkartel ikke beskæftiger sig med sine medlemmers afsætning inden for Fællesskabet, ikke er tilstrækkelig som bevis for, at kartellet ikke begrænser konkurrencen mellem medlemmerne inden for Fællesskabet. Kommissionen har nærmere anført, at som følge af de forskellige former for indbyrdes afhængighed mellem K+S og SCPA er der ingen effektiv konkurrence mellem de to oligopolister inden for Fællesskabet, bortset fra Tyskland. Kommissionen har påpeget følgende: i) Selv om det franske marked er det største marked for kaliprodukter i Fællesskabet, og der ikke er nogen adgangsbarrierer til markedet, er K+S kun i særdeles beskedent omfang til stede på markedet, og det til trods for, at selskabet med sin produktionskapacitet stort set kunne forsyne hele markedet i Fællesskabet. ii) Selv om K+S har etableret et stærkt udviklet distributionsnet i alle medlemsstaterne, har virksomheden ikke indtil nu etableret sit eget distributionsnet i Frankrig. iii) CPL har først kunnet få adgang til det franske marked efter at have forladt Kali-Export, og CPL har på seks år kunnet opnå en andel på 13% af det franske marked; Coposa, der er medlem af Kali-Export, er kun i beskedent omfang til stede på det franske marked, og en betydelig del af selskabets kaliproduktion sælges i Frankrig af SCPA. På grundlag heraf har Kommissionen konkluderet, at der er en klar sammenhæng mellem en deltagelse i Kali-Export og afsætningen i Frankrig.
- 215 I duplikken har Kommissionen for det første anført, at den har godtgjort, at der er en åbenbar sammenhæng mellem de bestående relationer mellem K+S og SCPA, som kun vedrører Frankrig, og den omstændighed at der ikke er nogen konkurrence på markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland som helhed (57., 59., 61. og 67. betragtning til den omtvistede beslutning).
- 216 Kommissionen har for det andet anført, at den ikke har hævdet, at Coposa eksporterer betydelige mængder til Frankrig. Den har tværtimod konstateret, at Frankrig ganske vist importerer fra Coposa, men at der kun er tale om beskedne mængder, som for størstedelens vedkommende kanaliseres gennem SCPA. Ifølge Kommissionen er der ikke grundlag for at lade Coposa være omfattet af duopolet med K+S/MdK og SCPA, eftersom Coposa kun er forbundet med K+S og SCPA i kraft af sin deltagelse i Kali-Export. I øvrigt eksporterer Coposa mere kali til Frankrig end K+S, selv om de tyske kaliforekomster geografisk ligger nærmere, og selv om produktionen i Tyskland er fire gange så stor som forbruget. I øvrigt har relationerne mellem K+S og SCPA i distributionsleddet bestået i mange år.

- 217 Kommissionen har for det tredje fastslået, at strukturen på det franske marked ikke har været til hinder for, at CPL har kunnet trænge ind på dette marked uden at skulle gå gennem SCPA. I øvrigt er den af K+S førte politik, som består i ikke at sælge i Frankrig, i kommerciel henseende uforståelig, når henses til, at Frankrig også efterspørger kali, og i betragtning af den betydelige overkapacitet i Tyskland og den omstændighed, at de tyske forekomster geografisk ligger tæt ved.
- 218 Kommissionen har for det fjerde fastslået, at overtagelsen af MdK har medført en væsentlig ændring af markedsstrukturene og ført til, at K+S/MdK og SCPA har opnået en kollektiv dominerende stilling, og det af følgende grunde: i) MdK står for 25% af den samlede kaliproduktion i Fællesskabet (51. betragtning til den omtvistede beslutning) og har betydelige reserver af kali. ii) MdK udnytter for øjeblikket kun ca. 50% af sin kapacitet (73. betragtning til den omtvistede beslutning), hvilket indebærer, at produktionen let ville kunne øges. iii) MdK's markedsandel på 7% er den omstændighed, der er afgørende for, at der opstår en kollektiv dominerende stilling (62. betragtning til den omtvistede beslutning), idet udbuddet uden for gruppen K+S/MdK og SCPA er meget spredt (54. betragtning til den omtvistede beslutning), og K+S/MdK og SCPA's markedsandel kan ventes at ville blive øget (53. betragtning til den omtvistede beslutning).
- 219 Inden der tages stilling til de klagepunkter, sagsøgerne har fremført mod Kommissionens anvendelse af begrebet kollektiv dominerende stilling i den foreliggende sag, bemærkes, at Kommissionen til støtte for, at der for K+S/MdK og SCPA er skabt en kollektiv dominerende stilling, som kan hæmme konkurrencen inden for Fællesskabet, bortset fra Tyskland, betydeligt, i den omtvistede beslutning bl.a. har fastslået følgende:
- Kalimarkedet er et mættet marked, som kendetegnes ved et stort set homogent produkt og mangel på teknisk innovation (57. betragtning til beslutningen).

- Markedsforholdene er særdeles gennemslagskraftige, idet der normalt er let adgang til information om produktion, efterspørgsel, afsætning og priser (57. betragtning til beslutningen).

- Mellem K+S og SCPA har der i mange år bestået usædvanligt snævre bånd, som i sig selv taler for, at der ikke er nogen effektiv konkurrence mellem de nævnte virksomheder, som i øvrigt har en markedsandel på ca. 53% af markedet i EF undtagen Tyskland beregnet på grundlag af afsætningen, idet denne andel ud over afsætningen af produkter fremstillet af K+S og SCPA selv også omfatter SCPA's afsætning af kali hidrørende direkte fra tredjelande, som skal kanaliseres gennem SCPA, der således kan kontrollere leverancerne fra lande uden for Fællesskabet (52., 56. og 57. betragtning til beslutningen).

- Til trods for overproduktionen i Tyskland er det fortsat kun en lille del af K+S' leverancer af kali til Frankrig, der ikke kanaliseres gennem SCPA, og Frankrig har langt det største forbrug af kali i Fællesskabet (56. og 57. betragtning til beslutningen).

- K+S og MdK, som efter fusionen udgør én virksomhed, tegner sig sammen med SCPA for henholdsvis 35%, 25% og 20% af den samlede kaliproduktion i Fællesskabet (51. betragtning til beslutningen).

- MdK er den næststørste kaliproducent i Fællesskabet, selv om virksomheden for øjeblikket kun udnytter ca. 50% af sin kapacitet (51. og 73. betragtning til beslutningen).

- Efter fusionen vil gruppen K+S/MdK og SCPA's markedsandele på basis af deres afsætning udgøre ca. 60% (52. betragtning til beslutningen).

- Udbuddet uden for gruppen er meget spredt (54. betragtning til beslutningen).

- De øvrigt udbydere råder ikke over den fornødne salgsbasis til at kunne gøre sig gældende på dette marked over for et duopol bestående af K+S/MdK og SCPA (62. betragtning til beslutningen).

220 Som nævnt ovenfor er det i forordningens artikel 2, stk. 3, fastsat, at fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.

221 Ved afgørelsen af, om der er tale om en kollektiv dominerende stilling, skal Kommissionen således på grundlag af en analyse af den forventede situation på referencemarkedet vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen, og en eller flere udenforstående virksomheder, som, bl.a. på grund af bestående indbyrdes relationer, tilsammen kan følge samme markedsstrategi og i vidt omfang handle uafhængigt af de øvrige konkurrenter, af deres kunder og, i sidste instans, af forbrugerne.

222 Dette forudsætter en omhyggelig undersøgelse, bl.a. af omstændigheder, som i den konkrete situation findes relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencevilkårene på referencemarkedet.

- 223 I den forbindelse må det imidlertid bemærkes, at de materielle bestemmelser i forordningen, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger.
- 224 Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner.
- 225 På den baggrund må det imidlertid fastslås, at den analyse af fusionen og dens virkninger på det relevante marked, som Kommissionen har foretaget, er behæftet med visse mangler, som har påvirket den økonomiske vurdering af den omhandlede fusion.
- 226 Som det fremgår af 51. og 52. betragtning til den omtvistede beslutning, vil K+S/MdK og SCPA efter fusionen få markedsandele på henholdsvis 23% og 37% af det relevante marked, beregnet på grundlag af afsætningen. En samlet markedsandel på ca. 60%, der er fordelt på en sådan måde, kan dog ikke i sig selv udgøre et afgørende indicium for, at de pågældende virksomheder indtager en kollektiv dominerende stilling.
- 227 For så vidt angår de hævdede strukturelle relationer mellem K+S og SCPA, som har været den afgørende omstændighed, Kommissionen har lagt til grund for sin egen vurdering, må det fastslås, at visse af de argumenter, sagsøgerne har fremført til støtte for, at de nævnte relationer ikke kan tillægges særlig vægt som et indicium for, at de nævnte to virksomheder indtager en kollektiv dominerende stilling, må tiltrædes.

228 Således findes Kommissionens konstatering af, at K+S og SCPA's deltagelse i eksportkartellet Kali-Export kan have betydning for virksomhedernes konkurrencemæssige adfærd inden for Fællesskabet, ikke at være underbygget af tilstrækkeligt afgørende og sammenhængende oplysninger. Kommissionen har i den forbindelse blot fremhævet, at den britiske producent CPL først begyndte at afsætte sine produkter uafhængigt på det franske marked i 1987, hvor virksomheden trådte ud af kartellet, da den ikke kunne forene den planlagte direkte konkurrence med SCPA i Frankrig med et fortsat medlemskab af kartellet (60. betragtning til beslutningen). Uanset at det argument, Kommissionen har fremført, alene vedrører de påståede virkninger af medlemskabet af kartellet på en del af markedet i EF undtagen Tyskland bemærkes, at den spanske producent Coposa også er medlem af Kali-Export, men alligevel uafhængigt afsætter en mængde kali i Frankrig svarende til lidt over 5% af det franske forbrug. Denne mængde udgør ca. 47% af Coposa's eksport til det relevante marked og næsten to tredjedele af virksomhedens eksport til Frankrig, og den blev i øvrigt tillagt betydning i forbindelse med afgrænsningen af det relevante geografiske marked (jf. 38. betragtning til beslutningen). Kommissionen findes herefter ikke at have bevist, at der er årsagsforbindelse mellem K+S' og SCPA's medlemskab af eksportkartellet og deres konkurrencestridige adfærd på det relevante marked.

229 For så vidt angår de påståede relationer mellem K+S og SCPA med hensyn til K+S' leverancer i Frankrig bemærkes, at Kommissionen dels har pålagt K+S at bringe det hidtidige samarbejde med SCPA som forhandler på det franske marked til ophør, dels accepteret, at K+S kan sælge til SCPA på normale markedsvilkår (jf. 63. betragtning til beslutningen). Kommissionen har således været af den opfattelse, at der var en form for partnerskab mellem K+S og SCPA med hensyn til afsætningen af tysk kali i Frankrig.

230 Det fremgår imidlertid af sagen, at de eneste konkrete relationer i distributionsleddet mellem de to virksomheder vedrørte kiserit, dvs. et produkt, som ikke er

omfattet af det relevante produktmarked. SCPA købte i øvrigt blot kali af K+S på normale markedsvilkår, som blev anvendt af EMC, eller som var bestemt til salg uden for det franske marked.

- 231 Med hensyn til afsætningen af kaliprodukter var der således ingen form for fortrinsstilling i forholdet mellem K+S og SCPA.
- 232 Det følger af det anførte, at den vifte af strukturelle relationer mellem K+S og SCPA, der — som inddrømmet af Kommissionen — er kernen i den omtvistede beslutning, alt taget i betragtning ikke har været lige så tæt og omfattende, som Kommissionen har villet fremstille det.
- 233 Det må i øvrigt fremhæves, at Kommissionen i beslutningen har fastslået, at der ikke var nogen effektiv konkurrence mellem K+S og SCPA på det relevante marked. I 57. betragtning til beslutningen hedder det således, at »den væsentligste grund til at antage, at der ikke kommer til at bestå nogen effektiv konkurrence mellem K+S og SCPA, ligger ... i de usædvanlig snævre bånd, der består mellem de to virksomheder, og som går mange år tilbage«.
- 234 Det fremgår endvidere af den nævnte betragtning, at K+S' overtagelse af MdK som følge af fusionen vil medføre, at K+S' markedsandel forhøjes med MdK's markedsandel, en forhøjelse, som Kommissionen i sine indlæg har betegnet som betydelig.
- 235 I den forbindelse bemærkes, at MdK ud over at have en markedsandel på 7% i Fællesskabet undtagen Tyskland er den næststørste kaliproducent i Fællesskabet efter K+S, selv om virksomheden kun udnytter 50% af sin kapacitet (jf. 51., 52., 62. og 76. betragtning til beslutningen).

- 236 Fusionen vil derfor medføre, at K+S' industrielle kapacitet forøges betydeligt. K+S og MdK tegner sig således for henholdsvis 35% og 25% af den samlede kaliproduktion i Fællesskabet, hvorimod SCPA's produktion ikke overstiger 20%, og virksomhedens egne kalireserver vil være helt udtømt inden år 2004 (jf. 51. og 66. betragtning til beslutningen).
- 237 I øvrigt fremgår det af sagen, at K+S er et datterselskab af en af de helt store gødningsvirksomheder, BASF, som økonomisk er langt stærkere end EMC-koncernen, som SCPA er en del af.
- 238 Endelig står det fast, at efterspørgslen efter kali i Europa faldt med næsten 30% fra 1988 til 1993, bl.a. som følge af de ændringer, der blev gennemført i den fælles landbrugspolitik. Et marked i nedgang antages i almindelighed principielt at fremme konkurrencen mellem virksomhederne inden for den pågældende sektor.
- 239 Herefter og henset til, at de strukturelle bånd mellem K+S og SCPA har vist sig ikke at være så tætte som hævdet af Kommissionen, findes det argument, Kommissionen har lagt til grund for sin konstatering af, at der er skabt en kollektiv dominerende stilling mellem K+S/MdK og SCPA, og hvorefter den »vigtige« optagelse af MdK i den ene virksomhed, K+S, bevirker, at den tyske gruppe og SCPA fortsat har en fælles interesse i ikke aktivt at konkurrere indbyrdes, i mangel af andre afgørende omstændigheder ikke at være tilstrækkeligt begrundet.

240 For så vidt angår de øvrige omstændigheder, Kommissionen har fremført til støtte for, at K+S' overtagelse af MdK vil føre til, at der opstår en kollektiv dominerende stilling, skal der henvises til 57. betragtning til beslutningen. Heri fastslås det, at »kalimarkedet er et mættet marked, som kendetegnes ved et stort set homogent produkt og mangel på teknisk innovation. Markedsforholdene er særdeles gennemsigtige — der er normalt let adgang til information om produktion, efterspørgsel, afsætning og priser. Desuden har K+S' og SCPA's markedsandele holdt sig ret stabile i de seneste fire år ... Endelig har der tidligere bestået en aftale mellem K+S og SCPA, bl.a. om fælles fastlæggelse af mængder og kvaliteter for eksporterede kaliprodukter. Denne aftale blev ... erklæret for uforenelig med EØF-traktatens artikel 85. Det må dog i denne sammenhæng understreges, at der selv efter denne beslutning og til trods for overproduktionen i Tyskland stadig væk kun foregår en ret beskeden grænseoverskridende samhandel fra Tyskland til Frankrig, som ikke kanaliseres via SCPA«.

241 I den foreliggende sag kan ovennævnte oplysninger ikke betragtes som et afgørende grundlag for Kommissionens konklusioner. Navnlig er aftalen mellem K+S og SCPA, der i 1973 blev erklæret uforenelig med traktatens artikel 85 (EFT 1973 L 217, s. 3), på grund af de tyve år, der er forløbet mellem erklæringen om uforenelighed og anmeldelsen af den planlagte fusion, et meget svagt, for ikke at sige betydningsløst indicium for, at der ikke er konkurrence mellem K+S og SCPA og end mindre mellem K+S/MdK og SCPA. Det bemærkes herved, at det af Kommissionen anførte om, at der stadigvæk kun foregår en ret beskeden grænseoverskridende samhandel mellem Tyskland og Frankrig, som ikke kanaliseres via SCPA, ikke i den foreliggende sag kan tillægges vægt som indicium for, at der foreligger en aftale, således som fastholdt af Kommissionen. For det første udgør den grænseoverskridende samhandel, der betegnes som beskeden, næsten halvdel af K+S' afsætning af kali i Frankrig. For det andet er Kommissionens analyse under alle omstændigheder ufuldstændig, for så vidt som den kun omfatter det franske marked, eftersom det relevante marked er markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland.

242 For så vidt angår Kommissionens vurdering af, i hvilken grad konkurrenterne kan udøve pres på den gruppe, der hævdes at være dannet af K+S/MdK og SCPA,

bemærkes, at Kommissionen i den omtvistede beslutning har anført, at importen fra SNG, som i 1992 udgjorde 8% af markedet i EF undtagen Tyskland (heri medregnet den import, der kanaliseres gennem SCPA), synes at være faldet efter udstedelsen af antidumpingforordningen (jf. 53. betragtning til beslutningen).

- 243 Ifølge de oplysninger, den franske regering er fremkommet med, og som Kommissionen ikke har bestridt, udgjorde den nævnte import imidlertid i 1993 11% af afsætningen inden for Fællesskabet.
- 244 Henset til, at udenlandske producenter kun i meget begrænset omfang har adgang til det tyske marked, og at det omtrentlige størrelsesforhold 4 til 1 mellem markedet i Fællesskabet undtagen Tyskland og det tyske marked ikke i mellemtiden synes at have ændret sig, kan det således konkluderes, at når importen af kali med oprindelse i SNG i 1993 udgjorde 11% af afsætningen inden for Fællesskabet, udgjorde den med sikkerhed en højere procentdel af afsætningen inden for Fællesskabet, bortset fra Tyskland.
- 245 Når Kommissionen i 53. betragtning til beslutningen hævder, at i hvert fald en del af denne import for så vidt angår markedet i EF undtagen Tyskland synes at være faldet efter udstedelsen af antidumpingforordningen, er dette således ikke i overensstemmelse med de faktiske forhold, idet Kommissionen herved skjuler, at SNG's markedsandel på referencemarkedet er steget.
- 246 I betragtning af, hvorledes importen fra SNG til Fællesskabet, bortset fra Tyskland, udviklede sig i 1993, synes Kommissionens konstatering af, at det konkurrencepres, denne import kan lægge på gruppen K+S/MdK og SCPA, er begrænset, ikke mindst af kvalitetsgrunde og som følge af vanskelighederne ved at garantere hurtige og sikre leverancer, at være baseret på en begrundelse, der i det mindste ikke er særlig konsekvent. For at det med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed

kan vurderes, hvilke virkninger en fusion vil have på konkurrencen på det relevante marked, må grundlaget nødvendigvis være en omhyggelig analyse af konkurrenternes indflydelse.

247 Med hensyn til Coposa, som har en markedsandel i Fællesskabet undtagen Tyskland på lige under 10%, har Kommissionen anført, at selskabets produktionskapacitet allerede i det kommende år ville blive væsentligt nedsat som følge af, at selskabet ville lukke en af sine miner. I den forbindelse har den franske regering bemærket — og Kommissionen ikke bestridt — at Coposa's overkapacitet var på ca. 70%. På grundlag af konstateringen af, at Coposa's produktionskapacitet ville falde betydeligt i den nærmeste fremtid, kan det således i mangel af nærmere oplysninger ikke hævdes, at den spanske virksomhed ikke rådede over den fornødne basis til at kunne opretholde eller måske endda forøge sin markedsandel og således udøve et pres over for det påståede duopol, ikke mindst fordi kalimarkedet som nævnt i nærværende doms præmis 238 er i nedgang.

248 Kommissionen findes herefter ikke at have godtgjort, at der ikke er en effektiv konkurrencemæssig modvægt over for den gruppe, som K+S/MdK og SCPA hævdes at udgøre.

249 På baggrund af det anførte og uden at det findes nødvendigt at tage stilling til, om Kommissionens konstateringer i den omtvistede beslutning uden de ovenfor nævnte mangler ville have været tilstrækkelige til, at det kunne fastslås, at der er tale om en kollektiv dominerende stilling, findes Kommissionen under alle omstændigheder ikke at have bevist, at fusionen ville medføre en kollektiv dominerende stilling for K+S/MdK og SCPA, som bevirker, at den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt.

250 Tredje del af sagsøgernes anbringende må således tiltrædes.

Spørgsmålet, om beslutningen skal annulleres helt eller delvis

- 251 Den franske regering har nedlagt påstand om, at beslutningen annulleres i sin helhed, hvorimod de sagsøgende selskaber udtrykkeligt har begrænset deres annullationspåstand til kun at omfatte de betingelser, som er knyttet til den i beslutningen indeholdte erklæring om forenelighed.
- 252 Ifølge de sagsøgende selskaber vil en delvis annullation medføre, at den omtvistede beslutning som sådan opretholdes, men at den bliver betingelsesløs.
- 253 Kommissionen har anført, at de betingelser, der er knyttet til den omtvistede beslutning, ikke på nogen måde vil kunne begrænses, eftersom de er en del af selve kernen i beslutningen.
- 254 Det bemærkes, at den del af beslutningen, hvorved den omhandlede fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet, er i de af beslutningen formelt omfattede virksomheders interesse, og de sagsøgende selskaber har ikke anset den for bebyrdende.
- 255 Selv om den franske regering har nedlagt påstand om, at beslutningen annulleres i sin helhed, har den under retsforhandlingerne for Domstolen præciseret, at den ikke tilsigter, at fusionen mellem K+S og MdK forbydes.
- 256 Det fremgår af Domstolens praksis, at en beslutning kan annulleres delvis, således at det kun er de til beslutningen knyttede betingelser, der annulleres, forudsat at

betingelserne kan udskilles fra den øvrige del af beslutningen (jf. dom af 28.6.1972, sag 37/71, Jamet mod Kommissionen, Sml. s. 129, org. ref.: Rec. s. 483, præmis 11, og af 23.10.1974, sag 17/74, Transocean Marine Paint mod Kommissionen, Sml. s. 1063, præmis 21). Delvis annullation af en beslutning truffet af Kommissionen vedrørende kontrol med fusioner er i øvrigt en af de muligheder, der udtrykkeligt er nævnt i forordningens artikel 10, stk. 5.

257 Det er ikke muligt alene at annullere den del af beslutningen, der omhandler de betingelser og påbud, der er nævnt i 63. betragtning til beslutningen, uden at selve kernen i beslutningen herved ændres.

258 Det fremgår af beslutningen og af sagen som helhed, at de nævnte betingelser og den erklæring om forenelighed, der er indeholdt i konklusionen, udgør en uadskillelig enhed. Betingelserne er således et resultat af Kommissionens negative vurdering af fusionen, således som den var anmeldt, og de har ifølge Kommissionen været nødvendige for, at fusionen kunne erklæres forenelig med fællesmarkedet.

259 Den omtvistede beslutning vil herefter være at annullere i det hele.

Sagens omkostninger

260 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I sag C-68/94 bør

det derfor pålægges Kommissionen at betale sagens omkostninger. Også i sag C-30/95 bør det pålægges Kommissionen at betale sagens omkostninger, idet Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) og Entreprise minière et chimique (EMC) i det væsentlige har fået medhold. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, sidste afsnit, hvorefter Domstolen kan træffe afgørelse om, at en intervenient bærer sine egne omkostninger, bør Kali og Salz GmbH og Kali und Salz Beteiligungs-AG bære deres egne omkostninger.

- ²⁶¹ I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, første afsnit, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. De regeringer, der er indtrådt i nærværende sager, bør derfor bære deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

- 1) Kommissionens beslutning 94/449/EF af 14. december 1993 om en procedure i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (sag IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) annulleres.
- 2) I sag C-68/94 betaler Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber sagens omkostninger.

- 3) I sag C-30/95 betaler Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber sagens omkostninger. Kali und Salz GmbH og Kali und Salz Beteiligungs-AG bærer deres egne omkostninger.
- 4) Forbundsrepublikken Tyskland, der er intervenient i sag C-68/94, og Den Franske Republik, der er intervenient i sag C-30/95, bærer deres egne omkostninger.

Rodríguez Iglesias

Gulmann

Ragnemalm

Mancini

Moitinho de Almeida

Kapteyn

Murray

Edward

Puissochet

Hirsch

Jann

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 31. marts 1998.

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær

Præsident