

DOMSTOLENS DOM
den 31 mars 1998 *

I de förenade målen C-68/94,

Republiken Frankrike, företrädd av Edwige Belliard, directeur adjoint vid utrikesministeriets rättsavdelning, Catherine de Salins, sous-directeur vid samma avdelning, och Jean-Marc Belorgey, chef de mission vid samma avdelning, samtliga i egenskap av ombud, delgivningsadress: Frankrikes ambassad, 8 B, boulevard Joseph II, Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Berend Jan Drijber, rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten Jacques Bourgeois, Bryssel, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

med stöd av

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av Ernst Röder, Ministerialrat, förbundsekonoministeriet, och Bernd Kloke, Regierungsrat, samma ministerium, båda i egenskap av ombud, D-53107, Bonn,

intervenient,

* Rättegångsspråk: franska.

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 94/449/EG av den 14 december 1993 om ett förfarande för tillämpning av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (ärende nr IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (EGT L 186, 1994, s. 38),

och C-30/95,

Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) och Entreprise minière et chimique (EMC), företrädda av advokaten Charles Price, Bryssel, delgivningsadress: advokatbyrå Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains, Luxemburg,

sökande,

med stöd av

Republiken Frankrike, företrädd av Edwige Belliard, directeur adjoint vid utrikesministeriets rättsavdelning, Catherine de Salins, sous-directeur vid samma avdelning, och Jean-Marc Belorgey, chef de mission vid samma avdelning, samtliga i egenskap av ombud, delgivningsadress: Frankrikes ambassad, 8 B, boulevard Joseph II, Luxemburg,

intervenient,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Berend Jan Drijber, rättsstjänsten, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten Jaques Bourgeois, Bryssel, delgivningsadress: rättsstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchsberg, Luxemburg,

svarande,

med stöd av

Kali und Salz GmbH och Kali und Salz Beteiligungs-AG, företrädda av advokaten Karlheinz Quack, Berlin, och advokaten Georg Albrechtikirchinger, Frankfurt am Main, delgivningsadress: advokatbyrån Marc Loesch, 11, rue Goethe, Luxemburg,

intervenient,

angående en talan om ogiltigförklaring av dels artikel 1 i kommissionens beslut 94/449/EG av den 14 december 1993 om ett förfarande för tillämpning av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (ärende nr IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (EGT L 186, 1994, s. 38), i den del det föreskrivs att koncentrationen för att förklaras förenlig med den gemensamma marknaden skall uppfylla de i punkt 63 angivna villkoren, dels det nämnda beslutet i den del det godkänner det åtagande av Kali und Salz AG som nämns i punkt 65 i samma beslut att före den 30 juni 1994 ändra bolaget Potacans struktur,

meddelar

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden, G. C. Rodríguez Iglesias, avdelningsordförandena C. Gulmann (referent) och H. Ragnemalm samt domarna G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch och P. Jann,

generaladvokat: G. Tesauro,
justitiesekreterare: R. Grass,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 12 mars 1996 av: Republiken Frankrike, i målen C-68/94 och C-30/95 företrädd av Jean-François Dobelle, directeur adjoint vid utrikesministeriets rättsavdelning, i egenkap av ombud, och Jean-Marc Belorgey, kommissionen, i målen C-68/94 och C-30/95 företrädd av Berend Jan Drijber, biträdd av advokaten Jacques Bourgeois, Förbundsrepubliken Tyskland, i mål C-68/94 företrädd av Ernst Röder, la Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) samt l'Entreprise minière et chimique (EMC), i mål C-30/95 företrädda av advokaten Charles Price, och Kali und Salz GmbH samt Kali und Salz Beteiligungs-AG, i mål C-30/95 företrädda av advokaterna Karlheinz Quack och Georg Albrechtskirchinger,

och efter att den 6 februari 1997 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

Bakgrund och förfarande

- 1 Den 14 juli 1993 erhöll kommissionen i enlighet med artikel 4.1 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 257, 1990, s. 14, nedan kallad förordningen) en anmälan om planer på en koncentration mellan Kali und Salz AG (nedan kallat K+S), ett dotterbolag till kemikoncernen BASF, och Mitteldeutsche Kali AG (nedan kallat MdK), vars enda aktieägare, Treuhandanstalt (nedan kallad Treuhand), är ett offentligrättsligt organ med uppgift att omstrukturera äldre företag i före detta Tyska demokratiska republiken.

- 2 K+S är i huvudsak verksamt inom sektorn för framställning av kaliumklorid, stensalt och miljövård. All framställning av kaliumklorid och stensalt i före detta Tyska demokratiska republiken har samlats inom MdK.
- 3 Enligt koncentrationsplanen skulle MdK omvandlas till ett bolag med begränsat ansvar (MdK GmbH), till vilket K+S skulle föra sin framställning av kaliumklorid och stensalt och Treuhand skulle tillskjuta 1 044 miljoner DM. I det gemensamma företag som härigenom bildades innehade K+S och Treuhand 51 respektive 49 procent av aktierna och rösträtten.
- 4 I en skrivelse av den 5 augusti 1993 informerade kommissionen parterna i koncentrationen om att den beslutat att med tillämpning av artiklarna 7.2 och 18.2 i förordningen förlänga den tidsfrist under vilken koncentrationen uppskjuts fram till det kommissionen fattade sitt slutgiltiga beslut.
- 5 Den 16 augusti 1993 beslutade kommissionen att med tillämpning av artikel 6.1 c i förordningen inleda ett förfarande, kallat "detaljundersökning", på grund av att den anmälda koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden.
- 6 Den 13 oktober samma år framförde kommissionen sina anmärkningar mot parterna i enlighet med artikel 18 i förordningen. Enligt kommissionen skulle koncentrationen, såsom den framgick av den anmälda planen, kunna skapa en kollektiv dominerande ställning på gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland och Spanien.

- 7 Till följd av meddelandet om anmärkningar föreslog parterna kommissionen att de skulle fullgöra vissa åtaganden i syfte att undanröja kommissionens tvivel om att koncentrationen skulle skapa en oligopolistisk situation på den aktuella marknaden.
- 8 Kommissionen samrådde därefter i enlighet med artikel 19.3 i förordningen och följande punkter med den rådgivande kommittén för koncentrationer om utkastet till beslut. Majoriteten av kommitténs ledamöter avgav ett positivt yttrande vid mötet den 3 december 1993 (EGT C 199, 1994, s. 5).
- 9 Kommissionen förklarade i beslut 94/449/EG av den 14 december 1993 om ett förfarande för tillämpning av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (ärende nr IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (EGT L 186, 1994, s. 38, nedan kallat det omtvistade beslutet) att koncentrationsplanen var förenlig med den gemensamma marknaden, med det förbehållet att parterna i enlighet med artikel 8.2 andra stycket i förordningen skulle fullgöra vissa åtaganden gentemot kommissionen. Enligt denna bestämmelse kan kommissionen ”förena beslutet [om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden] med villkor och ålägganden i syfte att säkerställa att de berörda företagen fullgör sina åtaganden gentemot kommissionen när det gäller att ändra den ursprungliga koncentrationsplanen”.
- 10 Den aktuella produktmarknaden, såsom denna beskrivits i det omtvistade beslutet, omfattar produkter framställda på basis av kaliumkloridsalter för användning i jordbruket, vilka består av kaliumklorid avsedd dels att användas direkt i jordbruket, dels för framställning av sammansatta gödningsmedel. Vad beträffar den aktuella produktmarknadens geografiska utbredning identifierade kommissionen två olika marknader, dels den tyska marknaden, dels gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland.
- 11 Vad beträffar den tyska marknaden konstaterade kommissionen i punkt 46 i det omtvistade beslutet att den planerade koncentrationen skulle ge upphov till ett faktiskt monopol, eftersom K+S och MdK:s marknadsandelar uppgick till 79 respektive

tive 19 procent. Kommissionen drog vidare slutsatsen i punkt 50 att den planerade koncentrationen skulle medföra att K+S dominerande ställning förstärktes på den tyska marknaden för kaliumklorid. Med beaktande av teorin kallad "failing company defence" (teorin om värnandet av företag på obestånd) kom emellertid kommissionen fram till att den aktuella koncentrationen inte i föreliggande fall var orsaken till att K+S dominerande ställning på den tyska marknaden förstärktes. I punkt 95 i det omtvistade beslutet konstaterades att villkoren för "failing company defence" var uppfyllda, nämligen "att K+S dominerande ställning skulle förstärkas även om koncentrationen inte ägde rum, eftersom MdK snabbt skulle försvinna från marknaden om det inte köptes upp av ett annat företag, att MdK:s marknadsandel skulle komma att övertas av K+S samt att det var praktiskt taget uteslutet att ett annat företag än K+S skulle kunna överta hela eller en väsentlig del av MdK" (se även punkt 71 i det omtvistade beslutet). Kommissionen tillade i punkt 95 att, med hänsyn till de allvarliga strukturproblemen i de östtyska regioner som berördes av koncentrationsplanen och de allvarliga följder som en nedläggning av MdK sannolikt skulle medföra för dessa regioner, dess slutsats var förenlig med det grundläggande målet att stärka gemenskapens ekonomiska och sociala samhörighet, som uppställs i trettonde övervägandet i ingressen till förordningen.

- 12 Vad beträffar gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland påpekade kommissionen i punkt 51 i det omtvistade beslutet att två enheter skulle komma att inta en dominerande ställning till följd av den planerade koncentrationen: K+S/MdK och Société commerciale des potasses et de l'azote (nedan kallat SCPA), dotterbolag till den franska koncernen Entreprise minière et chimique (nedan kallad EMC), som distribuerar kaliumklorid.
- 13 Kommissionens analys grundas dels på konstaterandet att utbudet, med undantag för K+S/MdK och SCPA, är splittrat och härrör från företag som inte förefaller kunna hota den totala marknadsandel om cirka 60 procent som innehas av duopolett, dels på en stark presumtion för att det inte existerar någon faktisk konkurrens mellan K+S/MdK och SCPA till följd både av kaliumkloridmarknadens särdrag, av hur K+S och SCPA tidigare har uppträtt och, slutligen, av deras täta och långvariga kontakter. Dessa kontakter har i huvudsak bestått i följande: a) K+S och SCPA kontrollerar ett gemensamt företag i Kanada, Potacan, i vilket vartdera företaget innehar 50 procent av aktiekapitalet, b) samarbete inom ramen för en exportkartell som utgörs av Kali-Export GmbH (nedan kallat Kali-Export), ett bolag bildat

enligt österrikisk rätt med säte i Wien, som samordnar försäljningen av delägarbolagens produkter framställda på basis av kaliumklorid till tredje land och i vilket vart och ett av företagen K+S, MdK, EMC/SCPA och den spanska tillverkaren av kaliumklorid, Coposa, innehar 25 procent av aktiekapitalet, samt c) de långvariga kontakter som resulterat i att SCPA utför nästan samtliga av K+S leveranser i Frankrike (se punkt 54—61 i det omtvistade beslutet).

- 14 Kommissionen ansåg mot denna bakgrund i punkterna 57 och 62 att koncentrationen, som innebär ett övertagande av marknadsandelen för MdK — den andra största producenten i gemenskapen — på gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland, skulle komma att ge upphov till ett duopol mellan K+S/MdK och SCPA, vilka skulle få en dominerande ställning på marknaden.
- 15 I syfte att undvika att kommissionen förklarade koncentrationen mellan K+S och MdK oförenlig med den gemensamma marknaden erbjöd sig parterna i denna att fullgöra vissa åtaganden som anges i punkt 63 i det omtvistade beslutet enligt följande:

”— *Kali-Export GmbH Wien*

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

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

— *Distributionen i Frankrike*

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

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

Det är just med hänsyn till dessa åtaganden som kommissionen, såsom anges ovan i punkt 9 i föreliggande dom, förklarade koncentrationsplanen förenlig med den gemensamma marknaden.

- 16 I punkt 65 i det omtvistade beslutet angavs att K+S, efter att ha fått kännedom om kommissionens farhågor beträffande företagskoncentrationens negativa effekter på konkurrensvillkoren, hade åtagit sig att före den 30 juni 1994 anpassa Potacans struktur så att varje delägare, oberoende av de andra, skulle kunna saluföra det kaliumklorid som framställts av Potacan på gemenskapsmarknaden. Det preciseras dock i punkt 67 i samma beslut att kommissionen beslutat att inte betrakta detta åtagande som ett formellt krav, eftersom den ansåg att ”[f]ör det fall K+S, trots stora ansträngningar, inte kan träffa en överenskommelse med EMC, måste en lämplig lösning på de konkurrensproblem som hänger samman med det gemensamma företaget Potacans aktuella form sökas inom ramen för förfarandet [för anmälan av Potacantalen] i enlighet med [rådets] förordning nr 17 [av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204, svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8, nedan kallad förordning nr 17)]”.

- 17 Republiken Frankrike har genom ansökan, som inkom till domstolens kansli den 18 februari 1994, med stöd av artikel 173 i EG-fördraget väckt talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet (mål C-68/94).
- 18 Genom beslut av domstolens ordförande av den 9 september 1994 beviljades Förbundsrepubliken Tyskland rätt att intervensera i målet till stöd för kommissionens yrkanden.
- 19 SCPA och EMC väckte genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 25 februari 1994, med stöd av artikel 173 i fördraget talan om ogiltigförklaring av en del av det omtvistade beslutet.
- 20 Inom ramen för den sistnämnda talan meddelade förstainstansrättens ordförande, genom beslut av den 10 maj 1994 i mål T-88/94 R, Société commerciale des potasses et de l'azote och Entreprise minière et chimique mot Europeiska gemenskapernas kommission (REG 1994, s. II-263), att artikel 1 i det omtvistade beslutet inte fick verkställas, såvitt det i denna artikel föreskrevs att Kali-Export skulle avvecklas, fram till det att beslut fattats om att avsluta det interimistiska förfarandet samt avslag begäran om interimistiska åtgärder i övrigt.
- 21 Förstainstansrättens ordförande meddelade genom beslut av den 15 juni 1994 i mål T-88/94 R, Société commerciale des potasses et de l'azote och Entreprise minière et chimique mot Europeiska gemenskapernas kommission (REG 1994, s. II-401), att artikel 1 i det omtvistade beslutet, såvitt det i denna artikel föreskrevs att K+S/MdK skulle dra sig ur Kali-Export, inte fick verkställas förrän dom avkunnats i huvudsaken.
- 22 Genom beslut av ordföranden på förstainstansrättens första avdelning av den 7 juli 1994 beviljades Republiken Frankrike rätt att intervensera i mål T-88/94 till stöd för sökandenas yrkanden.

- 23 Genom beslut av ordföranden på förstainstansrättens andra avdelning i utökad sammansättning av den 18 januari 1995 beviljades Kali und Salz Beteiligungs-AG (tidigare K+S) och Kali und Salz GmbH (tidigare MdK, nedan kallade de intervernerande företagen) rätt att intervensera i mål T-88/94 till stöd för kommissionens yrkanden.
- 24 Med anledning av att de mål som härigenom har anhängiggjorts vid domstolen och förstainstansrätten gäller samma rättsakts giltighet, har förstainstansrätten förklarat sig avstå från fortsatt handläggning av mål T-88/94 genom beslut av andra avdelningen i utökad sammansättning av den 1 februari 1995 i mål T-88/94, Société commerciale des potasses et de l'azote och Entreprise minière et chimique mot Europeiska gemenskapernas kommission (REG 1995, s. II-221), för att domstolen skall kunna avgöra yrkandet om ogiltigförklaring. Detta mål registrerades vid domstolens kansli den 8 februari samma år under nummer C-30/95.
- 25 På grundval av referentens rapport beslutade domstolen efter att ha hört generaladvokaten att inleda det muntliga förfarandet i de båda målen utan att vidta föregående åtgärder för bevisupptagning.

Parternas yrkanden

I mål C-68/94

- 26 Republiken Frankrike har yrkat att domstolen skall
- ogiltigförklara det omtvistade beslutet,
 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

27 Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— ogilla talan,

— förplikta Republiken Frankrike att ersätta rättegångskostnaderna.

28 Förbundsrepubliken Tyskland, som intervenerat till stöd för kommissionens yrkande, har yrkat att domstolen skall

— ogilla talan.

I mål C-30/95

29 SCPA och EMC har yrkat att domstolen skall

— ogiltigförklara artikel 1 i det omtvistade beslutet i den del det föreskrivs att koncentrationen för att förklaras förenlig med den gemensamma marknaden skall uppfylla de i punkt 63 angivna villkoren,

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del det godkänner åtagandet av K+S, som nämns i punkt 65 i samma beslut, att före den 30 juni 1994 ändra bolaget Potacans struktur så, att varje aktieägare i detta bolag, oberoende av andra aktieägare, skall kunna saluföra kaliumklorid inom gemenskapen som de förvärvat av Potacan,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna,

— förplikta de intervenerande företagen att bära sina rättegångskostnader.

30 Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— avvisa talan,

— ogilla talan,

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

31 Republiken Frankrike, som har intervenerat till stöd för sökandenas yrkanden, har yrkat att domstolen skall

— bifalla sökandenas yrkande om ogiltigförklaring av en del av det omtvistade beslutet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

32 De intervenerande företagen Kali und Salz Beteiligungs-AG och Kali und Salz GmbH, som trätt i K+S respektive MdK:s ställe, stöder kommissionens yrkanden och har yrkat att domstolen skall förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Förening av målen C-68/94 och C-30/95

33 På grund av sambandet mellan de två målen, vilket har bekräftats under det muntliga förfarandet, skall målen i enlighet med artikel 43 i rättegångsreglerna förenas vad gäller domen.

Upptagande till sakprövning (mål C-30/95)

- 34 Kommissionen har gjort en invändning om rättegångshinder, som även kan vara av betydelse för avgörandet i sak, vad gäller den talan om ogiltigförklaring som väckts av SCPA och EMC. Denna invändning kan indelas i tre delar. För det första har kommissionen bestritt att det är möjligt att yrka delvis ogiltigförklaring i föreliggande fall. För det andra har den hävdats att sökandebolagen varken är direkt eller personligen berörda av det omtvistade beslutet. För det tredje har kommissionen gjort gällande att den endast har noterat åtagandet avseende bolaget Potacan och att detta inte är att karaktärisera som ett beslut.

Yrkandet om delvis ogiltigförklaring

- 35 Kommissionen har hävdats att en ogiltigförklaring av redan ett enda av de villkor som gäller för förklaringen om att koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden skulle ändra själva kärnan i det omtvistade beslutet, eftersom villkoren för att bevilja koncentrationen inte längre skulle vara uppfyllda. Detta skulle medföra att kommissionen blev tvungen att återkalla beslutet i dess helhet.
- 36 Sökandebolagen har däremot gjort gällande att de omtvistade villkoren skulle kunna skiljas från resten av beslutet och att en ogiltigförklaring av dessa endast skulle göra beslutet villkorslöst. Därmed skulle artikel 8.5 i förordningen, enligt vilken kommissionen kan återkalla sitt beslut om parterna åsidosätter ett åtagande, inte vara tillämplig.
- 37 Som generaladvokaten påpekar i punkt 26 i sitt förslag till avgörande finns det anledning pröva denna invändning samtidigt med saken, eftersom det då kommer att vara möjligt att kontrollera om en eventuell ogiltigförklaring av villkoren skulle inverka på beslutet i övrigt och medföra att hela beslutet ogiltigförklaras.

Rätt att föra talan

- 38 Kommissionen har gjort gällande att enligt artikel 173 i fördraget kan enskilda, som kan anses som utomstående i förhållande till ett av institutionerna fattat beslut som riktats till andra enskilda, väcka talan om ogiltigförklaring av ett sådant beslut endast om de är direkt och personligen berörda av detta beslut. Enligt kommissionen är dock varken SCPA eller EMC direkt och personligen berört av det omtvistade beslutet.
- 39 Kommissionen har i detta hänseende påpekat att, i motsats till vad som krävs enligt fast rättspraxis (se dom av den 15 juli 1963 i mål 25/62, Plaumann mot kommissionen, REG 1963, s. 197, svensk specialutgåva, häfte 1, och av den 24 februari 1987 i mål 26/86, Deutz und Geldermann mot rådet, REG 1987, s. 941), sökandebolagen inte är berörda, på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem i förhållande till alla andra personer och därigenom försätter dem i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett beslut är riktat till. Dessa bolag, som namnges i det omtvistade beslutet, har inte deltagit i förfarandet vid kommissionen, och de kan därför inte anses som personligen berörda av beslutet. Kommissionen har i detta avseende särskilt gjort gällande att i motsats till de kriterier som fastställdes i dom av den 28 januari 1986 i målet 169/84, Cofaz m. fl. mot kommissionen (REG 1986, s. 391, svensk specialutgåva, häfte 8) var dessa bolag inte inblandade i förfarandet från början och har inte avgjort förfarandets förlopp genom sina yttranden. Vidare skulle SCPA i egenskap av aktieägare i Kali-Export ha berörts av det omtvistade beslutet på samma sätt som en annan aktieägare i kartellen, Coposa, medan EMC inte skulle kunna åberopa den omständigheten, att det är aktieägare i ett bolag som berörs av ett beslut om koncentration, som stöd för att anses personligen berörd av detta beslut (förstainstansrättens dom av den 28 oktober 1993 i mål T-83/92, Zunis Holding m. fl. mot kommissionen (REG 1993, s. II-1169). Slutligen skulle den omständigheten att EMC innehar 50 procent av aktierna i bolaget Potacan inte vara tillräcklig för att anse EMC personligen berört av beslutet, eftersom åtagandet avseende Potacan inte var av beslutsmässig karaktär.
- 40 De intervenerande bolagen har hävdatt att de ensamma är berörda av de villkor som kommissionen uppställt. Dessa villkor kan på sin höjd påverka sökandebolagens intressen indirekt, vilket enligt rättspraxis inte är ett tillräckligt skäl för att ge dem

rätt att väcka talan mot nämnda villkor (domstolens dom av den 18 mars 1975 i mål 72/74, Union syndicale Service public européen m. fl. mot rådet, REG 1975, s. 401, och av den 28 oktober 1982 i mål 135/81, Groupement des agences de voyages mot kommissionen, REG 1982, s. 3799).

- 41 Till stöd för att deras talan skall upptas till sakprövning har sökandebolagen för det första gjort gällande att de utpekats med namn inte bara i det omtvistade beslutet utan även i kommissionens argument och motivering.
- 42 De har vidare framhållit att vid bedömningen av om en enskild är personligen berörd av ett beslut skall det, enligt rättspraxis, och i synnerhet enligt domen i det ovannämnda målet Cofaz m. fl. mot kommissionen, beaktas dels den skada det ifrågavarande företaget åsamkats, dels företagets roll i förfarandet vid kommissionen.
- 43 Vad beträffar skadan har sökandebolagen hävdatt att SCPA har åsamkats skada på grund av avvecklingen av Kali-Export, vilket var en direkt följd av att K+S tvingades dra sig ur Kali-Export. I likhet härmed var skyldigheten för K+S att upphöra med distributionen genom SCPA av naturliga skäl till skada för det sistnämnda bolaget. Den omständigheten att kommissionen godtog K+S åtagande att ändra bolaget Potacans struktur medför ett krav på en uppdelning av produktionen, som vore mycket skadlig för EMC och Potacan men som däremot skulle kunna vara förhållandevis fördelaktig för K+S. Vad beträffar det andra villkor som fastställdes i domen Cofaz m. fl. mot kommissionen, står det klart att båda sökandebolagen deltog i förfarandet som ledde till det omtvistade beslutet.
- 44 Slutligen anser sig SCPA och EMC berörda av detta beslut på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem.

- 45 SCPA är i hög grad beroende av Kali-Export för en stor del av sin export, vilket skiljer detta bolag från Coposa. Mellan 50 och 60 procent av SCPA:s export sker genom förmedling av Kali-Export, och exporten motsvarar i sig omkring 15 procent av hela bolagets försäljning. SCPA:s situation skiljer sig från Coposas även genom att det franska företaget berörs av villkoret att distributionsförbindelserna mellan SCPA och K+S måste upphöra och genom åtagandet avseende bolaget Potacan. I alla händelser följer det inte av ovannämnda dom i målet Plaumann mot kommissionen att två eller flera personer inte kan anses personligen berörda av samma beslut. Tvärtom har domstolen vid flera tillfällen fastslagit att talan väckt av flera personer kan upptas till sakprövning (domen i det ovannämnda målet Cofaz m. fl. mot kommissionen, dom av den 13 maj 1971 i de förenade målen 41/70—44/70, International Fruit Company m. fl. mot kommissionen, REG 1971, s. 411, och av den 14 november 1984 i mål 323/82, Intermills mot kommissionen, REG 1984, s. 3809; svensk specialutgåva, häfte 7).
- 46 Enligt sökandebolagen berörs EMC personligen av det omtvistade beslutet, dels genom att beslutet innebär att K+S tvingas att föreslå ändringar av bolaget Potacans struktur, vilket kommer att skada såväl det sistnämnda företaget som EMC, dels genom att det föranleder en avveckling av Kali-Export, varvid EMC-koncernen kommer att sakna en försäljningsorganisation för en stor del av sin export. Vidare innehar EMC enligt sökandebolagen samtliga aktier i SCPA.
- 47 Vad beträffar frågan huruvida sökandebolagen är direkt berörda av det omtvistade beslutet har dessa påpekat att såväl SCPA:s utträde ur Kali-Export som det förhållandet att distributionsförbindelserna mellan SCPA och K+S upphör är direkta följder av nämnda beslut.
- 48 Det kan inledningsvis erinras om att enligt artikel 173 fjärde stycket i fördraget får en fysisk eller juridisk person väcka talan mot ett beslut som är riktat till en annan person endast om det direkt och personligen berör honom. Då det omtvistade beslutet är riktat till K+S, MdK och Treuhand finns det anledning att kontrollera om sökandebolagen är direkt och personligen berörda av detta.

49 Vad för det första avser frågan huruvida det omtvistade beslutet berör de sistnämnda bolagen direkt, måste det konstateras att de villkor som skall vara uppfyllda för att koncentrationen skall kunna förklaras vara förenlig med den gemensamma marknaden innefattar åtaganden gentemot kommissionen av parterna i koncentrationen, vilkas fullgörande såväl rättsligt som faktiskt påverkar SCPA:s situation. För det första innebär K+S/MdK:s utträde ur Kali-Export i föreliggande fall att denna exportkartells fortsatta verksamhet hotas och således även SCPA:s ställning, som inte har någon försäljningsorganisation som kan avsätta bolagets produkter på de viktigaste exportmarknaderna. För det andra innebär uppfyllandet av det andra villkoret i artikel 1 i det omtvistade beslutet att distributionsförbindelserna mellan SCPA och K+S upphör.

50 Vad beträffar EMC framgår det av det omtvistade beslutet att kommissionen ansåg att detta företag tillsammans med SCPA utgjorde en och samma enhet. EMC ansågs i punkt 64 i det omtvistade beslutet som den faktiska adressaten tillsammans med SCPA för villkoret avseende Kali-Export, trots att det endast var SCPA som formellt deltog i den aktuella kartellen. I föreliggande fall beror likställandet av de två bolagen på att EMC innehar samtliga aktier i SCPA. EMC:s ställning kan således inte i övrigt skiljas från SCPA:s ställning i fråga om rätten att väcka talan.

51 Även om det slutligen är riktigt att de villkor som kommissionens omtvistade beslut är förenat med endast kan inverka på sökandebolagens intressen om parterna i koncentrationen fullgör de åtaganden som villkoren innefattar, kan det emellertid inte råda något tvivel om att då dessa parter gentemot kommissionen åtagit sig att vidta vissa åtgärder i utbyte mot att koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden, är den vilja som parterna i koncentrationen manifesterar i fråga om att fullgöra sina åtaganden fast och orubblig, i synnerhet som kommissionen enligt artikel 8.5 b i förordningen kan återkalla sitt beslut, om de berörda företagen åsidosätter ett åläggande som beslutet var förenat med (se med denna innebörd dom av den 17 januari 1985 i mål 11/82, Piraiki-Patraiki m. fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 207, punkt 7—9).

- 52 Följaktligen skall SCPA och EMC anses direkt berörda av det omtvistade beslutet, såvitt avser de däri uppställda villkor som nämnts i punkt 49 i föreliggande dom.
- 53 Vad för det andra gäller frågan huruvida sökandebolagen även är personligen berörda finns det inledningsvis anledning erinra om, såsom domstolen preciserade i domen i ovannämnda målet Plaumann mot kommissionen, att andra än dem till vilka beslutet är riktat endast kan göra gällande att de är personligen berörda, om beslutet berör dem på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem i förhållande till alla andra personer och därigenom försätter dem i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett beslut är riktat till.
- 54 Med hänsyn till att domstolen i detta hänseende i sin rättspraxis har lagt vikt vid den roll som fysiska och juridiska personer spelat inom ramen för det administrativa förfarandet (se med denna innebörd dom av den 20 mars 1985 i mål 264/82, Timex mot rådet och kommissionen, REG 1985, s. 849; svensk specialutgåva, häfte 8, och dom i ovannämnda målet Cofaz m. fl. mot kommissionen, punkt 24), finns det anledning att för det första framhålla att sökandebolagen har yttrat sig under det administrativa förfarandet vid kommissionen, vilket även har beaktats av denna i det omtvistade beslutet. Det framgår särskilt av handlingarna i målet att kommissionen till följd av bolagens farhågor avstod från att göra de åtaganden som parterna i koncentrationen gjort avseende Potacan till ett formellt villkor för att koncentrationen skulle anses som förenlig med den gemensamma marknaden.
- 55 Det framgår vidare av det omtvistade beslutet, och i synnerhet av punkt 51—64 att situationen för EMC/SCPA, med avseende på den ifrågasatt koncentrationen, klart skiljer sig från den situation som de andra berörda leverantörerna av kaliumklorid befinner sig i. Villkoren för att koncentrationen skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden är nämligen ett resultat av kommissionens bedömning av den konkurrenssituation som skulle uppkomma genom koncentrationen, vid vilken den i huvudsak har beaktat situationen för EMC/SCPA som en del i ett duopol tillsammans med K+S/MdK.

- 56 Det framgår slutligen att dessa villkor, som syftar till att lösa upp banden mellan K+S och EMC/SCPA, i huvudsak gäller den senare enhetens intressen och är av sådant slag att dess marknadsställning väsentligt påverkas.
- 57 Enbart den omständigheten att även Coposas intressen berörs av ett av de ifrågasvarande villkoren, närmare bestämt kravet att K+S/MdK skall dra sig ur Kali-Export, kan mot denna bakgrund inte i sig utesluta att sökandebolagen är personligen berörda av det omtvistade beslutet genom de däri uppställda villkoren.
- 58 Det finns därför anledning anse att sökandebolagen är personligen berörda av det omtvistade beslutet genom de däri uppställda ovannämnda villkoren.
- 59 Följaktligen kan den andra delen av kommissionens invändning om rättegångshinder inte godtas.

Huruvida det är möjligt att angripa det omtvistade beslutet såvitt det gäller åtagandet avseende bolaget Potacan

- 60 Kommissionen och de intervenerande bolagen har hävdat att den del av beslutet som gäller åtagandet avseende bolaget Potacan inte kan jämföras med ett beslut mot vilket talan kan väckas med stöd av artikel 173 i fördraget, eftersom beslutet i denna del inte kan ge upphov till bindande rättsverkningar av sådan art att sökandebolagens intressen berörs. Detta åtagande har inte utgjort ett formellt villkor i den mening som avses i artikel 8.2 i förordningen. Kommissionen har påpekat att den enbart har noterat åtagandet av K+S.

- 61 Sökandebolagen anser att åtagandet, som föreslogs av K+S och godtogs av kommissionen, skapar en skyldighet för K+S och därför skall jämföras med ett villkor i den mening som avses i artikel 8.2 i förordningen. För dessa bolag kan det ifrågasättande åtagandet anses likna det som gjordes av de berörda företagen i det så kallade "pappersmasskartellen II"-målet (dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m. fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307; svensk specialutgåva, häfte 14). Domstolen jämförde där de skyldigheter som uppkom genom nämnda företags åtagande med ålägganden att upphöra med överträdelser i enlighet med artikel 3 i förordning nr 17.
- 62 Det kan erinras om att enligt domstolens fasta rättspraxis utgörs rättsakter eller beslut som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring, i den mening som avses i artikel 173 i fördraget, av åtgärder som medför bindande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen, genom att på ett tydligt sätt förändra dennes rättsliga läge (dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen, REG 1981, s. 2639, punkt 9, svensk specialutgåva, häfte 6).
- 63 Vid bedömningen av om en rättsakt eller ett beslut ger upphov till sådana verkningar skall hänsyn tas till dess innehåll i sak.
- 64 Det framgår av punkterna 65 och 67 i det omtvistade beslutet att kommissionen, utan att göra det till formellt krav, dels noterade K+S åtagande att före den 30 juni 1994 anpassa Potacans struktur så, att varje delägare oberoende av de andra skulle kunna saluföra kaliumklorid som framställts av detta bolag på gemenskapsmarknaden, dels utgick från att K+S i princip skulle vidta alla nödvändiga åtgärder för att tillsammans med EMC/SCPA träffa en överenskommelse om hur Potacan skulle kunna omstruktureras för att uppfylla nämnda villkor.
- 65 I punkt 66 i det omtvistade beslutet preciseras att en omstrukturering av Potacan endast kan ske i samförstånd med den franska delägaren.

- 66 Det framstår således som att K+S åtagande verkligen hade till syfte att inleda förhandlingar med EMC/SCPA om en omstrukturering av Potacan.
- 67 Även om det antas att den del av det omtvistade beslutet som gäller K+S åtagande avseende Potacan är rättsligt bindande för K+S, kan det under inga omständigheter ge upphov till bindande rättsverkningar som kan påverka enheten EMC/SCPA:s intressen, genom att på ett tydligt sätt förändra dess rättsliga läge. EMC/SCPA:s rättsliga läge kan nämligen inte påverkas i föreliggande fall annat än om enheten av fri vilja medverkar till det. I det aktuella fallet är detta likvärdigt med ett konstaterande att den del av det omtvistade beslutet som gäller åtagandet avseende Potacan i sak inte berör EMC/SCPA direkt.
- 68 Sedan detta konstaterats skall det emellertid framhållas, såsom generaladvokaten gör i punkt 38 i sitt förslag till avgörande, att den tvetydighet som präglar kommissionens åtgärder, såsom framgår av punkt 67 i det omtvistade beslutet och som har angetts ovan i punkt 16 i föreliggande dom, har skapat en olycklig blandning mellan det förfarande som regleras i förordningen och det som omfattas av förordning nr 17.
- 69 Med hänsyn till det ovan anförda skall den tredje delen av kommissionens invändning om rättegångshinder godtas.

Huruvida det saknas berättigat intresse av att få saken prövad

- 70 De intervenerande företagen har gjort gällande att, eftersom de två åtaganden som sökandebolagen var bundna av enligt villkoren i det omtvistade beslutet redan har fullgjorts, dessa bolag inte längre har intresse av att villkoren ogiltigförklaras av domstolen då dessa således upphört att gälla. Däremot har inte kommissionen gjort gällande att sökandebolagen saknar berättigat intresse av att få saken prövad.

- 71 Enligt sökandebolagen följer det av domen av den 5 mars 1980 i mål 76/79, Könecke mot kommissionen (REG 1980, s. 665), att det inte utgör hinder för en talan om ogiltigförklaring att ett beslut har verkställts, eftersom en sådan talan kan ligga till grund för en eventuell skadeståndstalan.
- 72 Det kan i detta hänseende erinras om att enligt artikel 37 tredje stycket i EG-stadgan för domstolen får endast yrkanden som framställts av en av parterna biträdas genom yrkanden i interventionsansökan. Vidare måste intervenienten enligt artikel 93.4 i rättegångsreglerna godta målet sådant det föreligger vid tidpunkten för hans intervention. Av detta följer att intervenienterna inte har rätt att göra en invändning om rättegångshinder och att domstolen således inte är skyldig att pröva de grunder som de har åberopat (se med denna innebörd dom av den 15 juni 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen, REG 1993, s. I-3203, punkterna 11 och 12; svensk specialutgåva, häfte 14).
- 73 Såsom domstolen emellertid erinrade om i beslut av den 24 september 1987 i målet 134/87, Vlachou mot revisionsrätten (REG 1987, s. 3633, punkt 6), kan domstolen i enlighet med artikel 92.2 i rättegångsreglerna när som helst på eget initiativ pröva om talan skall avvisas till följd av att det föreligger ett rättegångshinder som inte kan avhjälpas.
- 74 Oberoende av frågan huruvida den invändning om rättegångshinder som framförts av de intervenerande företagen skall anses som ett rättegångshinder som inte kan avhjälpas, måste det konstateras att enligt domen i ovan nämnda målet Könecke mot kommissionen, punkt 9, fyller talan om ogiltigförklaring i varje fall en funktion som grund för en eventuell skadeståndstalan, även för det fall då det på grund av omständigheterna visar sig omöjligt för den institution som har utfärdat den ogiltigförklarade rättsakten att fullgöra sin skyldighet att vidta de åtgärder som följer av domstolens dom.
- 75 Mot bakgrund av det ovan anförda kan det under inga omständigheter anses att sökandebolagen saknar ett berättigat intresse av att få saken prövad.

Prövning i sak*Sökandenas grunder*

- 76 Republiken Frankrike och sökandebolagen har yrkat att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras i sin helhet respektive till viss del. Deras olika anmärkningar överensstämmer delvis och kan indelas i fyra huvudgrunder, varav de två första enbart har återopats av den franska regeringen. Då de två senare grunderna är gemensamma kommer de att behandlas i ett sammanhang. För det första har kommissionen inte iakttagit sin skyldighet att samarbeta med nationella myndigheter. För det andra har den gjort en oriktig bedömning av effekterna av koncentrationen på den tyska marknaden. För det tredje har den gjort en oriktig bedömning av effekterna av koncentrationen på gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland. För det fjärde är det inte möjligt att med stöd av förordningen göra ett beslut om att förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden beroende av att villkor och ålägganden uppställs som återverkar på företaget som står utanför koncentrationen.

A — Huruvida skyldigheten att samarbeta med nationella myndigheter inte har iakttagits

- 77 Den franska regeringen har med denna grund gjort gällande att kommissionen inte har iakttagit sina skyldigheter enligt artikel 19 i förordningen, i vilken föreskrivs att kommissionen skall vidta åtgärder i nära och ständig samverkan med medlemsstaternas behöriga myndigheter, bland annat genom att dels så snart som möjligt översända kopior av de viktigaste handlingar som tillställs eller utfärdas av kommissionen, dels möjliggöra för den rådgivande kommittén att avge sitt yttrande med full kännedom om saken.
- 78 Vad beträffar den förstnämnda skyldigheten har den franska regeringen påpekat att kommissionen inte i tid har tillställt de nationella myndigheterna uppgifter som är

oundgängliga för bedömningen av om definitionen av de ifrågavarande marknaderna är riktig och av koncentrationens effekter på konkurrensen. I föreliggande fall rör det sig om de sifferuppgifter som kommissionen grundade sig på i sitt meddelande om anmärkningar, vilka uttrycker varje företags försäljning fördelad per medlemsstat. Efter upprepade påstötningar från de franska myndigheterna (tjänsten för konkurrens och verksamhetsstyrning vid ekonomiministeriet) inskränkte sig kommissionen till att lämna vissa begärda uppgifter per telefon. Den franska regeringen har framhållit att, trots att den franska myndigheten därefter översände en ny skrivelse till kommissionen för att den skulle få tillgång till samtliga nödvändiga uppgifter och för att de uppgifter som lämnats muntligen skulle bekräftas skriftligen, det var först den 3 december 1993, den dag då den rådgivande kommittén sammanträdde, som kommissionen formellt lämnade de uppgifter som hade begärts sedan den 18 oktober samma år. Det framgick dessutom felaktigt av den handling som innehöll dessa uppgifter att SCPA i Belgien och Luxemburg avsatte 221 000 ton produkter i stället för 22 000.

- 79 Vad beträffar den andra skyldigheten har den franska regeringen gjort gällande att det var alldeles för sent att överlämna sifferuppgifterna i samband med den rådgivande kommitténs sammanträde. Enligt regeringen borde dessa uppgifter ha lämnats senast tillsammans med utkastet till beslutet som bifogades kallelsen till den rådgivande kommitténs sammanträde. Genom detta handlingssätt har kommissionen hindrat den rådgivande kommittén från att avge ett väl underbyggt yttrande om utkastet till beslut.
- 80 Sammanfattningsvis har den franska regeringen hävdatt att kommissionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter för hur det omtvistade beslutet skulle fattas och att detta åsidosättande sannolikt har medfört ett annat resultat än det som hade varit fallet om dessa formföreskrifter hade iakttagits (dom av den 21 mars 1990 i mål C-142/87, Belgien mot kommissionen, REG 1990, s. I-959, svensk specialutgåva, häfte 10).
- 81 Kommissionen har bestritt att uppgifterna om vilka kaliumkloridkvantiteter som saluförs i varje medlemsstat av de olika företag som är verksamma inom gemenskapen tillhörde de viktigaste handlingarna i det pågående förfarandet i den mening

som avses i artikel 19.1 i förordningen. I alla händelser lämnades dessa uppgifter till de franska myndigheterna per telefon den 5 november 1993 med förbehåll för justering beroende på att kommissionens undersökning pågick.

- 82 Kommissionen har påpekat att meddelandet om anmärkningar, som tillställdes den franska regeringen den 14 oktober 1993, samt utkastet till beslut som meddelades den 16 november 1993 innehåller samtliga viktiga omständigheter, inklusive marknadsandelar för företag verksamma inom gemenskapen, så att de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna hade tillräckliga uppgifter för att kunna avge ett välgrundat yttrande. Uppgifterna om försäljningsvolymen av kaliumklorid skulle nämligen enbart tjäna som stöd för uppgifterna om marknadsandelar.
- 83 Vad beträffar skrivfelet i uppgiften om SCPA:s försäljningsvolym av kaliumklorid i Belgien och Luxemburg, har detta enligt kommissionen inte kunnat påverka den rådgivande kommitténs yttrande, eftersom felet var uppenbart. Kommissionen har i detta avseende påpekat att denna felaktiga uppgift inte har inverkat vare sig på marknadsandelarna i den andra kolumnen i tabellen över den belgisk-luxemburgska marknaden eller på den sammanlagda försäljningen på denna marknad. Mot denna bakgrund är det inte sannolikt att medlemmarna av den rådgivande kommittén, vilka är experter i fråga om koncentrationer, skulle ha vilseletts av nämnda skrivfel.
- 84 Det kan erinras om att enligt artikel 19.1 i förordningen skall kommissionen ”inom tre arbetsdagar till medlemsstaternas behöriga myndigheter översända kopior av anmälningar samt, så snart som möjligt, även av de viktigaste handlingar som tillställs eller utfärdas av kommissionen enligt denna förordning”. I punkt 2 i denna bestämmelse preciseras att ”[k]ommissionen skall vidta åtgärder enligt denna förordning i nära och ständig samverkan med medlemsstaternas behöriga myndigheter, som har rätt att framföra sina synpunkter på dessa åtgärder”. Slutligen skall

enligt artikel 19 representanter för medlemsstaternas myndigheter ingå i en rådgivande ad hoc-kommitté, som skall avge ett yttrande på grundval av en redogörelse för ärendet, med angivelse av de viktigaste handlingarna och ett utkast till beslut.

85 Det har i föreliggande fall inte bestritts att kommissionen, till de franska myndigheterna och den rådgivande kommittén, i tid översänt såväl de anmärkningar som riktades till de parter som anmält koncentrationsplanen, som utkastet till beslut om den aktuella koncentrationen.

86 Utkastet till beslut innehåller bland annat följande uppgifter:

Den tyska marknaden

— De tyska producenterna av kaliumklorid har nästan monopol på den tyska marknaden, vilken av olika skäl är en mycket svag importmarknad.

Gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland

— Coposa innehar omkring 85 procent av den spanska marknaden. Till skillnad från Tyskland importerar emellertid Spanien betydande och ökande kvantiteter kaliumklorid från den brittiska producenten Cleveland Potash Ltd (nedan kallad CPL) samt i mindre grad från producenter i tredje länder, såsom DSW (israelisk producent).

- SCPA kontrollerar inte distributionen i Frankrike i samma utsträckning som K+S gör i Tyskland. CPL har nämligen lyckats inrätta en egen distributionsorganisation där. I motsats till situationen i Tyskland kan sådana gödningsmedel innehållande kaliumklorid som franska gruvor kan framställa även erhållas från källor utanför Frankrike.
- K+S/MdK och SCPA har tillsammans marknadsandelar som uppgår till omkring 50 procent (mellan 15 och 20 procent för K+S, mindre än 10 procent för MdK och omkring 25 procent för SCPA). Med hänsyn till att SCPA även saluför stora kvantiteter kaliumklorid från andra leverantörer, och bland annat produkter som importerats från tredje land, motsvarar den sammanlagda försäljning som kontrolleras av K+S/MdK och SCPA tillsammans en marknadsandel på omkring 60 procent.
- Importen från Oberoende staters samväldie (nedan kallat OSS) uppgår till 8 procent (omkring 5 procent om man utesluter import från OSS som kanaliseras genom SCPA).
- CPL innehar 15 procent av marknaden.
- Coposa innehar mindre än 10 procent av marknaden.
- DSW har en marknadsandel om litet mer än 5 procent.
- PCA (kanadensisk producent) har en marknadsandel om mindre än 5 procent.
- Canpotex (kanadensisk producent) har en marknadsandel om mindre än 1 procent.
- APC (jordansk producent) har en marknadsandel om mindre än 1 procent.

— Oberoende av om de har egen produktion av kaliumklorid eller inte importerar samtliga medlemsstater med undantag av Tyskland betydande kvantiteter produkter från andra medlemsstater och ibland från tredje land.

87 Mot denna bakgrund kan den handling, i vilken varje företags försäljning anges, fördelad per medlemsstat, inte anses som en av de viktigaste handlingar som kommissionen i enlighet med artikel 19 i förordningen är skyldig att dels översända så snart som möjligt till medlemsstaternas behöriga myndigheter, dels ange i redogörelsen för ärendet som fogats till kallelsen till den rådgivande kommittén. Uppgifterna i denna handling är inte av sådant slag att det finns anledning att ifrågasätta marknadsläget, såsom detta framgår av uppgifterna i utkastet till beslut, vilka nämns i punkt 86 i föreliggande dom. Detta konstaterande gäller även uppgiften i nämnda handling som gäller de kvantiteter kaliumklorid som SCPA avsätter i Belgien och Luxemburg. Såsom kommissionen helt riktigt har påpekat framgår det av andra relevanta sifferuppgifter i handlingen att denna uppgift är uppenbart felaktig.

88 Det står således inte klart att kommissionens skyldigheter enligt artikel 19 i förordningen har åsidosatts i föreliggande fall.

89 Talan kan således inte vinna bifall på den första grunden.

B — Oriktig bedömning av koncentrationens effekter på den tyska marknaden

90 Den franska regeringen har klandrat kommissionen för att den inte har tillämpat förordningen riktigt genom att, med stöd av teorin om företag på obestånd ("failing company defence") och utan att uppställa något villkor, ha godkänt en koncentration som ger upphov till ett monopol på den tyska marknaden för kaliumklorid.

- 91 Vad beträffar den felaktiga tillämpningen av denna teori har den franska regeringen erinrat om att det handlar om en teori som har sin grund i den amerikanska antitrustlagstiftningen, enligt vilken en koncentration inte kan anses skapa eller förstärka en dominerande ställning när följande villkor är uppfyllda:
- a) Ett av företagen i koncentrationen befinner sig i en sådan situation att det inom en nära framtid inte kommer att kunna fullgöra sina åtaganden.
 - b) Företaget kan inte med framgång omorganiseras i den mening som avses i kapitel 11 i Bankruptcy Act.
 - c) Det finns inga andra lösningar som är mindre skadliga för konkurrensvillkoren än koncentration.
 - d) Det företag som är på obestånd kommer att försvinna från marknaden om koncentrationen inte genomförs.
- 92 Kommissionen har hänvisat till teorin om failing company defence utan att beakta samtliga kriterier i den amerikanska antitrustlagstiftningen och i synnerhet inte dem som nämns i punkterna a och b, trots att enbart en fullständig tillämpning av de amerikanska kriterierna säkerställer införandet av en undantagsmekanism som kan tillämpas utan att en redan otillfredsställande konkurrenssituation förvärras.
- 93 Den franska regeringen har hävdatt att kommissionen, som ansåg att K+S under alla omständigheter skulle komma att överta MdK:s andel av den tyska marknaden, godtyckligt har infört ett kriterium om övertagande av marknadsandelar.

- 94 Enligt den franska regeringen bevisar den omständigheten att K+S skulle överta MdK:s marknadsandel för det fall det sistnämnda företags verksamhet upphör, att den tyska marknaden är stängd för konkurrens, men inte att det kan uteslutas att koncentrationen är skadlig i konkurrenshänseende.
- 95 Vidare har kommissionen inte visat att dess kriterier, avseende att företags verksamhet skulle upphöra samt frånvaron av ett förvärvsalternativ som är mindre skadligt för konkurrensen, verkligen var uppfyllda i föreliggande fall.
- 96 Vad beträffar att MdK:s verksamhet skulle upphöra om koncentrationen inte genomfördes har den franska regeringen påpekat att kommissionen fullständigt har bortsett från den möjligheten att MdK, genom en självständig omstrukturering med hjälp av finansiellt stöd från Treuhand i överensstämmelse med artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget, skulle kunna återfå sin lönsamhet.
- 97 Slutligen har kommissionen enligt den franska regeringen inte visat att det inte fanns ett annat möjligt övertagande som vore mindre skadligt för konkurrensen. Den franska regeringen har i detta hänseende påpekat att fackföreningarna vid MdK hade hävdade att det förelåg en brist på insyn i anbudsförfarandet.
- 98 Vad gäller avsaknaden av villkor för godkännande av koncentrationen på den tyska marknaden har regeringen hävdade att det omtvistade beslutet i alla händelser är uttryck för en uppenbart oriktig bedömning och strider mot artikel 2.3 i förordningen, på grund av att beslutet villkorslöst godkänner koncentrationen på den tyska marknaden, på vilken det gemensamma företaget skulle komma att få 98 procent av marknadsandelarna. Det står nämligen klart att den ifrågavarande koncentrationen stärker K+S dominerande ställning i Tyskland och påtagligt hämmar konkurrensen på en betydande del av den gemensamma marknaden.

- 99 Regeringen har i detta avseende påpekat att även om målet med den ekonomiska och sociala sammanhållning som avses i artiklarna 2 och 3 j i EG-fördraget, och som även anges i trettonde övervägandet till förordningen till vilket kommissionen hänvisat i sitt beslut, skall beaktas vid bedömningen av koncentrationen, kan det i varje fall inte motivera ett godkännande som äventyrar det huvudsakliga målet för gemenskapens kontroll av koncentrationer, närmare bestämt värnandet om konkurrensen. Kommissionen kan slutligen nämligen endast godkänna en koncentration med återopande av målet med ekonomisk och social sammanhållning om de anmälande företagen, i likhet med bolaget Nestlé i kommissionens beslut 92/553/EEG av den 22 juli 1992 om ett förfarande i enlighet med rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (ärende nr IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (EGT L 356, s. 1, nedan kallat beslutet Nestlé/Perrier), gjort tydliga och tillräckliga åtaganden som syftar till att öppna den relevanta marknaden för konkurrens.
- 100 Kommissionen har medgett att den i det omtvistade beslutet inte fullständigt anslutit sig till den amerikanska teorin om "failing company defence". Den kan emellertid inte se hur detta skulle kunna inverka på beslutets lagenlighet.
- 101 Kommissionen anser vidare att den tillfredsställande har styrkt att de kriterier den beaktat vid tillämpningen av teorin om "failing company defence" verkligen var uppfyllda i föreliggande fall.
- 102 Vad beträffar risken för att MdK:s verksamhet snabbt skulle upphöra om detta företag inte övertogs av ett annat företag har kommissionen erinrat om att den i punkterna 76 och 77 i det omtvistade beslutet konstaterar att det inte kan förväntas att Treuhand i längden skall täcka förluster i ett olönsamt företag med statliga medel och att, även om en nedläggning inte är omedelbart förestående på grund av social-, regional- eller allmänpolitiska hänsyn, det är sannolikt att företaget kommer att läggas ned inom en nära framtid.

- 103 Det är vidare enligt kommissionen ostridigt att MdK:s marknadsandel i Tyskland med största sannolikhet skulle övertas av K+S.
- 104 Vad beträffar villkoret att det inte fanns andra förvärv av MdK som vore mindre skadliga för konkurrensen har kommissionen hänvisat till punkt 81—90 i det omtvistade beslutet. Den anser vidare att den franska regeringen inte har visat, på vilket sätt den kritik som fackföreningarna vid MdK har uttalat skulle kunna föranleda ett ifrågasättande av kommissionens bedömning. För övrigt inskränkte sig kommissionen inte till att konstatera att det inte framkommit någon annan förvärvare vid andbudsförfarandet utan genomförde själv en kompletterande undersökning.
- 105 Vad gäller avsaknaden av villkor för godkännandet av koncentrationen på den tyska marknaden har den franska regeringen enligt kommissionen inte preciserat vilka åtaganden som K+S och MdK skulle ha kunnat göra för att öppna den tyska marknaden för konkurrens. Det argument som den franska regeringen tror sig kunna åberopa med stöd av det ovannämnda beslutet Nestlé/Perrier saknar relevans. I det beslutet kunde, enligt kommissionen, koncentrationen godkännas på grund av vissa åtaganden avseende konkurrensstrukturen på den relevanta produktmarknaden. För att öppna den tyska marknaden för konkurrens skulle man i föreliggande fall ha behövt ändra konkurrensstrukturen och inte köparnas betende. Även om den tyska marknaden hade kunnat öppnas med hjälp av strukturella medel, finns det enligt kommissionen anledning konstatera att förvärvet av MdK inte har kunnat lösas på ett sätt som vore mindre skadligt för konkurrensen.
- 106 Den tyska regeringen har hävdatt att det i enlighet med artikel 2.3 i förordningen endast är tillåtet att förbjuda en koncentration om den medför en försämring av konkurrensvillkoren. Orsakssamband mellan koncentrationen och dess effekter på konkurrensen saknas emellertid även om det kan förväntas att konkurrensvillkoren, också utan koncentrationen, skulle försämrats i samma grad. Denna situation föreligger när de tre villkor som kommissionen har uppställt är uppfyllda.

- 107 Den tyska regeringen anser i motsats till den franska regeringen att kommissionen tillfredsställande har styrkt att dess villkor var uppfyllda. För det första var MdK inte i sig lönsamt, det vill säga det skulle inte vara möjligt att rekonstruera företaget och samtidigt bibehålla dess självständiga ställning på marknaden. Kommissionen har i punkt 76 i det omtvistade beslutet klart motiverat varför MdK inte på lång sikt skulle kunna rekonstrueras om Treuhand skulle kvarstå som enda aktieägare. För det andra råder det inga tvivel om att MdK:s andel av marknaden automatiskt skulle övertas av K+S, eftersom detta bolag skulle vara ensamt på den berörda marknaden efter det att MdK:s verksamhet upphörde, och i detta sammanhang är det ett grundläggande villkor. För det tredje har den tyska regeringen hävdat att kommissionen uttömmande har motiverat den omständigheten att det inte fanns någon annan möjlighet till förvärv av MdK.
- 108 Vad beträffar att koncentrationen på den tyska marknaden har godkänts utan att den förenats med vare sig villkor eller ålägganden, har den tyska regeringen påpekat att ett av villkoren för ett beslut om förbud i den mening som avses i artikel 2.3 i förordningen inte var uppfyllt, eftersom det saknades orsakssamband mellan koncentrationen och en förstärkning av en dominerande ställning. Följaktligen skulle koncentrationen godkännas utan vare sig ålägganden eller villkor.
- 109 Det finns inledningsvis anledning erinra om lydelsen av artikel 2.2 i förordningen enligt vilken "[e]n koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden".
- 110 När en koncentration således inte är orsak till att en sådan dominerande ställning skapas eller förstärks som påtagligt skulle inverka på konkurrenssituationen på den relevanta marknaden, skall koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

- 111 Det framgår av punkt 71 i det omtvistade beslutet att, enligt kommissionen, en koncentration som normalt måste anses medföra att det förvärvande bolaget uppnår eller förstärker en dominerande ställning inte kan anses vara orsak till en sådan ställning, om det förvärvande bolaget oundvikligen skulle uppnå eller förstärka en dominerande ställning även om koncentrationen förbjöds. I samma punkt konstateras att en koncentration normalt inte kan anses vara orsak till en konkurrensbegränsning när det kan fastställas att
- det förvärvade företaget snabbt skulle försvinna från marknaden om det inte övertogs av ett annat företag,
 - det förvärvande företaget skulle överta det förvärvade företags marknadsandel, om detta försvann från marknaden,
 - det inte finns något förvärvsalternativ som skulle vara mindre skadligt för konkurrensen.
- 112 Det kan för det första framhållas att det inte i sig är en grund för att det omtvistade beslutet är ogiltigt att de villkor som enligt kommissionen skall vara uppfyllda för att ett orsakssamband inte skall anses föreligga mellan koncentrationen och försämringen av konkurrensen, inte fullständigt överensstämmer med de villkor som ingår i den amerikanska teorin om failing company defence. Endast den omständigheten att de villkor som kommissionen uppställt inte är av sådant slag att de utesluter att en koncentration orsakar en försämring av konkurrensen på marknaden skulle kunna utgöra en grund för att det omtvistade beslutet är ogiltigt.
- 113 I föreliggande fall har den franska regeringen bestritt relevansen av kriteriet enligt vilket det är nödvändigt att kontrollera om det företag som genomför förvärvet i alla händelser skulle överta det förvärvade företags marknadsandel om detta försvann från marknaden.

- 114 Det finns emellertid anledning konstatera att utan detta kriterium skulle en koncentration, under förutsättning att övriga kriterier är uppfyllda, inte kunna anses vara orsak till försämringen av konkurrensstrukturen på marknaden, även om det skulle stå klart att det företag som genomför förvärvet, i avsaknad av koncentrationen, inte skulle överta hela det förvärvade företagets marknadsandel. Ett orsakssamband mellan koncentrationen och försämringen av konkurrensstrukturen på marknaden skulle således kunna uteslutas, även om konkurrensstrukturen på marknaden skulle försämrans i mindre utsträckning utan koncentration.
- 115 Införandet av detta kriterium avser nämligen att säkerställa att förekomsten av ett orsakssamband mellan koncentrationen och försämringen av konkurrensstrukturen på marknaden endast kan uteslutas för det fall den försämring av konkurrensstrukturen som blir följden av en koncentration skulle uppkomma även utan en koncentration.
- 116 Även om kriteriet avseende övertagandet av marknadsandelar enligt kommissionen inte i sig kan anses som tillräckligt för att utesluta att koncentrationen är skadlig för konkurrensen, bidrar det till att säkerställa att koncentrationen är neutral i förhållande till försämringen av konkurrensstrukturen på marknaden, vilket överensstämmer med det orsakssambandsbegrepp som anges i artikel 2.2 i förordningen.
- 117 Vad beträffar anmärkningen att kommissionen inte har visat att MdK, i avsaknad av koncentrationen, oundvikligen skulle ha försvunnit från marknaden, kan det erinras om att kommissionen i punkt 73 i det omtvistade beslutet har konstaterat att, trots att rekonstruktionen av MdK hade slutförts den 1 januari 1993, detta företag fortsatte att göra förluster även under det första kvartalet. Enligt kommissionen berodde MdK:s allvarliga ekonomiska situation i huvudsak på föråldrade utvinningsmetoder och minskade avsättningsmöjligheter, framför allt på grund av de östeuropeiska marknadernas sammanbrott. Vidare saknade MdK ett effektivt distributionssystem (se punkterna 74 och 75 i det omtvistade beslutet).

- 118 I punkt 76 i det omtvistade beslutet påpekar kommissionen att MdK har kunnat fortsätta sin verksamhet fram till nu endast tack vare stödet från Treuhand, som hittills täckt dess förluster. Kommissionen tillägger emellertid att MdK:s förluster inte i längden skulle kunna täckas av Treuhand med hjälp av statliga medel, eftersom denna lösning under alla omständigheter var oförenlig med bestämmelserna om statligt stöd i fördraget.
- 119 Med hänsyn till det ovan anförda kan kommissionen inte klandras för sitt konstaterande att MdK inte längre var lönsamt och för sin uppfattning att MdK, om det hade fått driva sin verksamhet, sannolikt skulle ha fortsatt att kumulera förluster, även om det hade erhållit de medel av Treuhand som enligt koncentrationsplanen hade avsatts för en rekonstruktion.
- 120 Mot denna bakgrund kan kommissionens bedömning, att MdK sannolikt skulle läggas ned inom en nära framtid om det inte övertogs av ett privat företag, inte anses vara stödd på otillräckliga bevis.
- 121 Vad slutligen beträffar villkoret att det inte skall finnas andra förvärv av MdK, som skulle vara mindre skadliga för konkurrensen, kan det erinras om den franska regeringens anmärkning, enligt vilken det på grund av bristande insyn i anbuds-förfarandet skall anses att kommissionen inte har styrkt att detta villkor verkligen var uppfyllt.
- 122 Det räcker i detta hänseende med att konstatera att den franska regeringen endast har erinrat om att fackföreningarna vid MdK gjorde gällande att insynen i anbuds-förfarandet var bristande, utan att påvisa omständigheter av vilka det klart framgår vari den bristande insynen bestod.

- 123 Eftersom anmärkningen helt saknar precisering, kan den inte godtas.
- 124 Det framgår av det ovan anförda att avsaknaden av ett orsakssamband mellan koncentrationen och försämringen av konkurrensstrukturen på den tyska marknaden inte har kunnat ifrågasättas med giltigt stöd. Det finns därför anledning konstatera att koncentrationen, vad beträffar den marknaden, verkar uppfylla kriteriet i artikel 2.2 i förordningen, vilket innebär att den utan ändringar skulle kunna förklaras förenlig med den gemensamma marknaden. I motsats till vad den franska regeringen har påstått kan det följaktligen inte, utan att motsäga detta antagande, krävas att kommissionen, i fråga om den tyska marknaden, förenar sitt beslut om att förklara koncentrationen som förenlig med den gemensamma marknaden med något som helst villkor.
- 125 Följaktligen kan talan inte vinna bifall på den andra grunden.

C — Oriktig bedömning av koncentrationen på gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland

- 126 Den franska regeringen har i likhet med SCPA och EMC med denna grund klandrat kommissionen för det första för att ha avgränsat den geografiska marknaden utanför Tyskland felaktigt, för det andra för att ha tolkat förordningen så att den är tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning och, för det tredje, för att ha tillämpat begreppet kollektiv dominerande ställning på ett olämpligt sätt.

i) Avgränsningen av den aktuella geografiska marknaden

- 127 Enligt sökandena är beslutet att anse gemenskapen med undantag av Tyskland som en särskild geografisk marknad för kaliumklorid inte tillräckligt motiverat och bygger på en felaktig och i varje fall otillräcklig analys av de omständigheter som skall beaktas. Kommissionen har i föreliggande fall sammanblandat olika, helt heterogena, konkurrenssituationer.

- 128 Kommissionen har placerat stater utan inhemsk produktion på samma plan som producerande stater i vilka produktionen strukturellt sett överstiger eller motsvarar konsumtionen, såsom Spanien och Förenade kungariket, samt producerande stater i vilka produktionen strukturellt sett är mindre än konsumtionen, såsom Frankrike.
- 129 Den franska regeringen har påpekat att så gott som hela handelsflödet inom gemenskapen är enkelriktat och inte ömsesidigt vilket är karaktäristiskt för en verkligt homogen marknad. Regeringen har i detta avseende erinrat om att de icke-producerande medlemsstaterna endast importerar, att Spanien endast importerar från Förenade kungariket, men inte exporterar dit alls, att Frankrike importerar från Tyskland, Spanien och Förenade kungariket, men praktiskt taget inte exporterar någonting till dessa länder samt att Förenade kungariket slutligen har en betydande import från Tyskland, men endast exporterar obetydliga kvantiteter dit.
- 130 Vidare är de olika medlemsstaternas inköpsstrategier olika. Tillförseln till Frankrike är förhållandevis jämnt fördelad mellan de tre andra producerande staterna samt även genom import från tredje land. Å andra sidan härrör importen till Förenade kungariket i huvudsak från Tyskland. Bland de stater som inte har någon produktion importerar Irland och Portugal uteslutande kaliumklorid med ursprung i gemenskapen, medan Danmark, Belgien och Luxemburg importerar omkring en fjärdedel av sin konsumtion från tredje land, och Italien och Nederländerna mer än hälften.
- 131 Ett annat bevis för att den undersökta marknaden inte är homogen följer enligt den franska regeringen av en undersökning av leverantörernas marknadsandelar, vilka varierar kraftigt från en stat till en annan. Endast K+S är närvarande i samtliga medlemsstater, dock med undantag av Spanien.

- 132 Graden av koncentration av utbudet är vidare enligt regeringen hög i Spanien, Frankrike och i Belgien/Luxemburg. Denna faktor talar emellertid i princip för en lösning bestående i att de marknader där en sådan koncentration existerar bryts ut.
- 133 Enligt den franska regeringen bekräftar även en analys av vad som utmärker efterfrågan att det i föreliggande fall saknas en geografisk marknad som utgörs av samtliga medlemsstater med undantag av Tyskland. Kommissionens bedömning av produkternas utbytbarhet är nämligen felaktig, eftersom valet av produkter framställda på basis av kaliumklorid är beroende av jordmånens geologiska sammansättning, den odlade ytan, konsumenternas vanor och jordbrukspolitiken samt förekomsten av kaliumkloridindustrier inom territoriet. Det säljs sålunda mer än två gånger så mycket kaliumklorid i Förenade kungariket som i Italien och mer än tre gånger så mycket i Belgien/Luxemburg som i Nederländerna, vilka är stater av jämförbar storlek. I Portugal säljs tolv gånger mindre kaliumklorid än i Danmark.
- 134 Sökandena har ifrågasatt trovärdigheten av den undersökning av transportkostnader och pris på kaliumklorid på referensmarknaden som genomförts av kommissionen. Kommissionen har i fråga om transportkostnaderna i huvudsak inskränkt sig till att fastställa att transportkostnaderna inte framstår som ett hinder för handeln. I synnerhet den omständigheten att det inte finns någon handel mellan vare sig Förenade kungariket och Italien eller mellan Spanien och Nederländerna eller Danmark gör att det kan betvivlas att transportkostnaderna inte skulle ha något inflytande på valet av tillförselkälla. Vad beträffar priset har kommissionen underlåtit att genomföra en komparativ undersökning av de priser som tillämpas av olika företag i varje medlemsstat. Den franska regeringen har hävdats att kommissionen endast har grundat sina bedömningar av transportkostnader och pris på ett antal uppgifter som har tillhandahållits av K+S samt på fem år gammal statistik.
- 135 Den franska regeringen anser att kommissionen borde ha brutit ut de spanska och franska marknaderna vilka, på grund av sina särdrag, har konkurrensvillkor som inte kan jämföras med dem som förekommer i andra medlemsstater. I synnerhet den spanska marknaden uppvisar särdrag som liknar dem som förekommer på den

tyska marknaden, medan den franska marknaden klart skiljer sig från de andra nationella marknaderna genom att produktionen är mindre än konsumtionen och genom förekomsten av ett stort och dominerande företag.

- 136 Kommissionen har invänt att den omständigheten, att sådana medlemsstater som inte har någon inhemsk produktion eller en produktion som antingen är större eller mindre än konsumtionen har sammanförts i en och samma marknad, inte utgör en felaktig avgränsning av den ifrågavarande geografiska marknaden. Ett enkelriktat handelsflöde på den geografiska marknaden, såsom denna har avgränsats, utesluter dessutom inte enligt ekonomisk expertis att denna är homogen i fråga om konkurrensvillkor.
- 137 Enligt kommissionen förklaras den mer eller mindre betydande förekomsten av producenter från en viss geografisk zon, på marknaden för en annan geografisk zon, av de försäljningsstrategier som tillämpas av leverantörerna, vilka av olika skäl föredrar att koncentrera sin verksamhet till en bestämd geografisk zon. Medlemsstaternas påstådda inköpsstrategier visar inte i sig att tillräckligt homogena konkurrensvillkor skulle saknas.
- 138 Vad beträffar argumentet att det föreligger stora skillnader mellan leverantörernas marknadsandelar från en stat till annan, har kommissionen invänt att dessa skillnader inte som sådana kan betraktas som bevis för att leverantörerna inte kan tränga in på marknaderna, och att det således skulle finnas bestämda geografiska marknader. Detta kriterium utgör således inte alls en faktor som är avgörande för avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden.
- 139 Den relativt höga graden av koncentration av utbudet som kännetecknar vissa medlemsstater är enligt kommissionen inte heller ett kriterium som är avgörande för avgränsningen av en särskild marknad, i synnerhet när handeln mellan dessa medlemsstater är betydande.

- 140 När det gäller vad som utmärker efterfrågan på kaliumkloridprodukter har kommissionen erinrat om att den redan har konstaterat dels att det föreligger en hög grad av utbytbarhet med hänsyn till att inte användarna i någon stat, med undantag av Tyskland, klart föredrar lokala produkter, dels den kapacitet som samtliga gemenskapsproducenter i den berörda sektorn förfogar över för produktion av olika slag av kaliumklorid. Den har dessutom påpekat att, trots förhållandevis betydande skillnader mellan de kvantiteter kaliumklorid som konsumeras i de olika medlemsstaterna, icke obetydliga kvantiteter kaliumklorid säljs i hela gemenskapen med undantag av Tyskland. Slutligen finns det i det aktuella fallet inte någon omständighet av sådant slag att det går att fastställa att strukturen på efterfrågan visar att det finns särskilda nationella marknader.
- 141 Kommissionen har bestritt att dess analys av transportkostnaderna skulle vara ytlig eller felaktig och har invänt att avsaknaden av ett handelsflöde mellan producentländer och importländer inte nödvändigtvis måste orsakas av transportkostnaderna. Vidare visar förekomsten av en handel mellan vissa stater som inte gränsar till varandra att transportkostnaderna inte alls har en hindrande verkan. Kommissionen har påpekat att priserna på kaliumklorid i medlemsstaterna med undantag av Tyskland endast uppvisar obetydliga skillnader. Den maximala skillnaden i pris mellan medlemsstaterna med undantag av Tyskland uppgår till 10 procent, medan den för Tysklands del aldrig understiger 15 procent.
- 142 Slutligen har kommissionen hävdatt att varken den spanska eller den franska marknaden kan anses som relevanta särskilda marknader. Vad beträffar den spanska marknaden har kommissionen framhållit att den med en import på 16 procent är öppnare än den tyska marknaden, på vilken importen endast motsvarar 2 procent av marknaden. För övrigt ökar importen på den spanska marknaden till nackdel för den marknadsandel som innehåses av Coposa. De spanska kaliumkloridprodukterna är dessutom i stor utsträckning utbytbara mot produkter från andra medlemsstater med undantag av Tyskland. Enligt kommissionen består tillförseln till den franska marknaden i än högre grad av import än tillförseln till den spanska marknaden. Vidare gäller kommissionens synpunkter på pris och de spanska kaliumkloridprodukternas utbytbarhet i tillämpliga delar även för de franska produk-

terna. Kommissionen har även understrukit att de distributionsmetoder som används i dessa båda stater är identiska med dem som används i övriga delar av gemenskapen med undantag av Tyskland.

- 143 Det kan inledningsvis påpekas att en riktig avgränsning av den aktuella marknaden är en nödvändig förutsättning för och måste föregå en bedömning av en koncentrations effekter på konkurrensen. Vad gäller tillämpningen av förordningen, även i föreliggande fall, utgörs den aktuella geografiska marknaden av en bestämd geografisk zon inom vilken den ifrågavarande produkten saluförs och inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för samtliga ekonomiska aktörer, så att det är möjligt att göra en rimlig bedömning av den anmälda företagskoncentrationens effekter på konkurrensen (se med denna innebörd dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkterna 11 och 44; svensk specialutgåva, häfte 4).
- 144 Det är ostridigt att samtliga medlemsstater, med undantag av Tyskland, importerar icke obetydliga kvantiteter kaliumklorid från andra medlemsstater och ibland även från tredje land. Spanien, som importerar kaliumklorid till en kvantitet som överstiger 15 procent av den spanska marknaden, har en inhemsk producent, Coposa, som i högre utsträckning än övriga gemenskapsproducenter är fast etablerad på sin nationella marknad. I Frankrike importeras mer än 20 procent av den franska marknadens behov av produkten, medan Förenade kungariket importerar mer än 50 procent av sitt marknadsbehov. Övriga medlemsstater med undantag för Tyskland har ingen egen produktion och är därför hänvisade till import.
- 145 Enligt punkterna 53 och 56 i det omtvistade beslutet innehar producenterna i tredje land en andel av den fria marknaden för kaliumklorid i gemenskapen med undantag av Tyskland, som uppgår till omkring 15 procent. Denna uppgift bekräftar för övrigt av sifferuppgifterna i den handling där varje företags försäljning anges, fördelad per medlemsstat. Denna handling utarbetades i samband med det administrativa förfarandet och nämns i punkt 78 och följande punkter i föreliggande dom.

- 146 Ett geografiskt område av det slag som avses i föreliggande fall utgör i princip en zon som är påtagligt öppen för konkurrens, i den mån som kaliumklorid med ursprung såväl i som utanför gemenskapen kan cirkuleras utan större hinder.
- 147 Det är vidare ostridigt att brukarna i de olika medlemsstaterna med undantag av Tyskland inköper produkter på basis av kaliumklorid som i hög grad är utbytbara och att de inte märkbart föredrar specialiteter som enbart är tillgängliga hos lokala producenter.
- 148 Det framgår vidare av uppgifter från Förenta nationernas livsmedels- och jordbruksorganisation att under perioden 1987—1989 skiljde sig priset på kaliumklorid i de olika medlemsstaterna med undantag av Tyskland inte märkbart åt, medan de tyska priserna var mer än 20 procent högre än dem som tillämpades i de andra medlemsstaterna. Enligt de uppgifter som har tillhandahållits av parterna var de priser som tillämpades av K+S år 1992 för "Korn-Kali" (en kaliumkloridprodukt som innehåller magnesium) och för kaliumkloridgranulat 40/8 i exempelvis Belgien och Nederländerna helt identiska, medan de jämfört med de tyska priserna för samma produkter var 15 respektive 20 procent lägre (se punkt 43 i det omtvistade beslutet). Även om dessa uppgifter, som den franska regeringen har påpekat, är approximativa, utgör de emellertid, i brist på bevis för motsatsen, ett tecken på att de priser som tillämpades i gemenskapen med undantag av Tyskland var ganska homogena samt att dessa priser skiljde sig väsentligt från de priser som tillämpades i Tyskland.
- 149 Såsom kommissionen har påpekat framstår inte heller transportkostnaderna som ett hinder för handeln inom gemenskapen med undantag av Tyskland. Detta förhållande styrks av den omständigheten att det existerar handel mellan stater som inte gränsar till varandra, såsom Förenade kungariket och Spanien, Spanien och Irland, Spanien och Italien, Spanien och Belgien/Luxemburg, Tyskland och Irland, Tyskland och Portugal, Tyskland och Italien samt Frankrike och Nederländerna.

150 Slutligen har sökandena inte invänt mot kommissionens påstående att det vad beträffar distributionen inte verkar finnas hinder för införsel av produkter till gemenskapen med undantag av Tyskland, som kan jämföras med dem som finns i Tyskland.

151 Mot denna bakgrund och i avsaknad av omständigheter som på ett avgörande sätt motsäger detta förhållande står det klart att kommissionens ekonomiska bedömning, enligt vilken gemenskapen med undantag av Tyskland utgör en tillräckligt homogen enhet för att i sin helhet kunna anses utgöra en särskild geografisk marknad, har tillfredsställande stöd, i synnerhet om man jämför med den tyska marknaden där importen är obetydlig och där K+S och MdK i realiteten innehar 98 procent av den nationella marknaden för kaliumklorid.

ii) Huruvida förordningen är tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning

152 Den franska regeringen och sökandebolagen har gjort gällande att kommissionen enligt förordningen inte har rätt att tillämpa denna på fall av kollektiv dominerande ställning. De har i detta avseende påpekat att förordningens lydelse och i synnerhet dess artikel 2, till skillnad från artikel 86 i EG-fördraget, inte uttryckligen syftar på fall av kollektiv dominerande ställning. Medan det i artikel 86 i fördraget föreskrivs att "[e]tt eller flera företags missbruk av en dominerande ställning ... är ... förbjudet", anses en koncentration enligt artikel 2 i förordningen som förenlig med den gemensamma marknaden om den inte skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför en begränsning av konkurrensen, och som oförenlig med den gemensamma marknaden, om den skapar eller förstärker en sådan ställning.

153 Vidare finns det enligt den franska regeringen inte stöd för kommissionens tolkning i de rättsliga grunderna för förordningen. Den är nämligen inte en rättsakt om tillämpning av artikel 86 i fördraget. Enligt den franska regeringen är förordningen i huvudsak grundad på artikel 235 i EG-fördraget. Att den även är grundad på

artikel 87 i EG-fördraget, enligt vilken rådet har befogenhet att anta de förordningar och direktiv som behövs för att tillämpa de principer som anges i artiklarna 85 och 86, beror just på den omständigheten att medan domstolen tidigare ansett det möjligt att pröva vissa koncentrationer på grundval av artikel 86 (se dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen, REG 1973, s. 215; svensk specialutgåva, häfte 2) begränsar förordningen tillämpningsområdet för den sistnämnda artikeln genom att det i artikel 22.1 stadgas att "[e]ndast denna förordning är tillämplig på koncentrationer enligt definitionen i artikel 3".

- 154 Det finns enligt den franska regeringen inte heller något i förarbetena till förordningen som tillåter antagandet att lagstiftaren även haft för avsikt att inbegripa kollektiv dominerande ställning. Om denna situation anses vara omfattad av förordningen skulle det medföra att tillämpningsområdet för förbuden och de villkorade godkännandena var extremt stort och synnerligen obestämt. Den franska regeringen anser således att om gemenskapslagstiftaren, för vilken en av de väsentligaste uppgifterna är att säkerställa företagens rättssäkerhet, hade velat införa detta begrepp i förordningen skulle det ha skett uttryckligen på samma sätt som i artikel 86 i fördraget.
- 155 EMC och SCPA har hävdat att kommissionens tolkning av förordningen innebär att förordningens systematik snedvrids. Till stöd för detta påstående har dessa företag gjort gällande att kommissionens tolkning kan medföra att förordningen tillämpas även när de berörda företagens marknadsandel inte överstiger 25 procent, vare sig inom den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av den, vilket strider mot femtonde övervägandet i förordningen. Enligt detta övervägande torde koncentrationer inte riskera att hämma en effektiv konkurrens och är således förenliga med den gemensamma marknaden när de berörda företagens marknadsandel inte överstiger 25 procent, vare sig inom den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av den.
- 156 Slutligen bekräftar avsaknaden av processrättsliga skyddsregler till förmån för utomstående enligt sökanden att förordningen inte är avsedd att utgöra ram för tillämpningen av begreppet kollektiv dominerande ställning. De företag som står utanför den koncentration som undersöks inom ramen för förordningen, men som tillsammans med de företag som deltar i koncentrationen i kommissionens ögon

bildar ett oligopol, erhåller inledningsvis ingen särskild information om vilka följder det pågående förfarandet kan få för deras del. Den franska regeringen har påpekat att, även om det är riktigt att kommissionen eller medlemsstaternas behöriga myndigheter med tillämpning av artikel 18.4 första meningen i förordningen har möjlighet att inhämta yttranden från andra än dem som deltar i koncentrationen och således, i förekommande fall, från företrädare för företag som står utanför nämnda koncentration, denna åtgärd emellertid inte är tvingande, och när den vidtas är den av närmast informell karaktär och erbjuder inte de garantier som uppställts för förhören med parterna i koncentrationen. Vidare informeras inte företag som står utanför koncentrationen men som anses inta en kollektiv dominerande ställning om det beslut som kommissionen har för avsikt att fatta och ges inte heller verklig möjlighet att i enlighet med artikel 18.4 andra meningen ansöka om rätt att yttra sig.

- 157 Kommissionen har invänt att det av förordningens lydelse inte framgår att denna rättsakt inte kan utnyttjas för att förhindra att en dominerande kollektiv ställning skapas eller förstärks. I artikel 2.3 i denna förordning kopplas närmare bestämt en kollektiv dominerande ställning till koncentrationen och inte till de berörda företagen samt nämns även koncentrationens följder för konkurrensstrukturen, och den hänvisar därmed till en objektiv situation.
- 158 Vidare visar användningen av artiklarna 87 jämte 235 i fördraget som rättslig grund för förordningen att syftet med denna är, vad beträffar kontrollen av en oligopolistisk dominerande ställning, att fylla ut en lucka på konkurrensområdet som lämnats av artiklarna 85 och 86 i fördraget.
- 159 Det finns enligt kommissionen ingenting i förarbetena som tillåter den uppfattningen att rådet haft för avsikt att utesluta att förordningen skulle kunna användas för att förhindra uppkomsten av kollektiv dominans på marknaden, det vill säga en dominanssituation som hänger samman med förekomsten av ett flertal sinsemellan i hög grad beroende ekonomiska enheter. Kommissionen har erinrat om, att då det stod klart att medlemsstaternas delegationer var oeniga om hur frågan om kontroll av oligopol skulle lösas träffades ett avtal med en neutral lösning som lämnade frågan öppen. Det är denna lösning som slutligen valdes i artikel 2 i förordningen.

- 160 Enligt kommissionen skulle i det aktuella fallet den tolkning som den franska regeringen har försvarat medföra att koncentrationer som tidigare var underkastade en kontroll av oligopol i vissa medlemsstater till följd av antagandet av förordningen hädanefter endast skulle underkastas en gemenskapskontroll av förekomsten av en individuell dominerande ställning.
- 161 Enligt kommissionen erbjuder förfarandet för tillämpning av förordningen ett gott skydd av utomståendes intressen, genom att det möjliggör för dem att framföra sin mening. Kommissionen har påpekat att ett beslut om godkännande av en koncentration, även om det innehåller villkor och ålägganden i enlighet med artikel 8.2 i förordningen, under alla omständigheter endast är bindande för parterna i koncentrationen. Dessa villkor och ålägganden avser att säkerställa att parterna i koncentrationen fullgör sina åtaganden gentemot kommissionen. I andra hand anser kommissionen att, eftersom rätten att yttra sig är en grundläggande princip i gemenskapsrätten som skall tillämpas även om uttryckliga föreskrifter härför saknas, den slutsatsen inte kan dras att förordningen, i avsaknad av en hänvisning till utomståendes rätt till försvar, skulle utesluta åtgärder som kan påverka utomståendes intressen.
- 162 Slutligen har kommissionen hävdat att möjligheten att förbjuda en koncentration som förstärker marknadens oligopolistiska karaktär bygger dels på den ekonomiska teori som innebär att konkurrensen, när vissa villkor är uppfyllda, inte fungerar på lämpligt sätt på en oligopolistisk marknad, dels på nödvändigheten att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 2.1 a i förordningen.
- 163 Enligt den tyska regeringen är förordningen tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning, bland annat därför att den utgör en rättsakt som kompletterar artiklarna 85 och 86 i fördraget, och eftersom den antogs för att uppnå det allmänna mål som uppställs i artikel 3 f i EEG-fördraget (numera artikel 3 g i EG-fördraget). Förordningen skall möjliggöra en effektiv kontroll av koncentrationer som kan visa sig oförenliga med en ordning som skall säkerställa att konkurrensen inte snedvrids. Effektiviteten av en sådan kontroll förutsätter emellertid en möjlighet att hindra koncentrationer som leder till att en dominerande ställning skapas eller förstärks oavsett om denna ställning intas av ett eller flera företag.

- 164 Den tyska regeringen har påpekat att om förordningen tolkas på detta sätt skulle dess tillämpningsområde begränsas till fall av dominerande ställning som endast gällde ett företag. Detta skulle medföra att koncentrationer som genomförts efter antagandet av förordningen och som dessförinnan var underkastade kontroll i en medlemsstat inte längre blev föremål för kontroll.
- 165 Det kan för det första konstateras att sökandenas argument, enligt vilket valet av rättsliga grunder i sig talar för att förordningen inte skulle vara tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning, inte kan godtas. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 83 i sitt förslag till avgörande kan artiklarna 87 och 235 i fördraget i princip användas som rättslig grund för föreskrifter med stöd av vilka det är möjligt att förhindra att en koncentration skapar eller förstärker en kollektiv dominerande ställning som påtagligt kan hämma konkurrensen.
- 166 För det andra kan av lydelsen av artikel 2 i förordningen inte den slutsatsen dras att denna endast omfattar de koncentrationer som skapar eller förstärker en individuell dominerande ställning, närmare bestämt en dominerande ställning som intas av parterna i koncentrationen. Artikel 2 i förordningen som syftar på "[c]n koncentration som inte skapar eller förstärker en ... dominerande ställning" utesluter inte i sig möjligheten att tillämpa förordningen på fall då koncentrationen leder till att en kollektiv dominerande ställning skapas eller förstärks, det vill säga en dominerande ställning som intas av parterna i koncentrationen tillsammans med en enhet som står utanför denna koncentration.
- 167 Vad för det tredje beträffar förarbetena framgår av handlingarna i målet att det inte kan anses att dessa klart uttrycker lagstiftarens avsikt i fråga om räckvidden av uttrycket "dominerande ställning". Mot denna bakgrund kan förarbetena inte anses innehålla uppgifter av betydelse för tolkningen av det omtvistade uttrycket (se med denna innebörd dom av den 1 juni 1961 i mål 15/60, Simon mot domstolen, REG 1961, s. 223).

- 168 När det inte är möjligt att genom en bokstavstolkning och en historisk tolkning av förordningen, och i synnerhet av artikel 2, fastställa dess exakta räckvidd i fråga om det slag av dominerande ställning som avses, finns det anledning att tolka den ifrågasatt förordningen utifrån dess ändamål och allmänna systematik (se med denna innebörd dom av den 7 februari 1979 i mål 11/76, Nederländerna mot kommissionen, REG 1979, s. 245, punkt 6).
- 169 Det kan i detta avseende framhållas att förordningen, såsom framgår av de två första övervägandena, är grundad på antagandet att det, för att den inre marknaden skulle kunna genomföras till år 1992 och för dess vidareutveckling, var nödvändigt att en ordning upprättades som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids.
- 170 Det framgår vidare av sjätte, sjunde, tionde och elfte övervägandena att denna förordning, till skillnad från artiklarna 85 och 86 i fördraget, är avsedd att tillämpas på samtliga koncentrationer med en gemenskapsdimension för det fall dessa, med avseende på sina verkningar på konkurrensstrukturen inom gemenskapen, kan visa sig vara oförenliga med den ordning som i enlighet med fördraget skall säkerställa att konkurrensen inte snedvrids.
- 171 En koncentration som skapar eller förstärker en dominerande ställning som intas av de berörda parterna i koncentrationen, tillsammans med en enhet som står utanför koncentrationen, kan visa sig oförenlig med den ordning som i enlighet med fördraget skall säkerställa att konkurrensen inte snedvrids. Om det skulle godtas att förordningen enbart var tillämplig på koncentrationer som skapar eller förstärker en dominerande ställning som intas av parterna i koncentrationen, skulle därför ändamålet med förordningen, såsom detta framgår av ovannämnda överväganden, delvis motverkas. Förordningen skulle i så fall förlora en icke obetydlig del av sin ändamålsenliga verkan, utan att detta är nödvändigt med hänsyn till den allmänna systematiken i gemenskapens bestämmelser om kontroll av företagskoncentrationer.
- 172 Det kan i detta avseende konstateras att varken argumentet att processrättsliga skyddsregler saknas eller de påståenden som grundas på femtonde övervägandet i förordningen är av sådant slag att det finns anledning ifrågasätta förordningens tillämplighet på fall av kollektiv dominans som uppkommer till följd av en koncentration.

- 173 Vad beträffar det första av dessa argument kan det konstateras att förordningen inte uttryckligen föreskriver att företag, som står utanför koncentrationen men som anses utgöra en extern beståndsdel i det dominerande oligopolet, skall beredas tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt tillkännage sin mening i de fall då kommissionen avser att förena "godkännandet" av koncentrationen med villkor eller ålägganden som kan medföra nackdelar för just dessa företag. Detsamma gäller då kommissionen avser att förena godkännandet av en koncentration som enbart skapar eller förstärker en individuell dominerande ställning med villkor eller ålägganden som är till nackdel för utomstående företag.
- 174 Även om det antas att kommissionens konstaterande att den planerade koncentrationen skapar eller förstärker en kollektiv dominerande ställning mellan de berörda företagen och ett utomstående företag i sig kan vara till nackdel för det sistnämnda företaget, skall det emellertid erinras om att iakttagandet av rätten till försvar i alla förfaranden som inleds mot en person och som kan leda till en rättsakt som går denna person emot utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip, som under alla omständigheter skall säkerställas även i avsaknad av reglering av förfarandet i fråga (se med denna innebörd dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, svensk specialutgåva, häfte 4, och av den 24 oktober 1996 i mål C-32/95 P, kommissionen mot Lisrestal m. fl., REG 1996, s. I-5373, punkt 21).
- 175 Det kan med beaktande av en sådan princip och förordningens ändamål, såsom detta angivits ovan, inte anses att den omständigheten, att gemenskapslagstiftaren inom ramen för den förordningen inte uttryckligen har inrättat ett förfarande för att säkerställa en rätt till försvar till förmån för utomstående företag som antas inta en kollektiv dominerande ställning tillsammans med de företag som är parter i koncentrationen, utgör ett avgörande bevis för att nämnda förordning inte är tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning.
- 176 Vad beträffar det andra argumentet kan det konstateras att presumtionen att sådana koncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden där de berörda företagens sammanlagda marknadsandel inte överstiger 25 procent, i enlighet med femtonde övervägandet i förordningen, inte alls finns angiven i förordningens materiella bestämmelser.

- 177 Femtonde övervägandet i förordningen skall nämligen med hänsyn till den verkliga marknadssituation som bildar underlaget för denna tolkas så, att en koncentration som inte medför att samtliga inblandade företag erhåller en andel om minst 25 procent av referensmarknaden inte antas skapa eller förstärka en konkurrensbegränsande dominerande ställning för dessa företag.
- 178 Av det ovan anförda följer att fall av kollektiv dominerande ställning inte är utslutna ur förordningens tillämpningsområde.

iii) Huruvida en kollektiv dominerande ställning föreligger i det aktuella fallet

- 179 Med denna tredje delgrund har såväl den franska regeringen som EMC och SCPA gjort gällande att kommissionens motivering av den påstådda uppkomsten av ett dominerande duopol är grundad på en oriktig faktisk och rättslig bedömning, och att den i varje fall är otillräcklig. Kommissionen har grundat sin analys av den kollektiva dominerande ställningen på andra kriterier än dem som slagits fast i rättspraxis vad beträffar artikel 86 i fördraget, samt har i övrigt begått uppenbara fel vid tillämpningen av de kriterier som kommissionen själv ställt upp i andra beslut i syfte att avgöra om det uppkommer en kollektiv dominerande ställning.
- 180 Kommissionen har invänt att de kriterier den använt i det omtvistade beslutet inte alls står i strid med de kriterier som den har använt i andra beslut beträffande fall av kollektiv dominerande ställning. För att i föreliggande fall fastställa förekomsten av en kollektiv dominerande ställning har den i huvudsak begagnat följande tre kriterier: den grad av koncentration på marknaden som den aktuella företagskoncentrationen skulle resultera i, marknadens och produktens strukturella särdrag samt de strukturella banden mellan de berörda företagen. Kommissionen har dessutom bestritt att samma kriterier för förekomsten av en kollektiv dominerande ställning skall användas inom ramen för förordningen som inom ramen för

artikel 86 i fördraget. Vid tillämpningen av artikel 86 beaktas det redan inträffade, medan analysen i förordningen är inriktad på framtida händelser, eftersom dess mål är att vidmakthålla en effektiv konkurrens och inte att få ett missbruk av dominerande ställning att upphöra.

a. Graden av koncentration på marknaden

181 Den franska regeringen och sökandebolagen har hävdats att graden av koncentration på marknaden inte har ökat i nämnvärd omfattning, eftersom de marknadsandelar som innehas av K+S och SCPA till följd av koncentrationen ökade från 54 till 61 procent. Enligt den franska regeringen är kommissionens analys partisk, eftersom den dels inte har beaktat att konkurrenterna på marknaden till följd av koncentrationen endast har minskat från tio till nio, dels inte har tagit vederbörlig hänsyn till den roll som de två betydande företagen CPL och Coposa har spelat.

182 Kommissionen har invänt att den i sin analys uttömmande beaktat samtliga gemenskapsproducenter och andra externa aktörer. De har inte alls bortsett från existensen av CPL och Coposa utan har konstaterat att dessa två gemenskapsproducenter inte kunde öka sin försäljning i syfte att överta en del av marknaden från K+S/MdK och SCPA.

b. Förhållandena hos den konkurrent som bortfaller

183 Den franska regeringen har gjort gällande att det av det ovannämnda beslutet Nestlé/Perrier framgår att kommissionen i sin bedömning av om en kollektiv dominerande ställning skapats lägger särskild vikt vid att koncentrationen medför att en konkurrent bortfaller, som till följd av sin storlek och marknadsställning utgjort en avgörande förutsättning för en effektiv konkurrens. I föreliggande fall är

det emellertid uppenbart att K+S övertagande av MdK inte medför att en sådan konkurrent undanröjs. MdK motsvarar nämligen endast 7 procent av den relevanta marknaden. Vidare har frågan om MdK:s ”imponerande produktionskapacitet”, som kommissionen har framhållit i sitt svaromål, inte berörts i det omtvistade beslutet.

184 Enligt den franska regeringen borde kommissionen, som för övrigt ansåg att MdK hade stora svårigheter, ha dragit den slutsatsen att detta företag inte var en konkurrent vars bortfall skulle medföra en betydande förändring av marknadsstrukturen som skulle kunna leda till bildandet av ett duopol.

185 Kommissionen anser med hänvisning till punkt 120 i det ovannämnda beslutet Nestlé/Perrier att det, för att avgöra om minskningen av antalet producenter skall beaktas vid fastställandet av om en kollektiv dominerande ställning föreligger, är nödvändigt att känna till om denna minskning är mer än en rent formell förändring av marknadsstrukturen. Detta är emellertid fallet vad beträffar K+S övertagande av MdK. Kommissionen har i det avseendet påpekat att MdK förfogar över en imponerande produktionskapacitet som efter en ingående omstrukturering kommer att utgöra ett synnerligen viktigt konkurrensmedel. Den har vidare gjort gällande att MdK:s betydelse som konkurrent på gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland även framgår av att det inte med tillräcklig säkerhet har fastställts att konkurrenssituationen i praktiken skulle bli densamma om MdK försvann från marknaden eller om koncentrationen genomfördes.

c. Konkurrenternas ställning

186 Enligt den franska regeringen ger kommissionens analys, av den grad av konkurrens som konkurrenterna kan utöva på det föregivna duopol som innehas av K+S/MdK och SCPA, en felaktig bild av den verkliga konkurrenssituationen på gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland. Kommissionen har nämligen

försökt bagatellisera betydelsen av vissa aktörer vilka skulle kunna uppväga de största företagens påstådda dominans.

- 187 Enligt denna regering är kommissionens analys motsägelsefull. Regeringen har i det avseendet påpekat, att fastän kommissionen har lagt vikt vid CPL:s och Copo-sas begränsade produktionskapacitet vid avgränsningen av den geografiska marknaden har den framhållit Spaniens och Förenade kungarikets betydande export till andra medlemsstater. Vidare har kommissionen bagatelliserat betydelsen av import från tredje länder och understrukit att Frankrike är den viktigaste konsumenten av kaliumklorid i gemenskapen och att dess import från tredje land har kanalisrats via SCPA. Således har kommissionen på ett sätt som strider mot dess egen avgränsning av den relevanta geografiska marknaden utvärderat konkurrenternas ställning i förhållande till antingen den franska marknaden eller gemenskapen med undantag av Tyskland. Den franska regeringen har vidare vidhållit att importen av kaliumklorid från OSS fortsatt och att dess andel av marknaden inte har minskat, vilket styrks av att ett förfarande har inletts för översyn av rådets förordning (EEG) nr 3068/92 av den 23 oktober 1992 om införande av en slutgiltig antidumpningstull för import av kaliumklorid med ursprung i Ryssland, Ukraina eller Vitryssland (EGT L 304, s. 41, svensk specialutgåva, område 11, volym 20, s. 34, nedan kallad antidumpningsförordningen). Enligt uppgifter från IFA och tullmyndigheten uppgick importen från OSS till 11 procent av försäljningen i gemenskapen år 1993.

- 188 Enligt den franska regeringen är kommissionens resonemang i själva verket behäftat med ett allvarligt fel, eftersom det bygger på förekomsten av en geografisk marknad som omfattar samtliga stater i gemenskapen med undantag av Tyskland, trots att det står klart att åtminstone Frankrike inte borde ha ingått beroende på dess särdrag i fråga om produktion, import och distribution av kaliumkloridprodukter.

189 Kommissionen anser inte att det ligger någon motsägelse i konstaterandet av en betydande export från Spanien till andra medlemsstater och konstaterandet att Coposa inte utgör en motvikt till duopolet.

190 Den omständigheten att importen från tredje land kanaliseras genom en av medlemmarna i duopolet, närmare bestämt SCPA, inom en viktig del av den relevanta geografiska marknaden, Frankrike, vilken är den mest bärkraftiga marknaden, innebär enligt kommissionen att den konkurrens som utövas av tredje land på duopolet är klart begränsad.

191 Kommissionen har hävdats att den inte alls har inskränkt sig till att välja ut de kriterier som endast gäller den franska marknaden. Vad beträffar importen från OSS har kommissionen framhållit att den enbart har konstaterat att den marknadsandel som innehades av K+S/MdK och SCPA skulle öka i framtiden, inte enkom på grund av den förväntade minskningen av importen från OSS, utan även på grund av att den sista oberoende producenten av kaliumklorid i Kanada, PCA, hade övertagits av PCS som deltog i exportkartellen Canpotex, vars leveranser till Frankrike och Irland passerade genom SCPA. Översynen av antidumpningsåtgärderna utgör inte ett bevis för att importen av kaliumklorid från OSS har fortsatt. Kommissionen har i detta avseende erinrat om att den sedan antidumpningsförordningen antogs har konstaterat att den ledande distributörens försäljning av kaliumklorid från OSS i gemenskapen har minskat till en åttondel av försäljningen år 1992.

d. Den ställning som K+S/MdK och SCPA intar på marknaden

192 För det första har den franska regeringen klandrat kommissionen för att, i fråga om de kriterier den tillämpat i avsikt att fastställa existensen av en oligopolistisk dominans, ha lagt överdriven vikt vid den kumulerade marknadsandel som skulle innehas av K+S/MdK och SCPA.

- 193 Regeringen har för det andra klandrat kommissionen för att inte ha beaktat bristen på symmetri mellan de två enheter som antogs bilda duopolet, trots att en sådan brist i tidigare beslut utgjort ett väsentligt skäl för att förneka förekomsten av en oligopolistisk dominerande ställning. Enligt den franska regeringen finns det en betydande skillnad mellan de marknadsandelar som innehas av K+S/MdK (23 procent) och SCPA (37 procent). Kommissionen har vidare bortsett från ett flertal faktiska omständigheter vilka visar att det rådde en uppenbar obalans mellan SCPA och K+S/MdK, i form av produktionskapacitet, ekonomisk styrka och olika vertikala integration.
- 194 Kommissionen har erinrat om att det av fast rättspraxis framgår att en marknadsandel på omkring 60 procent tydligt visar att det föreligger en kollektiv dominerande ställning, i synnerhet då det som i det aktuella fallet finns en märkbar skillnad i förhållande till de marknadsandelar som innehas av konkurrenterna.
- 195 Även om den medger att det finns skillnader mellan K+S/MdK och SCPA har kommissionen bestritt att ett duopol endast kan anses föreligga om de ifrågakvarande företagen har liknande marknadsställningar, i synnerhet då det som i föreliggande fall finns betydande kopplingar mellan dessa företag, vilket förhindrar en effektiv konkurrens på marknaden.

e. Kundernas ekonomiska styrka

- 196 Den franska regeringen har klandrat kommissionen för att den inte har beaktat kriteriet avseende kundernas ekonomiska styrka. Enligt regeringen hade en analys av denna omständighet föranlett kommissionen att konstatera att kunderna utgör en motvikt som i sig kan hota uppkomsten av det föregivna duopolet. Vidare utgör den kännbara minskningen av efterfrågan på kaliumklorid till följd av ändringar i den gemensamma jordbrukspolitiken en betydelsefull konkurrensfaktor med avseende på producenterna av kaliumklorid. Detta bekräftas av att efterfrågan i

Europa, som den franska regeringen har påpekat, sjönk med 30 procent mellan åren 1988 och 1993, medan importen minskade med 23 procent under samma period.

- 197 Kommissionen har invänt att, även om den i vissa av sina beslut har kunnat fastställa att en dominerande ställning inte föreligger med hänsyn till den motvikt som köparna utgör, det endast är en av de faktorer som den beaktar. Vad beträffar minskningen av efterfrågan på kaliumklorid har kommissionen medgett att en sådan minskning har inträffat men tillagt att den inte är särskilt omfattande med hänsyn till att efterfrågeelasticiteten är låg, genom att kaliumklorid är ett gödningsmedel som är av avgörande betydelse för jordbruket och inte kan ersättas med något annat medel.

f. Hindren för införsel av kaliumkloridprodukter till gemenskapen

- 198 Den franska regeringen har gjort gällande att kommissionen i det avsnitt i beslutet som rör den geografiska marknaden har tagit upp omständigheter som talar för en öppen marknad som "lätt kan bli föremål för konkurrens". Emellertid har kommissionen, då den konstaterade att K+S/MdK och SCPA intog en kollektiv dominerande ställning, fullständigt bortsett från att hindren för införseln av kaliumkloridprodukter till gemenskapen är förhållandevis små.
- 199 Enligt den franska regeringen har kommissionen genom sina argument, vilka fördes fram för första gången i svaromålet och som bygger på antidumpningstullar och SCPA:s lagenliga monopol, inte styrkt att det finns hinder för införseln till den geografiska referensmarknaden. Regeringen har vad avser det första argumentet hävdade att antidumpningstullar är åtgärder som syftar till att återupprätta konkurrensvillkoren och inte att införa en begränsning av gränshandeln. Beträffande det andra argumentet, avseende SCPA:s lagenliga monopol, anser den franska reger-

ingen att, även om monopolet skulle kunna skapa ett hinder för införseln till den franska marknaden, det skulle vara utan verkan för tillgången på produkter från tredje land på övriga medlemsstaters marknader, vilka tillsammans med den franska marknaden utgör den relevanta geografiska marknaden.

200 Kommissionen har erinrat om att det inte finns hinder för införseln inom gemenskapen. Däremot finns det följande två slag av hinder för införsel av produkter från företag i tredje länder: antidumpningsåtgärder mot import med ursprung i OSS samt SCPA:s lagenliga monopol, vilket medför att all import till Frankrike från tredje land måste passera genom detta företag. Enligt kommissionen utgör antidumpningstullar ett hinder för införsel, eftersom de tillsammans med transportkostnaderna begränsar importörernas tillgängliga prismarginal. Kommissionen har dessutom påpekat att det utgör ett hinder för import till gemenskapsmarknaden i allmänhet att all import från tredje land till Frankrike, vilket är den mest bärkraftiga marknaden med en konsumtion som är tre gånger så stor som den näst största marknaden, kanaliseras genom SCPA.

g. Marknadens och produktens särdrag

201 Den franska regeringen anser att kommissionens analys i punkt 57 i det omtvistade beslutet vad gäller de objektiva faktorer som främjar uppkomsten av en kollektiv dominerande ställning och vid vilka kommissionen har lagt vikt i tidigare beslut, såsom det ovannämnda beslutet Nestlé/Perrier och beslut 94/359/EG av den 21 december 1993 om att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden (ärende nr IV/M358 — Pilkington-Techint/SIV (EGT L 158, 1994, s. 24), är vag och saknar bevisvärde. Kommissionen har fullständigt bortsett från grundläggande analyskriterier såsom priser, deras utveckling, efterfrågeelasticiteten och kostnaderna för de två företag som anses bilda ett duopol. Vidare har denna regering bestritt att vissa av kommissionens synpunkter är välgrundade. Vad gäller produktens homogenitet har regeringen erinrat om att den allmänna beteckningen kaliumklorid innefattar en rad olika produkter. Kommissionens påstående att marknaden för kaliumklorid präglas av betydande insyn står i strid med den

svårighet som denna institution har haft när det gäller att snabbt bilda sig en klar uppfattning om marknaden, uttryckt i värde och volym.

- 202 Kommissionen har inledningsvis invänt att den tydligt har hänvisat till de strukturella omständigheter som har samband med marknadens och produktens särdrag. Den har understrukt att det omtvistade beslutet gäller en situation som skiljer sig från de förhållanden som var föremål för de av den franska regeringen åberopade besluten. Bakgrunden till detta beslut är nämligen det förhållandet att det redan före koncentrationen inte rådde en effektiv konkurrens mellan de två ledande leverantörerna av kaliumklorid inom gemenskapen. Med hänsyn till detta är de omständigheter som har undersökts i de beslut som den franska regeringen har åberopat endast en av de faktorer som skall beaktas. Vad vidare beträffar produktens homogenitet har kommissionen konstaterat att all kaliumklorid är identisk, såväl vad gäller dess kemiska sammansättning som dess användningsområden. Vad slutligen gäller insynen i marknaden har kommissionen hävdats att varje producent känner till sin egen och sina konkurrenters marknadsställning. Produktionssiffror och priser är normalt kända, och det finns statistik avseende konsumtionen av kaliumklorid samt detaljerade studier av marknaden för kaliumklorid.

h. Förekomsten av parallella beteenden

- 203 Den franska regeringen har påpekat att kommissionen har försökt bevisa att K+S och SCPA har fortsatt sitt konkurrensbegränsande beteende genom att konstatera att det endast är en mycket liten del av handelsflödet mellan Tyskland och Frankrike som inte kanaliseras genom SCPA, trots att ett samarbetsavtal som ingicks under 1970-talet mellan de två företagen har förklarats oförenligt med artikel 85 i fördraget (kommissionens beslut 73/212/EEG av den 11 maj 1973, EGT L 217, s. 3) och trots den överproduktion som finns i Tyskland. Den franska regeringen har i detta avseende för det första anmärkt att det för att förekomsten av en kollektiv dominerande ställning skall vara styrkt krävs att det konkurrensbegränsande beteendet ligger nära i tiden. För det andra gällde de förfaranden som förklarades oförenliga med artikel 85 hela gemenskapen. Den enda sakomständighet som kom-

missionen har åberopat till stöd för att det ifrågavarande avtalet fortfarande gäller är emellertid handelsflödet från Tyskland till Frankrike. För det tredje måste uppgiften att endast en begränsad del av handeln inte kanaliseras genom SCPA sättas in i ett större sammanhang. Leveranserna till Frankrike uppgår endast till 87 000 ton, det vill säga 6 procent av den franska konsumtionen, varav endast 47 000 ton kanaliseras genom SCPA. Slutligen har den franska regeringen invänt mot kommissionens påstående att K+S begränsade närvaro på den franska marknaden är ett tillräckligt bevis för att det föreligger ett duopol mellan K+S/MdK och SCPA inom gemenskapen med undantag av Tyskland.

- 204 Kommissionen har påpekat att den i det omtvistade beslutet inte har angivit att den grundat sig på ett samarbetsavtal ingånget på 1970-talet för att fastställa förekomsten av en kollektiv dominerande ställning. Den har erinrat om att konstaterandet av K+S begränsade närvaro på den franska marknaden och kanaliseringen av en stor del av dess import genom SCPA tyder på förekomsten av en kollektiv dominerande ställning.

i. Strukturella band mellan företagen

- 205 Enligt den franska regeringen är de tre band som kommissionen funnit mellan K+S och SCPA, närmare bestämt det gemensamma företaget Potacan, samarbetet inom exportkartellen Kali-Export och kanaliseringen av K+S leveranser till Frankrike genom SCPA, inte av sådant slag att de styrker att ett duopol uppkommer till följd av K+S förvärv av MdK. Vad gäller exportkartellen Kali-Export är dess mål enligt regeringen att främja och koordinera medlemmarnas export av kaliumklorid utanför gemenskapen. Denna kartell har däremot inte haft något att göra med företagets försäljning inom gemenskapen. Kommissionens farhågor att samarbetet inom ramen för kartellen skulle begränsa konkurrensen mellan K+S och SCPA har inte bevisats.

- 206 Vad beträffar Potacan har sökandebolagen hävdad att kommissionen har underlåtit att motivera påståendet att Potacans aktuella struktur skulle hindra aktieägarna K+S och SCPA från att på ett oberoende sätt göra inköp från det gemensamma dotterbolaget för att tillgodose marknader inom Europeiska gemenskapen.
- 207 I sin replik har den franska regeringen gjort gällande att fyra oriktiga bedömningar har gjorts. För det första har kommissionen i sin analys av banden mellan K+S och SCPA inte fastställt att det föreligger något samband mellan dessa band och deras inverkan på den relevanta marknaden i dess helhet utan inskränkt sig till att visa att dessa band enkom är av betydelse i Frankrike. Kommissionen har med utgångspunkt i den omständigheten att det inte föreligger någon konkurrens mellan K+S och SCPA i den stat som har den högsta konsumtionen av kaliumklorid sålunda dragit slutsatsen att dessa företag intar en dominerande ställning på hela gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland. En sådan slutsats strider emellertid mot kommissionens argument att nationella förhållanden är av liten betydelse så snart det fastställts att referensmarknaden är gemenskapen med undantag av Tyskland.
- 208 För det andra har den franska regeringen påpekat att kommissionen för att styrka sitt påstående dels hävdar att Coposa självständigt exporterar betydande kvantiteter till Frankrike (i samband med definitionen av den ifrågasvarande geografiska marknaden), dels gör gällande att det spanska företaget endast i begränsad utsträckning är närvarande i Frankrike och att en stor andel av dess försäljning är kanaliserad (för att styrka att samarbetet inom Kali-Export påverkar kartellmedlemmarnas konkurrensbeteende inom gemenskapen). Såsom kriterierna har tillämpats av kommissionen skulle de likaväl ha kunnat föranleda konstaterandet av ett oligopol bestående av K+S/MdK, SCPA och Coposa. Det omtvistade beslutet är i varje fall otillräckligt motiverat på denna punkt.
- 209 För det tredje anser den franska regeringen att kanaliseringen i Frankrike genom SCPA av en del av K+S leveranser av kaliumklorid, som endast motsvarar 1,4 procent av konsumtionen på referensmarknaden, inte kan anses som ett tecken på att duopol uppkommit på nämnda marknad till följd av att MdK förvärvats av K+S. I likhet härmed ger den omständigheten att K+S har en förhållandevis begränsad

försäljning i Frankrike inte tillräckligt stöd för slutsatsen att det finns konkurrensbegränsande band mellan K+S och SCPA, eftersom det kan finnas fullt godtagbara andra förklaringar till detta. Den begränsade försäljningen kan vara ett resultat av strukturen på den franska marknaden eller K+S industriella strategi. Den franska regeringen har i detta hänseende påpekat att K+S exportpolitik förefaller vara inriktad på länder utanför Europa, på icke-producerande medlemsstater och på producerande medlemsstater, såsom Förenade kungariket, som efterfrågar kaliumklorid.

- 210 Sökandebolagen har gjort gällande att den enda förekommande distributionsförbindelsen mellan K+S och SCPA består i ett avtal om distribution av kieserit, det vill säga en produkt som inte baseras på kaliumklorid och som hör till en annan produktmarknad. Förbindelserna mellan K+S och SCPA som omfattar produkter baserade på kaliumklorid innefattar däremot inte ett samarbete avseende distribution utan är strikt begränsade till förbindelser mellan en leverantör och en köpare på normala marknadsvillkor.
- 211 För det fjärde har den franska regeringen hävdats att kommissionen inte har styrkt att det finns ett orsakssamband mellan övertagandet av MdK och den påstådda uppkomsten av ett duopol mellan K+S och SCPA. Enligt regeringen är varken den omständigheten att den kumulerade marknadsandel som innehas av K+S/MdK och SCPA har ökat från 54 procent till 61 procent till följd av koncentrationen, eller den omständigheten att MdK är en av de största producenterna i gemenskapen, sådana faktorer som kan ge upphov till ett duopol på den relevanta marknaden.
- 212 Sökandebolagen har för sin del gjort gällande att då kommissionen i samband med undersökningen av koncentrationens effekter på den tyska marknaden konstaterade att MdK under alla omständigheter skulle försvinna från marknaden, kunde den inte dra slutsatsen att K+S övertagande av MdK skulle medföra att K+S/MdK och SCPA skulle komma att inta en dominerande ställning.
- 213 Vad beträffar Potacan har kommissionen påpekat att det bland annat framgår av företagets organisation att inget viktigt beslut avseende företagets politik kan fattas mot en av delägarnas vilja. Leveranserna av stora kvantiteter kaliumklorid till den franska koncernen skulle således inte vara möjliga om K+S motsatte sig dem.

- 214 Vad gäller Kali-Export anser kommissionen att det inte räcker med att konstatera att en exportkartell inte omfattar medlemmarnas försäljning i gemenskapen för att fastställa att den inte begränsar konkurrensen mellan dessa inom gemenskapen. Kommissionen har framhållit att det på grund av de olika slag av beroendeställning som finns mellan K+S och SCPA inte finns en effektiv konkurrens mellan de två enheter som ingår i oligopolet i gemenskapen med undantag av Tyskland. Kommissionen har påpekat att i) även om Frankrike är den mest bärkraftiga marknaden för kaliumkloridprodukter inom gemenskapen och det inte finns något hinder för införsel, är K+S endast närvarande i ytterst begränsad utsträckning på denna marknad, trots att företaget med sin produktionskapacitet utan svårighet skulle kunna täcka hela gemenskapsmarknadens behov, ii) även om K+S har inrättat en distributionsorganisation som är väl etablerad i samtliga medlemsstater, har det fram till nu inte haft en egen distributionsorganisation i Frankrike, iii) CPL inte har haft tillträde till den franska marknaden förrän efter det att bolaget lämnade Kali-Export och att det efter sex år har förvärvat en andel om 13 procent av den franska marknaden. Coposa, som är medlem i Kali-Export, är endast i mindre utsträckning närvarande på den franska marknaden, och en stor andel av dess kaliumklorid säljs i Frankrike genom SCPA. På grundval av dessa omständigheter har kommissionen dragit slutsatsen att det finns ett klart samband mellan deltagande i Kali-Export och försäljning i Frankrike.
- 215 I sin duplik har kommissionen för det första hävdad att den har bevisat att det föreligger ett klart samband mellan de befintliga banden mellan K+S och SCPA, vilka endast gäller Frankrike, och bristen på konkurrens inom hela gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland (punkterna 57, 59, 61 och 67 i det omtvistade beslutet).
- 216 För det andra har kommissionen gjort gällande att den inte alls har påstått att Coposa har en betydande export till Frankrike. Tvärtom har kommissionen konstaterat att även om det förekommer import från Composa till Frankrike är den begränsad och till stor del kanaliserad genom SCPA. Enligt kommissionen finns det inte anledning att inbegripa Coposa i duopolet tillsammans med K+S/MdK och SCPA, eftersom det företaget endast är kopplat till K+S och SCPA genom sitt deltagande i Kali-Export. Vidare exporterar Coposa mer kaliumklorid till Frankrike än vad K+S gör, trots den geografiska närheten till de tyska gruvorna och den omständigheten att produktionen i Tyskland är fyra gånger mer omfattande än konsumtionen. Vidare är distributionsförbindelserna mellan K+S och SCPA etablerade sedan lång tid.

- 217 För det tredje har kommissionen konstaterat att den franska marknadsstrukturen inte har hindrat CPL från att tränga in på den franska marknaden utan kanalisering genom SCPA. Vidare är K+S försäljningspolitik, som består i att inte sälja i Frankrike, obegriplig på det kommersiella planet med hänsyn till att Frankrike även är en stat som efterfrågar kaliumklorid och till den betydande överkapacitet som råder i Tyskland samt till den geografiska närheten till de tyska gruvorna.
- 218 För det fjärde har kommissionen konstaterat att övertagandet av MdK har inneburit grundläggande förändringar av de strukturella villkoren på marknaden och har medfört att en kollektiv dominerande ställning har uppkommit mellan K+S/MdK och SCPA av följande skäl: i) MdK står för 25 procent av den totala produktionen av kaliumklorid inom gemenskapen (punkt 51 i det omtvistade beslutet) och har betydande reserver av kaliumklorid, ii) MdK utnyttjar för närvarande endast omkring 50 procent av sin produktionskapacitet (punkt 73 i det omtvistade beslutet), vilket innebär att produktionen utan svårighet kan ökas, iii) MdK:s marknadsandel på 7 procent är en avgörande faktor för uppkomsten av en gemensam dominerande ställning (punkt 62 i det omtvistade beslutet) med hänsyn till att utbudet, med undantag av K+S/MdK och SCPA, är splittrat (punkt 54 i det omtvistade beslutet) och att den marknadsandel som innehas av K+S/MdK och SCPA kan komma att öka ytterligare (punkt 53 i det omtvistade beslutet).
- 219 Innan sökandenas anmärkningar mot kommissionens tillämpning av begreppet kollektiv dominerande ställning i föreliggande fall skall prövas, finns det anledning erinra om att kommissionen har dragit slutsatsen att en kollektiv dominerande ställning uppkommit mellan K+S/MdK och SCPA, som påtagligt kan hindra konkurrensen på gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland, efter att ha konstaterat följande i det omtvistade beslutet:
- Marknaden för kaliumklorid är en mättad marknad som kännetecknas av en i huvudsak homogen produkt och avsaknad av teknisk nydaning (punkt 57 i det omtvistade beslutet).

- Marknadsförhållandena präglas av stor insyn, vilket innebär att uppgifter om produktion, efterfrågan, försäljning och pris är allmänt tillgängliga (punkt 57 i det omtvistade beslutet).

- Det finns sedan lång tid synnerligen starka band mellan K+S och SCPA, vilka i sig tyder på att det saknas verklig konkurrens mellan dessa företag, vilka för övrigt innehar 53 procent av gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland, beräknat på grundval av försäljningen. I försäljningssiffrorna ingår, förutom försäljning av K+S och SCPA:s egen produktion, även SCPA:s försäljning av kaliumklorid som direkt härrör från tredje land och som kanaliseras genom detta företag, vilket därigenom kan kontrollera införseln från länder utanför gemenskapen (punkterna 52, 56 och 57 i det omtvistade beslutet).

- Trots överproduktionen i Tyskland förekommer det i nuläget endast få leveranser av kaliumklorid från K+S till Frankrike som inte kanaliseras genom SCPA, trots att Frankrike utan tvekan är den stat som har den högsta konsumtionen av kaliumklorid inom gemenskapen (punkterna 56 och 57 i det omtvistade beslutet).

- K+S och MdK, som till följd av koncentrationen kommer att bilda ett gemensamt företag, och SCPA står för 35 procent, 25 procent, respektive 20 procent av den totala produktionen av kaliumklorid i gemenskapen (punkt 51 i det omtvistade beslutet).

- MdK är den näst största producenten av kaliumklorid inom gemenskapen, trots att det i nuläget inte utnyttjar mer än omkring 50 procent av sin produktionskapacitet (punkterna 51 och 73 i det omtvistade beslutet).

- Till följd av koncentrationen kommer gruppen bestående av K+S/MdK och SCPA att inneha en total marknadsandel, beräknad på försäljningen, på omkring 60 procent (punkt 52 i det omtvistade beslutet).

- Utbudet är med undantag av denna grupp splittrat (punkt 54 i det omtvistade beslutet).

- Övriga producenter förfogar inte över tillräckliga resurser för att överleva på denna marknad vid sidan av duopolet K+S/MdK och SCPA (punkt 62 i det omtvistade beslutet).

220 Såsom påpekats tidigare skall en koncentration i enlighet med artikel 2.3 i förordningen förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden om den skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas.

221 I fråga om en föregiven kollektiv dominerande ställning är kommissionen således skyldig att, utifrån en analys av referensmarknadens kommande utveckling, bedöma om den koncentration som undersökningen gäller kan ge upphov till en sådan situation som medför att den effektiva konkurrensen på den ifrågavarande marknaden påtagligt hämmas av de företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen, men som tillsammans, bland annat på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma hållning på marknaden och i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter.

222 En sådan bedömning förutsätter en noggrann undersökning av bland annat de omständigheter som i varje enskilt fall visar sig relevanta för bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen på referensmarknaden.

- 223 Det kan i detta hänseende påpekas att förordningens materiella regler och i synnerhet artikel 2 tillerkänner kommissionen ett visst handlingsutrymme, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar.
- 224 Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är en förutsättning för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som bildar underlag för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna.
- 225 Mot denna bakgrund finns det anledning konstatera att analysen av koncentrationen och dess effekter på den ifrågavarande marknaden, såsom den har utförts av kommissionen, innehåller vissa felaktigheter som påverkar den ekonomiska bedömningen av den aktuella koncentrationen.
- 226 Det kan i detta hänseende erinras om att företagen K+S/MdK och SCPA, såsom framgår av punkterna 51 och 52 i det omtvistade beslutet, efter koncentrationen kommer att ha andelar av den aktuella marknaden, beräknade på grundval av försäljningen, på omkring 23 procent respektive 37 procent. En total marknadsandel på omkring 60 procent fördelad på detta sätt kan emellertid inte i sig anses utgöra ett avgörande indicium på att nämnda företag intar en kollektiv dominerande ställning.
- 227 Vad beträffar de påstådda strukturella banden mellan K+S och SCPA, vilka utgör den huvudsakliga grunden för kommissionens egen bedömning, kan det påpekas att vissa av sökandenas anmärkningar som syftat till att bagatellisera betydelsen av dessa band, som ett indicium på att de båda företagen skulle komma att inta en kollektiv dominerande ställning, är välgrundade.

228 Kommissionens konstaterande, att K+S och SCPA:s deltagande i exportkartellen Kali-Export kan ha återverkningar på deras konkurrensbeteende inom gemenskapen, verkar inte vara styrkt av tillräckligt betydelsefulla och samstämmiga uppgifter. Kommissionen har nämligen i detta avseende endast erinrat om att den brittiska producenten CPL inte började saluföra sina produkter självständigt på den franska marknaden förrän efter att ha lämnat kartellen år 1987, eftersom företaget inte samtidigt kunde delta i kartellen och konkurrera direkt med SCPA på den franska marknaden (se punkt 60 i det omtvistade beslutet). Även om man skulle bortse från att kommissionens argument endast gäller de föregivna effekterna av deltagandet i en kartell på endast en del av gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland, finns det anledning påpeka att den spanska producenten Coposa, som också är medlem i Kali-Export, självständigt saluför kaliumklorid i Frankrike i en kvantitet som motsvarar litet mer än 5 procent av den franska konsumtionen. En sådan kvantitet motsvarar omkring 47 procent av Coposas export på den aktuella marknaden, och nästan två tredjedelar av dess export till Frankrike, och har i övrigt ansetts som betydande inom ramen för avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden (se punkt 38 i det omtvistade beslutet). Mot denna bakgrund står det klart att kommissionen inte tillfredsställande har styrkt att det föreligger ett orsakssamband mellan K+S och SCPA:s deltagande i exportkartellen och deras konkurrensbegränsande beteende på den aktuella marknaden.

229 Vad beträffar de påstådda banden mellan K+S och SCPA vad gäller K+S leveranser till Frankrike måste det framhållas att kommissionen dels har ålagt K+S att upphöra med det aktuella samarbetet med SCPA i dess egenskap av associerad distributör på den franska marknaden, dels har medgett att K+S kan ingå försäljningsavtal med SCPA på normala marknadsvillkor (se punkt 63 i det omtvistade beslutet). Av detta följer att kommissionen har ansett att det förelåg ett samarbete avseende distributionen av tysk kaliumklorid i Frankrike.

230 Det framgår av handlingarna i målet att det enda specifika samarbetet avseende distribution mellan de två företagen gällde distributionen av kieserit, det vill säga

en produkt som inte innefattas i den aktuella produktmarknaden. I övrigt inskränkte sig SCPA till att köpa kaliumklorid av K+S på normala marknadsvillkor. Denna kaliumklorid var avsedd för EMC eller för försäljning utanför den franska marknaden.

- 231 Det står således klart att K+S och SCPA inte hade ett särskilt samarbete avseende distribution av produkter baserade på kaliumklorid.
- 232 Av det ovan anförda framgår att de olika strukturella banden mellan K+S och SCPA, vilka, som kommissionen även har medgett, utgör kärnan i det omtvistade beslutet, när allt kommer omkring inte var så starka eller hade ett sådant bevisvärde som svarandeinstitutionen har velat göra gällande.
- 233 Den måste dessutom erinras om att kommissionen i det omtvistade beslutet har konstaterat att det inte fanns någon effektiv konkurrens mellan K+S och SCPA på den aktuella marknaden. Enligt punkt 57 i det omtvistade beslutet "var det huvudsakliga skälet för antagandet att det saknades verklig konkurrens mellan K+S och SCPA de synnerligen starka band som sedan lång tid finns mellan de båda företagen".
- 234 Det framgår vidare av den sistnämnda punkten i det omtvistade beslutet att K+S övertagande av MdK till följd av koncentrationen för K+S del innebär att det övertar MdK:s marknadsandel, vilket kommissionen i sitt yttrande betecknat som ett betydande tillskott.
- 235 Det finns i detta avseende anledning erinra om att MdK, utöver den marknadsandel på 7 procent som det innehar i gemenskapen med undantag av Tyskland och trots att det endast utnyttjar 50 procent av sin produktionskapacitet, är den näst största producenten av kaliumklorid i gemenskapen efter K+S (se punkterna 51, 52, 62 och 76 i det omtvistade beslutet).

- 236 Koncentrationen kommer således att medföra en väsentlig förstärkning av K+S industriella kapacitet. K+S samt MdK står för 35 respektive 25 procent av den totala produktionen av kaliumklorid inom gemenskapen, medan SCPA:s maximala produktion uppgår till 20 procent och dess egna reserver av kaliumklorid kommer att vara uttömda före år 2004 (se punkterna 51 och 66 i det omtvistade beslutet).
- 237 Det framgår vidare av handlingarna i målet att K+S är dotterbolag till ett av de ledande företagen för framställning av gödningsmedel, BASF, vars ekonomiska styrka är betydligt större än EMC-koncernen, till vilken SCPA hör.
- 238 Slutligen är det ostridigt att efterfrågan på kaliumklorid sjönk i Europa med nära 30 procent mellan åren 1988 och 1993, bland annat till följd av förändringar i den gemensamma jordbrukspolitiken. I allmänhet anses dock en krympande marknad i princip gynna konkurrensen mellan företagen inom den berörda sektorn.
- 239 Mot denna bakgrund och med hänsyn till att de strukturella banden mellan K+S och SCPA visat sig vara mindre betydande än vad kommissionen har påstått, framstår det argument som ligger bakom konstaterandet att K+S/MdK och SCPA får en kollektiv dominerande ställning, enligt vilket det ”betydande” samgåendet mellan MdK och endast företaget K+S innebär att det inom den tyska koncernen och SCPA kommer att kvarstå ett gemensamt intresse av att inte konkurrera aktivt med varandra, i brist på andra avgörande omständigheter, inte som tillräckligt grundat.

240 Vad beträffar de andra omständigheter som kommissionen har anfört till stöd för sin slutsats att K+S övertagande av MdK kommer att medföra att en kollektiv dominerande ställning skapas, finns det anledning att hänvisa till punkt 57 i det omtvistade beslutet. Där konstateras att "marknaden för kaliumklorid är en mättad marknad som kännetecknas av en i huvudsak homogen produkt och avsaknad av teknisk nydaning. Marknadsförhållandena präglas av stor insyn. Uppgifter om produktion, efterfrågan, försäljning och pris är allmänt tillgängliga. Vidare har K+S och SCPA:s marknadsandelar varit stabila de fyra senaste åren ... Slutligen har det tidigare ingåtts ett avtal mellan K+S och SCPA om bland annat gemensamma beslut om vilka kvantiteter och kvaliteter av produkter baserade på kaliumklorid som skall exporteras av vardera parten. Detta avtal förklarades oförenligt med artikel 85 i EEG-fördraget ... Det kan emellertid i detta avseende noteras att det till följd av detta beslut, och trots överproduktionen i Tyskland, fortfarande finns endast ett begränsat gränsöverskridande handelsflöde från Tyskland till Frankrike som inte kanaliseras via SCPA".

241 I föreliggande fall kan emellertid dessa uppgifter inte anses utgöra ett avgörande stöd för kommissionens slutsatser. Vad i synnerhet beträffar avtalet mellan K+S och SCPA, som år 1973 förklarades oförenligt med artikel 85 i fördraget (EGT L 217, 1973, s. 3), utgör det, på grund av att tjugo år förflutit mellan det att avtalet förklarades oförenligt och anmälan av koncentrationsplanen, ett mycket svagt, för att inte säga obetydligt, stöd för presumtionen att det inte föreligger någon konkurrens mellan K+S och SCPA och a fortiori mellan K+S/MdK och SCPA. Det kan i detta hänseende påpekas att kommissionens påstående, att det endast förekommer ett begränsat gränsöverskridande handelsflöde från Tyskland till Frankrike som inte kanaliseras genom SCPA, i föreliggande fall inte tjänar till att stärka bevisvärdet av ovannämnda avtal på det sätt kommissionen ansett. För det första motsvarar det föregivet begränsade gränsöverskridande handelsflödet nästan hälften av K+S försäljning av kaliumklorid i Frankrike. För det andra är kommissionens analys genom att den är begränsad till enkom den franska marknaden i alla händelser ofullständig, eftersom den marknad som är i fråga är gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland.

242 Vad gäller kommissionens analys av den grad av konkurrens som konkurrenterna kunde utöva på den föregivna gruppen bestående av K+S/MdK och SCPA finns

det anledning att erinra om att kommissionen i det omtvistade beslutet har visat att importen från OSS, som år 1992 motsvarade 8 procent av gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland (inklusive importen som kanaliseras genom SCPA), föreföll ha minskat sedan antagandet av antidumpningsförordningen (se punkt 53 i det omtvistade beslutet).

- 243 Enligt de uppgifter som tillhandahållits av den franska regeringen, vilka inte har bestritts av kommissionen, uppgick denna import år 1993 till 11 procent av försäljningen inom gemenskapen.
- 244 Med hänsyn till att utländska producenter endast har ett mycket begränsat tillträde till den tyska marknaden och att det inte framstår som om storleksförhållandet på omkring 4 till 1 mellan gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland och den tyska marknaden under mellantiden har förändrats, kan den slutsatsen dras att, om importen av kaliumklorid med ursprung i OSS år 1993 uppgick till 11 procent av försäljningen inom gemenskapen, den utan tvekan motsvarade en högre procentandel av försäljningen inom gemenskapen med undantag av Tyskland.
- 245 Kommissionens påstående i punkt 53 i det omtvistade beslutet enligt vilket denna import inom ramen för gemenskapsmarknaden med undantag av Tyskland föreföll ha minskat, åtminstone till en del, sedan antidumpningsförordningen antogs, visar inte det verkliga förhållandet genom att det döljer den omständigheten att OSS andel av referensmarknaden hade ökat.
- 246 Med hänsyn till utvecklingen av importen från OSS till gemenskapen med undantag av Tyskland under år 1993, framstår konstaterandet, att den konkurrens som denna import skulle kunna utöva på gruppen bestående av K+S/MdK och SCPA var begränsad på grund av produkternas kvalitet och svårigheterna att säkerställa snabba och punktliga leveranser, som grundat på en i varje fall föga stringent motivering. För att med en tillräcklig grad av sannolikhet kunna bedöma vilka effekter

som koncentrationen kan komma att ha på konkurrensen på den ifrågavarande marknaden, krävs det som grund en stringent analys av konkurrenternas styrka.

247 Vad beträffar Coposa, som innehar en andel av marknaden inom gemenskapen med undantag av Tyskland som uppgår till något mindre än 10 procent, har kommissionen påstått att dess produktionskapacitet kraftigt skulle minska på grund av stängningen av en av företagets gruvor. Den franska regeringen har i detta avseende, och utan invändning från kommissionen, påpekat att Coposas aktuella överkapacitet var omkring 70 procent. Konstaterandet, utan vidare precisering, att Coposas produktionskapacitet inom kort skulle minska kraftigt är inte i sig nog för att hävda att det spanska företaget inte hade en tillräcklig bas för att behålla eller öka sin andel av marknaden och därigenom utöva ett tryck på det föregivna duopolet, särskilt som efterfrågan på kaliumklorid, såsom erinrats i punkt 238 i föreliggande dom, är på nedgång.

248 Det står således klart att kommissionen inte har lyckats visa att det saknas en effektiv motvikt i konkurrenshänseende till den föregivna grupp som består av K+S/MdK och SCPA.

249 Det är inte nödvändigt att ta ställning till om kommissionens konstateranden i det omtvistade beslutet, i avsaknad av de ovan angivna felaktigheterna, skulle vara tillräckliga för att fastställa förekomsten av en kollektiv dominerande ställning. Av det ovan anförda följer nämligen att kommissionen i varje fall inte har styrkt att koncentrationen skulle resultera i att K+S/MdK och SCPA intar en kollektiv dominerande ställning, som medför att den effektiva konkurrensen på den ifrågavarande marknaden påtagligt skulle hämmas.

250 Talan skall således vinna bifall på sökandenas tredje grund.

Ogiltigförklaring av hela eller endast en del av beslutet

- 251 Den franska regeringen har yrkat att beslutet skall ogillas i dess helhet, medan sökandebolagen uttryckligen har inskränkt sitt yrkande om ogiltigförklaring till att avse de villkor som det omtvistade beslutet att förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden är förenat med.
- 252 Enligt sökandebolagen skulle en ogiltigförklaring av en del av beslutet lämna den huvudsakliga delen av beslutet oberörd, och beslutet skulle helt enkelt bli villkorslöst.
- 253 Kommissionen har hävdatt att de villkor som det omtvistade beslutet är förenat med inte kan bli föremål för någon som helst inskränkning, eftersom de utgör en del av beslutets materiella innehåll.
- 254 Det måste påpekas att den del av beslutet i vilken den aktuella koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden gynnar de företag som är formellt berörda av det omtvistade beslutet, och beslutet har av sökandebolagen inte ansetts gå dem emot i den delen.
- 255 Vad beträffar den franska regeringen har den visserligen yrkat att beslutet skall ogiltigförklaras i dess helhet, men har under förfarandet vid domstolen preciserat att dess mål inte var att koncentrationen mellan K+S och MdK skulle förbjudas.
- 256 Det framgår av domstolens rättspraxis att ogiltigförklaring av en del av ett beslut, begränsad enkom till de i beslutet angivna villkoren, är möjlig under förutsättning

att dessa villkor kan skiljas från beslutet i övrigt (se med denna innebörd dom av den 28 juni 1972 i mål 37/71, Jamet mot kommissionen, REG 1972, s. 483, punkt 11, och av den 23 oktober 1974 i mål 17/74, Transocean Marine Paint mot kommissionen, REG 1974, s. 1063, punkt 21; svensk specialutgåva, häfte 2). En ogiltigförklaring av en del av ett kommissionsbeslut som fattats avseende kontroll av företagskoncentrationer är för övrigt en av de möjligheter som uttryckligen föreskrivs i artikel 10.5 i förordningen.

257 Det verkar emellertid inte som om en ogiltigförklaring av endast den del av det omtvistade beslutet som innehåller de villkor och skyldigheter som anges i punkt 63 vore möjlig utan att beslutet ändras i sak.

258 Det framgår av beslutet och samtliga handlingar i målet att nämnda villkor och förklaringen att koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden tillsammans utgör en oskiljaktig enhet. Dessa villkor har uppställts efter det att kommissionen gjorde en negativ bedömning av koncentrationen, såsom denna hade anmälts, och anses av kommissionen som absolut nödvändiga för att denna koncentration skall kunna förklaras vara förenlig med den gemensamma marknaden.

259 Det finns följaktligen anledning att ogiltigförklara det omtvistade beslutet i dess helhet.

Rättegångskostnader

260 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Kommissionen skall således ersätta

rättegångskostnaderna i mål C-68/94. Kommissionen skall även ersätta rättegångskostnaderna i mål C-30/95, eftersom talan som väckts av Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) och Entreprise minière et chimique (EMC) har vunnit bifall i sak. I enlighet med artikel 69.4 sista stycket i rättegångsreglerna kan rätten besluta att en intervenient skall bära sina rättegångskostnader. Kali und Salz GmbH och Kali und Salz Beteiligungs-AG skall därför bära sina rättegångskostnader.

261 Enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna skall medlemsstater och institutioner som har intervenerat bära sina rättegångskostnader. De regeringar som har intervenerat i föreliggande mål skall således bära sina respektive rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

följande dom:

- 1) Kommissionens beslut 94/449/EG av den 14 december 1993 om ett förfarande för tillämpning av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (ärende nr IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) ogiltigförklaras.
- 2) Europeiska gemenskapernas kommission skall ersätta rättegångskostnaderna i mål C-68/94.

- 3) Europeiska gemenskapernas kommission skall ersätta rättegångskostnaderna i mål C-30/95. Kali und Salz GmbH och Kali und Salz Beteiligungs-AG skall bära sina rättegångskostnader.
- 4) Förbundsrepubliken Tyskland, som intervenerat i mål C-68/94, och Republiken Frankrike, som intervenerat i mål C-30/95, skall bära sina rättegångskostnader.

Rodríguez Iglesias

Gulmann

Ragnemalm

Mancini

Moitinho de Almeida

Kapteyn

Murray

Edward

Puissochet

Hirsch

Jann

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 31 mars 1998.

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias

Justitiesekreterare

Ordförande