

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(femte avdelningen i utökad sammansättning)
den 25 mars 1999 *

I mål T-102/96,

Gencor Ltd, bolag bildat enligt sydafrikansk rätt, Johannesburg (Republiken Sydafrika), företrätt av Paul Lasok, QC, London, samt James Flynn och David Hall, solicitors, London, delgivningsadress: advokatbyrån Marc Loesch, 11, rue Goethe, Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företräd av Richard Lyal, rättstjänsten, i egenskap av ombud, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

med stöd av

* Rättegångsspråk: engelska.

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av Ernst Röder, Ministerialrat, och Bernd Kloke, Oberregierungsrat, båda i egenskap av ombud, förbundsekonomi- och teknologiministeriet, Bonn (Tyskland),

intervenient,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 97/26/EG av den 24 april 1996 som förklarar att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden och med EES-avtalets funktion (Ärende nr IV/M.619 - Gencor/Lonrho) (EGT L 11, 1997, s. 30),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(femte avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden J. Azizi samt domarna B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas, R.M. Moura Ramos och M. Jaeger,

justitiesekreterare: byrådirektörerna J. Palacio González och A. Mair,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 18 februari 1998,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1. *Koncentrationen i fråga*

Parterna i koncentrationen

- 1 Gencor Ltd (nedan kallat Gencor) är ett bolag bildat enligt sydafrikansk rätt. Det är moderbolag i en koncern som huvudsakligen bedriver verksamhet inom mineral- och metallsektorn.

- 2 Impala Platinum Holdings Ltd (nedan kallat Implats) är ett bolag bildat enligt sydafrikansk rätt som ansvarar för Gencors verksamhet inom platinametallsektorn. Gencor äger 46,5 procent i Implats och allmänheten äger 53,5 procent, vilket betyder att bolaget kontrolleras av Gencor i den mening som avses i artikel 3.3 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, rättad version, EGT L 257, 1990, s. 13, svensk specialutgåva 1994, annex, s. 16, nedan kallad förordning nr 4064/89).

- 3 Lonrho Plc (nedan kallat Lonrho) är ett bolag bildat enligt engelsk rätt. Det är moderbolag i en koncern som bedriver olika verksamheter inom gruv- och metallsektorn, hotellbranschen, jordbruksområdet och inom handel i allmänhet.
- 4 Eastern Platinum Ltd (nedan kallat Eastplats) och Western Platinum Ltd (nedan kallat Westplats), allmänt kända under namnet Lonrho Platinum Division (nedan kallat LPD), är bolag bildade enligt sydafrikansk rätt som ansvarar för Lonrhos verksamhet inom platinametallsektorn. Lonrho äger 73 procent i dem och Gencor genom Implats 27 procent. Det sistnämnda delägarskapet medförde att ett aktieägaravtal upprättades den 15 januari 1990 av Gencor- och Lonrhokoncernerna (nedan kallat aktieägaravtalet). Enligt avtalet skall varje aktieägare utse lika många styrelseledamöter. Styrelseledamöterna skall ha lika rösträtt och ingen av dem skall ha utslagsröst. Enligt avtalet kräver vissa beslut att styrelsen ger sitt godkännande, bland annat följande: diversifiering av LPD:s verksamhet, storleken på utdelningen, den årliga strategiplanen och budgeten, godkännandet av årsbokslut och ändringar i den ersättning som utbetalas till aktieägarna. För beslut om större investeringar och avyttringar krävs aktieägarnas godkännande. Lonrho Management Services (nedan kallat LMS), ett bolag bildat enligt sydafrikansk rätt som kontrolleras av Lonrho, behåller ledningen i de båda bolagen, i enlighet med avtal som Eastplats och Westplats har ingått (nedan kallade ledningsavtalen).

Den planerade koncentrationen

- 5 Gencor och Lonrho planerade att gemensamt förvärva kontrollen i Implats och, genom detta företag, i Eastplats och Westplats (LPD). Detta skulle ske genom en transaktion i två steg. I det första steget skulle Gencor och Lonrho gemensamt förvärva kontrollen i Implats. I det andra steget skulle Implats ensamt få kontrollen över Eastplats och Westplats. I utbyte mot överlåtelsen av sina andelar i Eastplats och Westplats skulle Lonrho öka sina andelar i Implats.

- 6 Efter transaktionen skulle Implats ensamt ha kontrollen över Eastplats och Westplats. Gencor skulle äga 32 procent, Lonrho 32 procent och allmänheten 36 procent i Implats. De två största aktieägarnas förhållningssätt i de viktigaste bolagsfrågorna skulle regleras i ett avtal om utseende av styrelseledamöter och om deras rösträtt, vilket således skulle ge dessa två aktieägare gemensam kontroll över Implats.

2. Det administrativa förfarandet

- 7 Den 20 juni 1995 tillkännagav Gencor och Lonrho att de hade ingått ett ramavtal om att sammanföra sina respektive verksamheter inom platinametallsektorn. Samma dag skickade parterna en kopia på pressmeddelandet om transaktionen till kommissionen.
- 8 Den 22 augusti 1995 underrättade South African Competition Board (Sydafrikas konkurrensmyndighet) parterna om att den mot bakgrund av de handlingar som hade översänts till myndigheten den 14 augusti 1995 bedömde att transaktionen var förenlig med sydafrikanska konkurrensregler.
- 9 Den 10 november 1995 ingick Gencor och Lonrho flera avtal om koncentrationen. Fullgörandet av det köpavtal som de slöt vid detta tillfälle var beroende av att vissa villkor var uppfyllda, bland annat att kommissionen hade godkänt transaktionen senast den 30 juni 1996 eller, om parterna kom överens om det, senast den 30 september 1996, i enlighet med klausulerna 3.1.8 och 3.3 i köpavtalet.
- 10 Den 17 november 1995 anmälde Gencor och Lonrho gemensamt dessa avtal med bilagor till kommissionen på ett CO-formulär, i enlighet med artikel 4.1 i förordning nr 4064/89.

- 11 Den 8 december 1995 beslutade kommissionen med stöd av artiklarna 7.2 och 18.2 i samma förordning att genomförandet av koncentrationen skulle uppskjutas till dess att den hade fattat ett slutligt beslut.

- 12 I beslut av den 20 december 1995 bedömde kommissionen att koncentrationen gav upphov till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden och inledde därför, i enlighet med artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89, det förfarande som föreskrivs i denna förordning.

- 13 Den 13 mars 1996 förvärvade Anglo American Corporation of South Africa Ltd (nedan kallat AAC) en andel på 6 procent i Lonrho med förköpsrätt till ytterligare 18 procent. AAC är genom bolaget Amplats, som är knutet till bolaget och som är världens största leverantör, huvudkonkurrent till Gencor och Lonrho inom platinametallsektorn.

- 14 Efter ett möte som kommissionen organiserade den 13 mars 1996 inledde sökanden och Lonrho diskussioner med kommissionens tjänstemän i syfte att undersöka möjligheten att med stöd av artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 föreslå åtaganden.

- 15 Den 27 mars 1996 upplyste kommissionen Gencor och Lonrho om att en av dess främsta farhågor var att koncentrationen skulle begränsa produktionen, vilket skulle kunna få priserna att stiga. Den påpekade i samband med detta att beteendeeinriktade åtaganden vanligtvis inte godtas av gemenskapsmyndigheten.

- 16 Efter flera möten och förslag ingav Gencor och Lonrho den 1 april 1996 den slutliga versionen av sina föreslagna åtaganden. Dessa åtaganden avsåg särskilt en viss anläggnings produktionsvolym.
- 17 I skrivelse av den 2 april 1996 kritiserade kommissionen de föreslagna åtagandena för att de inte stillade dess farhågor. Den framhävde särskilt de svårigheter som kontrollen av dessa åtaganden skulle ge upphov till och de problem som skulle uppstå om transaktionen ogiltigförklarades till följd av att åtagandena åsidosattes. Kommissionen tillade att förslagen inte tog hänsyn till den troliga utvecklingen av efterfrågan.
- 18 Den 9 april 1996 yttrade sig Rådgivande kommittén för koncentrationer (nedan kallad rådgivande kommittén) över koncentrationen och de åtaganden som sökanden och Lonrho hade föreslagit. Den delade den uppfattning som kommissionen gav uttryck för i sitt föreslagna beslut om koncentrationens karaktär, dess gemenskapsdimension, relevanta produktmarknader och geografiska marknader samt om de föreslagna åtagandenas brister. Flertalet av kommitténs medlemmar godtog kommissionens bedömning att koncentrationen skulle innebära att det skapades ett oligopol med dominerande ställning på de relevanta marknaderna och att transaktionen därför var oförenlig med den gemensamma marknaden och med Europeiska ekonomiska samarbetsområdets (nedan kallat EES) funktion. Ett mindre antal av medlemmarna ställde sig tveksamma till om förordning nr 4064/89 var tillämplig på fall av dominerande oligopol och tog därför inte ställning till om transaktionen var oförenlig med den gemensamma marknaden och med EES funktion.
- 19 Den 19 april 1996 översände den biträdande sydafrikanske utrikesministern officiellt sin regerings synpunkter på den planerade koncentrationen. I denna skrivelse förklarade han enbart att han inte hade för avsikt att ifrågasätta gemenskapens konkurrenspolitiska inställning till koncentrationer och hemlig samverkan, men att han med hänsyn till den betydelse som mineraltillgångarna har för Sydafrikas ekonomi ville främja aktioner när hemlig samverkan faktisk

föreligger. I det föreliggande fallet ansåg den sydafrikanska regeringen att det i vissa fall var bättre att ha två jämstarka konkurrenter på marknaden än ett enda dominerande gruvföretag. Även om huvuddelen av platinatillgångarna finns i Sydafrika menade regeringen att tillgångarna i utlandet, bortsett från Zimbabwes stora potentiella tillgångar, i teorin skulle kunna tillgodose efterfrågan under 20 år. Slutligen förklarade den sydafrikanska regeringen att den önskade diskutera dessa frågor med kommissionen och begärde att beslutet skulle skjutas upp till dess att sådana diskussioner hade ägt rum.

- 20 Genom beslut 97/26/EG av 24 april 1996 (EGT L 11, 1997, s. 30, nedan kallat det omtvistade beslutet) förklarade kommissionen, med stöd av artikel 8.3 i förordning nr 4064/89, att koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden och med EES-avtalets funktion, eftersom resultatet av den skulle bli att en dominerande duopolställning skapades för Amplats och Implats/LPD på världsmarknaderna för platina och rodium, vilket påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden.
- 21 Lonrho informerade genom skrivelse av den 21 maj 1996 sökanden om att bolaget inte hade för avsikt att förlänga fristen i köpavtalet för att uppfylla villkoren från den 30 juni till den 30 september 1996, eftersom villkoret i klausul 3.1.8 om kommissionens godkännande av transaktionen inte hade uppfyllts inom utsatt tid.

Domstolsförfarandet

- 22 Den 28 juni 1996 väckte sökanden denna talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

- 23 Den 3 december 1996 begärde sökanden med stöd av artiklarna 49, 64 och 65 i rättegångsreglerna att åtgärder för processledning eller bevisupptagning skulle vidtas för att klargöra rättsläget för de sydafrikanska konkurrensmyndigheternas officiella skrivelser och deras betydelse samt den sydafrikanska konkurrensrättsens tillämpningsområde och genomförandevillkor.
- 24 Den 18 december 1996, den 24 januari och den 30 juli 1997 yttrade sig kommissionen över denna begäran.
- 25 Den 25 november respektive den 3 december 1996 ansökte Förbundsrepubliken Tyskland och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland om att få intervensera till stöd för kommissionens talan.
- 26 Den 11 december 1996 och den 3 januari 1997 yrkade sökanden att vissa uppgifter i akten skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till Förbundsrepubliken Tyskland respektive Förenade kungariket.
- 27 Den 19 februari 1997 anmodade förstainstansrätten sökanden och Lonrho att besvara vissa frågor angående talans upptagande till sakprövning och att inge vissa handlingar. Sökanden och Lonrho besvarade förstainstansrättens frågor den 1 april respektive den 10 mars 1997. Sökanden ingav de efterfrågade handlingarna, bland annat de ledningsavtal som Eastplats och Westplats ingick med LMS den 15 januari 1990 och det så kallade aktieägaravtalet som Gencor och Lonrho ingick den 15 januari 1990 om kontrollen av LPD.
- 28 Genom beslut av den 3 juni 1997 tillät ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning i utökad sammansättning Förbundsrepubliken Tyskland och Förenade

konungariket Storbritannien och Nordirland att intervensera i målet och biföll delvis yrkandet om konfidentiell behandling.

- 29 Den 27 juni 1997 framställde sökanden ett kompletterande yrkande om konfidentiell behandling av vissa uppgifter i akten.
- 30 Detta yrkande bifölls av ordföranden för femte avdelningen i utökad sammanläggning genom beslut av den 16 juli 1997.
- 31 Den 22 september 1997 återkallade Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland sin ansökan om att få intervensera i målet. Den 26 september 1997 ingav Förbundsrepubliken Tyskland sin interventionsinlägga.
- 32 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet och såsom processuella åtgärder enligt artikel 64 i rättegångsreglerna anmodades sökanden och kommissionen att inge fullständiga versioner av de åtaganden som parterna i koncentrationen hade föreslagit under det administrativa förfarandet. Parterna ingav de begärda handlingarna den 6 respektive den 12 februari 1998.
- 33 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid offentligt sammanträde den 18 februari 1998.
- 34 I skrivelse av den 17 juli 1998 frågade förstainstansrätten sökanden om denne, mot bakgrund av domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. I-1375),

frånfull sin argumentation om att koncentrationer som skapar en kollektiv dominerande ställning inte omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89. Sökanden besvarade förstainstansrättens fråga i skrivelse av den 29 juli 1998.

Parternas yrkanden

35 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet, samt

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

36 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— avvisa talan,

— i andra hand ogilla talan, samt

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

- 37 Förbundsrepubliken Tyskland har yrkat att förstainstansrätten skall ogilla talan.

Upptagande till sakprövning

Svarandens argument

- 38 Kommissionen har yrkat att talan skall avvisas på grund av att sökanden inte längre har något berättigat intresse av att få saken prövad. Sökandens rättsliga ställning skulle nämligen inte förändras om förstainstansrätten biföll dess talan, eftersom den anmälda transaktionen inte längre kan genomföras.
- 39 Kommissionen har härvid framhållit att den planerade transaktionen mellan Gencor och Lonrho var förenad med vissa villkor, bland annat kommissionens godkännande enligt artikel 6.1 a eller b eller artikel 8.2 i förordning nr 4064/89. Den har konstaterat att detta villkor i enlighet med klausul 3.3 i köpavtalet skulle ha varit uppfyllt senast den 30 juni 1996 för att inte hela köpavtalet skulle bli ogiltigt. Slutligen har den konstaterat att Lonrho i en skrivelse av den 21 maj 1996 vägrade att förlänga fristen till den 30 september 1996, vilket parterna enligt samma klausul kunde komma överens om i ett skriftligt avtal.

Förstainstansrättens bedömning

- 40 Det skall påpekas att en talan om ogiltigförklaring som väcks av en fysisk eller juridisk person endast kan upptas till sakprövning om sökanden har ett intresse

att få rättsakten ogiltigförklarad (förstainstansrättens dom av den 9 november 1994 i mål T-46/92, Scottish Football mot kommissionen, REG 1994, s. II-1039, punkt 14). Ett sådant intresse föreligger endast om ogiltigförklaringen av rättsakten i sig kan ha rättsverkningar (domstolens dom av den 24 juni 1986 i mål 53/85, Akzo Chemie mot kommissionen, REG 1986, s. 1965, punkt 21; svensk specialutgåva, volym 8, s. 649).

- 41 Det kan härvid konstateras att enligt artikel 176 i EG-fördraget skall den institution vars rättsakt har ogiltigförklarats vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följa domen. Vad som avses med åtgärderna är inte att avlägsna rättsakten från gemenskapens rättsordning, eftersom detta redan följer av gemenskapsdomstolens ogiltigförklaring. Avsikten är främst att undanröja de verkningar av rättsakten i fråga som påverkas av den fastställda rättsstridigheten. Ogiltigförklaringen av en rättsakt som redan har genomförts eller som under tiden har upphävts från och med ett visst datum kan fortfarande ha rättsverkningar. Rättsakten kan nämligen ha haft rättsverkningar under den tid som den har varit i kraft och dessa verkningar upphör inte nödvändigtvis på grund av att rättsakten har upphävts. En talan om ogiltigförklaring kan även upptas till sakprövning om det genom denna är möjligt att undvika att den påstådda rättsstridigheten upprepas i framtiden. En dom om ogiltigförklaring är därför den utgångspunkt från vilken den berörda institutionen kan bli skyldig att på lämpligt sätt återställa sökandens situation eller att avhålla sig från att anta en likadan rättsakt (se domstolens dom av den 6 mars 1979 i mål 92/78, Simmenthal mot kommissionen, REG 1979, s. 777, punkt 32, domen i det ovannämnda målet Akzo Chemie mot kommissionen, punkt 21, och dom av den 26 april 1988 i mål 207/86, Apesco mot kommissionen, REG 1988, s. 2151, punkt 16).
- 42 Den omständigheten att det omtvistade beslutet i vilket det förklaras att koncentrationen är oförenlig med den gemensamma marknaden är riktat till sökanden ger denne ett berättigat intresse att föra talan och att få beslutets lagenlighet prövad av gemenskapsdomstolen.
- 43 Såsom sökanden har framhållit kan det omtvistade beslutet förändra dess rättsliga ställning som potentiell köpare av Lonrhos andelar i LPD.

- 44 Enligt artikel 11 i aktieägaravtalet (särskilt 11.1 och 11.6) ger alla försäljningar och planer på börsnotering av en del av Lonrhos post på 73 procent i LPD Gencor rätt att köpa hela eller delar av denna andel. Gencor har även en sådan förköpsrätt om ett av de bolag som såsom mellanhänder äger andelar i LPD lämnar Lonrhokoncernen och en utomstående förvärvar 51 procent av kapitalet i Lonrho. Det kan konstateras att det omtvistade beslutet förhindrar denna förköpsrätt.
- 45 Slutligen skulle kommissionens ståndpunkt leda till att ofördelaktiga beslut enligt förordning nr 4064/89 inte skulle kunna bli föremål för en domstolsprövning om den avtalsenliga grunden för transaktionen har försvunnit innan förstainstansrätten har avgjort målet. Den omständigheten att grunden för transaktionen har försvunnit kan inte i sig utesluta en kontroll av lagenligheten av kommissionens beslut.
- 46 Följaktligen skall kommissionens invändning om rättegångshinder förkastas.

Prövning i sak

- 47 Sökanden har åberopat olika grunder till stöd för sin talan. Dessa är följande: Kommissionens bristande behörighet vad avser koncentrationen i fråga och därmed sammanhängande överträdelse av artikel 190 i fördraget, överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, eftersom koncentrationer som skapar en kollektiv dominerande ställning inte omfattas av förordningens tillämpningsområde, och därmed sammanhängande överträdelse av artikel 190, överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, eftersom kommissionen felaktigt fastslog att koncentrationen skapade en kollektiv dominerande ställning, och därmed sammanhängande överträdelse av artikel 190 i fördraget, och slutligen överträdelse av artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 och därmed sammanhängande överträdelse av artikel 190 i fördraget.

I — *Överträdelse av förordning nr 4064/89, eftersom denna inte ger kommissionen behörighet att undersöka om koncentrationen i fråga är förenlig med den gemensamma marknaden, och överträdelse av artikel 190 i fördraget*

Parternas argument

- 48 Sökanden har i första hand gjort gällande att förordning nr 4064/89 inte ger kommissionen behörighet att undersöka om koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden. I andra hand har sökanden gjort gällande att om förordning nr 4064/89 ger sådan behörighet är den på grund av artikel 184 i fördraget inte tillämplig, eftersom den är rättsstridig.
- 49 Sökanden menar att förordning nr 4064/89 inte var tillämplig på koncentrationen i fråga, eftersom denna rörde ekonomisk verksamhet i ett tredje land, närmare bestämt Republiken Sydafrika, och hade godkänts av myndigheterna i detta land. Förordningen är endast tillämplig på koncentrationer inom gemenskapen.
- 50 Denna bedömning överensstämmer med territorialitetsprincipen, vilken är en allmän folkrättslig princip som gemenskapen måste iaktta när den utövar sin behörighet (domstolens dom av den 27 september 1988 i de förenade målen 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 och 125/85—129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1988, s. 5193, punkt 18, svensk specialutgåva, volym 9, nedan kallade Pappersmassemålen, och av den 24 november 1992 i mål C-286/90, Poulsen och Diva Navigation, REG 1992, s. I-6019, punkt 9, svensk specialutgåva, volym 13).
- 51 Sökanden menar att den rättsliga grund som rådet använde för att anta förordning nr 4064/89, det vill säga artiklarna 87 och 235 i fördraget, inte i strid med denna princip kan tolkas så att kommissionen får extraterritoriell behörighet. Principerna i artiklarna 85 och 86, till vilka det hänvisas i artikel 87,

och gemenskapens mål, till vilka det hänvisas i artikel 235, avser nämligen endast konkurrens inom den gemensamma marknaden och varken konkurrens mellan företag som är etablerade på den gemensamma marknaden och företag som inte tillhör denna eller konkurrens mellan företag som är etablerade utanför den gemensamma marknaden. Detta följer såväl av villkoret i artiklarna 85 och 86 om att handeln mellan medlemsstaterna skall kunna påverkas som av gemenskapens mål som nämns i artiklarna 2 och 3 g i fördraget.

52 Denna begränsning av tillämpningsområdet för fördragets konkurrensregler upprepas både i punkterna 1—5 och 9—11 i övervägandena i förordning nr 4064/89 och i artikel 2 i denna förordning, där det anges att förordningen endast omfattar koncentrationer som har verkningar inom den gemensamma marknaden.

53 Även om tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89 inte uttryckligen definieras med hänvisning till den plats där transaktionen genomförs, är det i trettionde övervägandet och artikel 24 underförstått att en koncentration som genomförs i tredje land, och i vilken företag i gemenskapen deltar, omfattas av den behörighet som myndigheterna i detta land har och inte av kommissionens behörighet.

54 Sökanden har förtydligat att denna bedömning inte betyder att förordning nr 4064/89 enbart är tillämplig på koncentrationer mellan företag som är etablerade inom gemenskapen. De berörda företagens säte är i själva verket av mindre betydelse än den plats eller de platser där koncentrationen genomförs. Sökanden har i detta avseende åberopat domstolens dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen (REG 1973, s. 215; svensk specialutgåva, volym 2, s. 89), där det fastslogs att kommissionen var behörig att tillämpa artikel 86 i fördraget på en koncentration som genomfördes av ett företag som var beläget utanför gemenskapen, eftersom det rörde sig om förvärv av en andel i ett företag i gemenskapen.

- 55 Sökanden anser således att förordning nr 4064/89 endast är tillämplig i de fall då de verksamheter som berörs av koncentrationen är belägna inom gemenskapen. Närmare bestämt är den, såsom anges i elfte övervägandet, tillämplig på företag som har betydande verksamhet inom gemenskapen. I detta fall skall den koncentration som har anmälts till kommissionen genomföras i Sydafrika, där de företag som vill genomföra koncentrationen har sin huvudsakliga verksamhet, närmare bestämt brytning och raffinering av platinametaller. Den omständigheten att Lonrho har ett dotterbolag med kontor i gemenskapen som sköter försäljningen av hela platinametallproduktionen och det förhållandet att bolaget bedriver annan verksamhet inom gemenskapen i hotellbranschen och med handel i allmänhet medför inte att det kan anses att det bedriver betydande verksamhet inom gemenskapen i den mening som avses i elfte övervägandet.
- 56 Sökanden har jämfört denna bedömning med den som domstolen gjorde i domen i Pappersmassemålen. Domstolen bekräftade i den domen, som handlade om konkurrensbegränsande prissamverkan, att gemenskapen är behörig att tillämpa sina konkurrensregler på konkurrensbegränsande beteenden som företag som är belägna utanför gemenskapen ägnar sig åt inom den gemensamma marknaden, om avtalet eller det samordnade förfarandet kommer till stånd eller genomförs inom gemenskapen. I förevarande fall är det inte inom gemenskapen som koncentrationen kommer till stånd eller genomförs, utan i Republiken Sydafrika. Den berör således främst detta lands industri- och konkurrenspolitik. Följaktligen har kommissionen inte någon territoriell behörighet (domen i Pappersmassemålen, punkterna 11—18, och generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i dessa mål, punkt 20).
- 57 Även om det antas att det enligt förordning nr 4064/89 är ett behörighetskriterium att koncentrationen får en omedelbar och väsentlig inverkan på konkurrensen inom gemenskapen, är detta kriterium inte uppfyllt i detta fall.
- 58 För det första konstaterade kommissionen (punkterna 206 och 210 i övervägandena i det omtvistade beslutet) att koncentrationen kunde skapa en dominerande duopolställning på medellång sikt på världsmarknaderna för platina och rodium. Detta konstaterande är dock inte tillräckligt för att motivera

att kriteriet om omedelbar och väsentlig verkan skall tillämpas i detta fall. Uttrycket ”på medellång sikt” är tvetydigt, eftersom det kan avse såväl skapandet av en dominerande ställning på medellång sikt som avskaffandet av denna ställning på sikt. I det första fallet får transaktionen inga omedelbara konsekvenser, eftersom dessa är beroende av både hur det företag som kommer till stånd genom koncentrationen och den andra deltagaren i duopolet, det vill säga Amplats, kommer att bete sig i framtiden. I det andra fallet får transaktionen inga väsentliga konsekvenser, eftersom dessa endast är tillfälliga.

- 59 För det andra är de relevanta marknaderna världsomspännande och den dominerande ställning som eventuellt skapas genom transaktionen berör därför inte gemenskapen i större utsträckning än någon annan myndighet, vilket innebär att transaktionen inte får någon väsentlig verkan. I det omtvistade beslutet (punkterna 16, 18 och 98 i övervägandena) påstås inte att gemenskapen har en mer omfattande behörighet än Republiken Sydafrika eller något annat tredje land, däribland Japan och USA, utan det konstateras endast att de relevanta marknaderna är världsomspännande, att den europeiska konsumtionen utgör cirka 20 procent av den totala efterfrågan på platinametall i världen (i genomsnitt 17 procent av efterfrågan på platina) och att alla effekter på världsmarknaderna med nödvändighet får återverkningar inom gemenskapen och EES. Dessa omständigheter är inte tillräckliga för att fastslå att kommissionen är behörig och de är i vart fall inte tillräckliga för att motivera beslutet i enlighet med kraven i artikel 190 i fördraget.

- 60 Efterfrågan, såväl inom sektorn som geografiskt, på platina och rodium i världen visar att Västeuropa (inklusive gemenskapen), vars konsumtion under åren 1991—1995 endast uppgick till mellan 17 och 22 procent av den totala efterfrågan i världen, i mycket liten utsträckning berörs av en koncentration som genomförs utanför Västeuropa och som berör detta område i mindre grad än Japan, där konsumtionen under samma period uppgick till mellan 47 och 51 procent av den totala efterfrågan i världen, eller Nordamerika (inklusive USA), där konsumtionen under samma period uppgick till mellan 19 och 21 procent av den totala efterfrågan i världen. Den relativt låga nivån på de marknadsandelar (år 1994 cirka (...)¹ procent av platinamarknaden och (...) procent av rodiummarknaden) och den sammanlagda omsättning (år 1994 cirka

1 — Konfidentiella uppgifter som utelämnas.

(...) miljoner ECU endast på platinaverksamheten) som de två berörda företagens platina- och rodiumverksamheter har i gemenskapen bekräftar denna bedömning. När koncentrationens gemenskapsdimension fastställs skall man, vid beräkningen av de berörda företagens omsättning enligt artikel 5 i förordning nr 4064/89, endast beakta begreppet bolag eller juridisk person och inte det företagsbegrepp som avses i artiklarna 85 och 86 i fördraget (se det omtvistade beslutet, punkterna 23, 34, 44, 56, 98, 100 och 209 i övervägandena samt tabell 6 i punkt 96).

- 61 Vad för det tredje gäller skapandet av en dominerande duopolställning på platina- och rodiummarknaderna är den risk för att deltagarna i oligopolet skall samverka i hemlighet eller agera parallellt som kommissionen har gjort gällande huvudsakligen en fråga för de behöriga sydafrikanska konkurrensmyndigheterna. Det skulle endast kunna förhålla sig annorlunda om de villkor som fastställs i domen i Pappersmassemålen var uppfyllda. Förevarande mål skiljer sig dock från de målen, eftersom de inte rörde en koncentration som genomfördes i tredje land utan konkurrensbegränsande prissamverkan som direkt avsåg gemenskapen och som genomfördes där (se domen i Pappersmassemålen, punkt 13). Under alla omständigheter kan kommissionen inte förklara sig vara behörig att bedöma en koncentration, oberoende av om denna kan omfattas av dess behörighet med stöd av fördraget, på grundval av ett framtida och hypotetiskt beteende hos de företag som är verksamma på den relevanta marknaden.

- 62 Vidare behandlades de omtvistade avtalen i ett beslut från den behöriga sydafrikanska konkurrensmyndigheten, det vill säga South African Competition Board, av den 22 augusti 1995. I detta beslut bedömdes det att den anmälda transaktionen inte gav upphov till några konkurrenspolitiska problem i Sydafrika. Transaktionen var följaktligen förenlig med gällande rätt på den plats där den skulle genomföras, vilket innebar att om kommissionen förklarade att transaktionen var otillåten skulle den med nödvändighet skapa en kompetenskonflikt med de sydafrikanska myndigheterna. Den biträdande sydafrikanske utrikesministern gav uttryck för sina farhågor om detta i den skrivelse som han skickade till kommissionen den 19 april 1996. Grunden för kompetenskonflikten skulle vara att en koncentration ändrar den industriella strukturen i ett tredje land, i detta fall Sydafrika, vilket får med djupgående följder för de berörda

företagen och för ekonomin i den berörda staten än vanliga avtal. Det rör sig således om en väsentlig inblandning i denna stats inre angelägenheter om det görs anspråk på behörighet i fråga om sådana ändringar.

- 63 Slutligen kan det av koncentrationens relativt måttliga inverkan på gemenskapen utläsas att kommissionen inte har någon rättslig grund för sitt anspråk på behörighet och att detta anspråk är oproportionerligt.
- 64 Kommissionen har gjort gällande att den är behörig av i huvudsak två skäl. Det ena är nationalitetsprincipen, på grundval av vilken den är behörig *ratione personae* att bedöma Lonrhos handlande, eftersom detta är ett bolag bildat enligt en medlemsstats rättsordning. Det andra är territorialitetsprincipen.
- 65 Kommissionen har till att börja med påpekat att det var parterna i koncentrationen som begärde att den skulle undersöka om deras transaktion var förenlig med den gemensamma marknaden och med EES genom att anmäla sina avtal och bestämma att koncentrationens genomförande skulle vara beroende av kommissionens godkännande. Under dessa omständigheter kan inte en av parterna, utan att åsidosätta principerna *nemo auditur* och *venire contra factum proprium*, bete sig som om transaktionen inte frivilligt underkastades en prövning enligt förordning nr 4064/89.
- 66 Kommissionen har bestritt sökandens argument om kriteriet för lokaliseringen av den ekonomiska verksamhet som berörs av koncentrationen och om kriterierna och villkoren för kommissionens behörighet enligt förordning nr 4064/89.
- 67 Vad beträffar lokaliseringen av den ekonomiska verksamhet som berörs av koncentrationen, har kommissionen uppgivit att den i och för sig delar sökandens

bedömning att förordning nr 4064/89 i likhet med artiklarna 85 och 86 i fördraget avser konkurrensen inom den gemensamma marknaden, men att den drar en annan slutsats i detta fall. Det omtvistade beslutet grundas på att den anmälda transaktionen, trots att den genomförs i Sydafrika i form av en omfördelning av produktionsmedlen, på grund av den geografiska marknadens globala dimension genomförs i hela världen och ändrar konkurrensstrukturen på de berörda produktmarknaderna såväl i världen som i gemenskapen. Det är därför felaktigt att påstå, såsom sökanden har gjort, att beslutet inte berör reglerna för ekonomisk verksamhet inom gemenskapen. Kommissionen har härvid konstaterat att även om det är riktigt att parterna inte bryter platinan i gemenskapen, bedriver de en icke oansenlig del av sin verksamhet där.

- 68 Kommissionen har jämfört sitt resonemang med domen och generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i Pappersmassemålen och har påpekat att vad som var av betydelse i de målen inte så mycket var lokaliseringen av företagen i fråga som den konkurrensbegränsande verkan inom gemenskapen. Det är således i detta fall lämpligt att i stället för företagens lokalisering koncentrera sig på ändringen av konkurrensstrukturen inom den gemensamma marknaden. Denna ändring berör inte, såsom sökanden har velat göra gällande, brytning eller raffinering av produkterna i fråga utan marknaden för platinaförsäljning i gemenskapen.
- 69 Vad beträffar kriterierna och villkoren för gemenskapens internationella behörighet enligt förordning nr 4064/89, anser kommissionen att det ifrågasatta beslutet överensstämmer med vad domstolen fastslog i domen i Pappersmassemålen, där den uppgav att de två beteendemässiga förhållanden som skall föreligga är att en överenskommelse träffas och genomförs, varefter den påpekade att överenskommelsen hade genomförts inom den gemensamma marknaden. Den omtvistade koncentrationen skall emellertid genomföras i hela världen där den också ändrar konkurrensstrukturen. Kommissionen är således behörig enligt de traditionella reglerna om internationell behörighet. Denna slutsats stöds av att LPD:s världsomspännande försäljning ombesörjs av Lonrhos belgiska dotterbolag Western Metal Sales i Bryssel.

- 70 Vad beträffar sökandens argumentation om väsentlig och omedelbar verkan, anser kommissionen att denna är helt grundlös, eftersom det i det omtvistade beslutet korrekt anges att koncentrationen får en väsentlig och omedelbar inverkan på konkurrensstrukturen inom den gemensamma marknaden och EES.
- 71 Vad beträffar en eventuell kompetenskonflikt med de sydafrikanska myndigheterna, menar kommissionen att koncentrationen i fråga har liten inverkan på konkurrensen i Sydafrika, eftersom efterfrågan på platina i det landet är mycket ringa. Kommissionen har därför jämfört den planerade transaktionen med en exportkartell, vilken i princip inte inverkar på konkurrensstrukturen i de deltagande företagens länder och vars verkningar myndigheterna i dessa länder till och med kan anse vara fördelaktiga.
- 72 Den tyska regeringen har gjort gällande att det är tillåtet enligt förordning nr 4064/89 att bedöma om den anmälda transaktionen är förenlig med den gemensamma marknaden och EES. Denna ståndpunkt överensstämmer med både folkrättens principer och domstolens rättspraxis angående artikel 85 i fördraget.
- 73 För det första återfinns reglerna om den extraterritoriella tillämpningen av förordning nr 4064/89 i denna förordning. En lagvalsregel för företag som är belägna utanför gemenskapen kan utläsas genom en jämförelse av elfte övervägandet och artikel 1.2 b. Enligt elfte övervägandet skall kriteriet i artikel 1.2 b, det vill säga att den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för minst två av de berörda företagen skall överstiga 250 miljoner ECU, tillämpas på koncentrationer som genomförs av företag som inte har sin huvudsakliga verksamhet i gemenskapen men som har betydande verksamhet där. I förevarande fall når transaktionen i fråga upp till den fastställda gränsen och kommissionen har i sitt beslut tillräckligt beskrivit de följder som koncentrationen får för den gemensamma marknaden.

- 74 Vad för det andra beträffar huruvida denna bedömning är förenlig med folkrätten, har den tyska regeringen angivit att både lagvalsregeln i förordning nr 4064/89 och dess tillämpning i detta fall uppfyller de kriterier som följer av effektprincipen, även kallad principen om objektiv territorialhöghet. Det förhållandet att vart och ett av de två företag som vill genomföra transaktionen har en omsättning inom gemenskapen på minst 250 miljoner ECU är adekvat anknytning. De faktiska omständigheter som kommissionen har redogjort för i sin bedömning av transaktionens inverkan på EES bekräftar dessutom att en extraterritoriell tillämpning av förordning nr 4064/89 är förenlig med internationell rätt.
- 75 För det tredje har den tyska regeringen anslutit sig till kommissionens argument och har gjort gällande att kommissionens tolkning av förordning nr 4064/89 inte strider mot domen i Pappersmassemålen.

Förstainstansrättens bedömning

- 76 Till att börja med skall kommissionens argument, att sökanden, genom att anmäla koncentrationsavtalet till kommissionen för att få till stånd en undersökning av koncentrationen och genom att göra koncentrationens genomförande beroende av kommissionens godkännande, frivilligt skulle ha underkastat sig kommissionen behörighet, förkastas. Enligt artikel 14 i förordning nr 4064/89 medför åsidosättande av skyldigheterna i artiklarna 4 och 7 i denna förordning att anmäla och uppskjuta en koncentration med gemenskapsdimension kraftiga böter. Anmälningen eller uppskjutandet av genomförandet av koncentrationsavtalet innebär således inte att sökanden frivilligt har underkastat sig kommissionens behörighet. För övrigt måste kommissionen, för att kunna bedöma om den är behörig att handlägga en koncentration, först kunna undersöka transaktionen, vilket innebär att det finns skäl att ålägga parterna i koncentrationen en anmälningsskyldighet. Denna skyldighet har ingen betydelse för bedömningen av om kommissionen är behörig att handlägga koncentrationen i fråga.

77 I detta fall skall två frågor prövas. Till att börja med skall det kontrolleras om sådana koncentrationer som den ifrågavarande omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89 och därefter, om så är fallet, om tillämpningen av förordningen på sådana koncentrationer strider mot folkrättens regler om staternas behörighet.

1. Bedömningen av det territoriella tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89

78 Vad beträffar den första frågan, kan det påpekas att enligt artikel 1 i förordning nr 4064/89 är förordningen tillämplig på alla koncentrationer med en gemenskapsdimension, det vill säga alla koncentrationer mellan företag som inte vart och ett uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen som helhet inom en och samma medlemsstat, vars sammanlagda omsättning i hela världen totalt överstiger 5 miljarder ECU och vars sammanlagda omsättning inom gemenskapen i dess helhet för minst två av dem överstiger 250 miljoner ECU.

79 I artikel 1 i förordningen föreskrivs inget krav på att företagen i fråga skall vara etablerade i gemenskapen eller att den produktionsverksamhet som koncentrationen avser bedrivs inom gemenskapen för att en koncentration skall anses ha gemenskapsdimension.

80 Vad beträffar omsättningskriteriet, kan det såsom anges i punkt 13 i övervägandena i det omtvistade beslutet konstateras att koncentrationen har gemenskapsdimension enligt artikel 1.2 i förordning nr 4064/89. De berörda företagen har nämligen en sammanlagd omsättning i hela världen på mer än 10 miljarder ECU, vilket är mer än de 5 miljarder som krävs enligt förordning nr 4064/89. Både Gencor och Lonrho hade en omsättning inom gemenskapen på mer än 250 miljoner ECU under det senaste räkenskapsåret. Slutligen uppnår

inte var och en av dem mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen som helhet inom en och samma medlemsstat.

- 81 Sökandens argument att förordningen inte skulle vara tillämplig på koncentrationen i fråga på grund av den rättsliga grunden och lydelsen av övervägandena och bestämmelserna i förordning nr 4064/89 kan inte godtas.
- 82 I den rättsliga grunden för förordning nr 4064/89, det vill säga artiklarna 87 och 235 i fördraget, och närmare bestämt de bestämmelser som dessa artiklar skall genomföra, det vill säga artiklarna 3 g och 85 och 86 i fördraget, och i punkterna 1—5, 9 och 11 i övervägandena i förordningen, konstateras endast att det måste säkerställas att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids, i synnerhet genom koncentrationer som skapar eller förstärker en dominerande ställning. Det utesluts dock inte att förordningen är tillämplig på koncentrationer som, trots att de avser brytning och/eller produktion utanför gemenskapen, skapar eller förstärker en dominerande ställning som påtagligt hämmar en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden.
- 83 Närmare bestämt stöder inte elfte övervägandet *in fine* i förordning nr 4064/89 sökandens uppfattning.
- 84 Enligt detta övervägande föreligger "[e]n koncentration med en gemenskapsdimension... om koncentrationerna genomförs av företag vars huvudsakliga verksamhet inte är förlagd till gemenskapen, men som har en betydande verksamhet där".

- 85 Det förhållandet att det således i allmänna ordalag hänvisas till begreppet betydande verksamhet i förordningen ger inte produktionsverksamhet någon särställning i förhållande till försäljningsverksamhet vid avgränsningen av förordningens territoriella tillämpningsområde. Tvärtom är det snarare så att när det i artikel 1 föreskrivs tröskelvärden för de berörda företagens omsättning i världen och gemenskapen, prioriteras försäljningsverksamhet inom den gemensamma marknaden som koncentrationens anknytning till gemenskapen. Det har emellertid inte bestritts att Gencor och Lonrho har en icke oansenlig försäljning i gemenskapen (till ett värde som överstiger 250 miljoner ECU).
- 86 Relevansen av kriteriet om produktionsverksamheternas lokalisering bekräftas varken av trettionde övervägandet eller av artikel 24 i förordning nr 4064/89. Artikel 24 innehåller inte något kriterium för att avgränsa förordningens territoriella tillämpningsområde utan behandlar endast de förfaranden som skall följas för att komma till rätta med den situationen att ett tredje land inte behandlar gemenskapsföretag på ett sätt som motsvarar gemenskapens behandling av företag från detta land vid kontroll av koncentrationer.
- 87 Sökanden kan inte med hänvisning till domen i Pappersmassemålen åberopa kriteriet om överenskommelsens genomförande till stöd för sin tolkning av det territoriella tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89. Kriteriet om att överenskommelsens genomförande kan ge den anknytning till gemenskapens territorium skall inte alls tillmätas den betydelse som sökanden har gjort gällande, utan pekar snarare i motsatt riktning. Enligt domen i Pappersmassemålen är nämligen kriteriet om överenskommelsens genomförande uppfyllt vid enbart försäljning i gemenskapen, oberoende av var försörjningskällorna och produktionsanläggningarna är lokaliserade. Det har dock inte bestritts att Gencor och Lonrho hade försäljning i gemenskapen före koncentrationen och att denna verksamhet skulle ha fortsatt efter koncentrationen.
- 88 Kommissionen har inte gjort en oriktig bedömning av det territoriella tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89 när den i detta fall tillämpade förordning nr 4064/89 på en planerad koncentration som anmäldes av företag som har säte och brytnings- och produktionsverksamhet utanför gemenskapen.

2. Det omtvistade beslutets förenlighet med folkrätten

- 89 Genom koncentrationsavtalet skulle de befintliga konkurrensförhållandena mellan Implats och LPD, i synnerhet beträffande deras försäljning i gemenskapen, upphöra. Detta skulle förändra konkurrensstrukturen inom den gemensamma marknaden, eftersom man i stället för tre sydafrikanska platinametalleverantörer endast skulle ha två. Den planerade koncentrationen skulle inte bara ha medfört en sammanslagning av parternas platinametallbrytning och -produktion i Sydafrika utan också av deras försäljningsverksamhet i hela världen och närmare bestämt i gemenskapen, där Implats och LPD hade en icke oansenlig försäljning.
- 90 Det skall påpekas att om det kan förutses att en planerad koncentration kommer att få en omedelbar och väsentlig verkan i gemenskapen är det förenligt med folkrätten att tillämpa förordningen.
- 91 Det framgår av det omtvistade beslutet att resultatet av transaktionen skulle bli att en dominerande duopolställning skapades för Amplats och Implats/LPD på platina- och rodiummarknaderna, vilket påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden på sätt som avses i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89.
- 92 Det skall därför kontrolleras om de tre kriterierna om omedelbar, väsentlig och förutsebar verkan är uppfyllda i detta fall.
- 93 Vad närmare bestämt beträffar kriteriet om omedelbar verkan, är uttrycket "på medellång sikt" i punkterna 206 och 210 i övervägandena i det omtvistade beslutet vad avser skapandet av en dominerande duopolställning, i motsats till vad sökanden har hävdad, inte alls oklart. Det framgår klart att uttrycket avser den tid som det förväntas ta innan de ryska lagren är tömda, vilket skulle göra det möjligt att skapa en dominerande duopolställning för Amplats och Implats/LPD

på världsmarknaderna för platina och rodium, och därmed skapa en dominerande duopolställning i gemenskapen, som kan anses utgöra en väsentlig del av dessa världsmarknader.

- 94 Denna dominerande ställning skulle inte, såsom sökanden har gjort gällande, vara beroende av hur det företag som kommer till stånd genom koncentrationen och Amplats kommer att bete sig, utan den skulle i synnerhet vara resultatet av marknadens egenskaper och förändringen av dess struktur. När sökanden hänvisar till hur deltagarna i duopolet kommer att bete sig skiljer den inte mellan det eventuella missbruk av dominerande ställning som deltagarna i duopolet skulle kunna göra sig skyldiga till inom en mer eller mindre närliggande framtid, vilket kanske skulle kunna kontrolleras genom artiklarna 85 och/eller 86 i fördraget, och förändringen av företagets och marknadens struktur till följd av koncentrationen. Koncentrationen skulle naturligtvis inte omedelbart behöva leda till missbruk, eftersom den är beroende av beslut som deltagarna i duopolet kan komma att fatta i framtiden. Koncentrationen skulle dock direkt och omedelbart ha skapat villkor som inte enbart gjorde det möjligt utan även ekonomiskt rationellt att bete sig på detta sätt, eftersom koncentrationen påtagligt skulle ha hämmat den effektiva konkurrens som fanns på marknaden genom att varaktigt förändra de relevanta marknadernas struktur.
- 95 Koncentrationen skulle således ha haft omedelbar verkan i gemenskapen.
- 96 Vad beträffar kriteriet om väsentlig verkan, kan det, i enlighet med vad som kommer att framgå av punkt 297 nedan, konstateras att kommissionen på goda grunder fastställde att koncentrationen skulle ha skapat en varaktig dominerande duopolställning på världsmarknaderna för platina och rodium.
- 97 Sökanden kan inte hävda att koncentrationen inte skulle få väsentlig verkan i gemenskapen, med hänsyn till den ringa försäljning och de obetydliga marknadsandelar som parterna i koncentrationen hade i EES. Även om försäljnings-

nivån i Västeuropa (20 procent av efterfrågan i världen) och marknadsandelen för den enhet som skulle komma till stånd genom koncentrationen (...) procent i gemenskapen i fråga om platina) redan var tillräckliga för att gemenskapen skulle vara behörig att bedöma koncentrationen, skulle den potentiella effekten av koncentrationen vara ännu större än vad som framgår av siffrorna. Med hänsyn till att koncentrationen skulle ha medfört att det skapades en dominerande duopolställning på världsmarknaderna för platina och rodium, är det nämligen uppenbart att den försäljning i gemenskapen som kunde komma att påverkas av koncentrationen inte bara var företaget Implats/LPD:s försäljning utan även Amplats (cirka 30—50 procent), vilket skulle ha motsvarat en mer än väsentlig andel av platina- och rodiumförsäljningen i Västeuropa och en mycket högre sammanlagd marknadsandel för Implats/LPD och Amplats (cirka (...)—65 procent).

- 98 Slutligen kan inte sökandens argument, att skapandet av den dominerande ställning som kommissionen åsyftade i det omtvistade beslutet inte berörde gemenskapen i större utsträckning än någon annan behörig enhet och till och med berörde gemenskapen i mindre utsträckning än andra, godtas. Den omständigheten att andra delar av världen i ett globalt sammanhang berörs av koncentrationen kan inte hindra gemenskapen från att kontrollera en koncentration som väsentligt påverkar konkurrensen inom den gemensamma marknaden genom att skapa en dominerande ställning.
- 99 Sökandens argument om att koncentrationen inte skulle ha någon väsentlig verkan i gemenskapen skall således förkastas.
- 100 Vad beträffar kriteriet om förutsebar verkan, följer det av vad som har anförts ovan att det faktiskt kunde förutses att skapandet av en dominerande duopolställning på en världsmarknad också påtagligt skulle hämma konkurrensen i EES, vilket är en integrerad del av denna marknad.

- 101 Härav följer att det var förenligt med folkrätten att tillämpa förordning nr 4064/89 på den planerade koncentrationen.
- 102 Det skall här efter undersökas om gemenskapen genom att utöva denna behörighet har åsidosatt en princip om icke-intervention och proportionalitetsprincipen.
- 103 Sökandens argument, att kommissionen enligt en princip om icke-intervention borde ha låtit bli att förbjuda koncentrationen för att undvika en kompetenskonflikt med de sydafrikanska myndigheterna, skall förkastas utan att det finns anledning att undersöka om det finns en sådan regel i internationell rätt. Det är tillräckligt att konstatera att det inte fanns någon motsättning mellan det beteende som den sydafrikanska regeringen föreskrev och det som gemenskapen föreskrev, eftersom de behöriga sydafrikanska konkurrensmyndigheterna i sin skrivelse av den 22 augusti 1995 endast bedömde att koncentrationsavtalen inte gav upphov till några konkurrenspolitiska problem, utan att kräva att sådana avtal skulle ingås (se i detta hänseende domen i Pappersmassemålen, punkt 20).
- 104 I sin skrivelsen av den 19 april 1996 ifrågasatte den sydafrikanska regeringen inte alls gemenskapens behörighet att bedöma koncentrationen i fråga, utan angav inledningsvis att den i allmänhet, med hänsyn till gruvdriftens strategiska betydelse i Sydafrika, föredrog ad hoc-ingripanden i särskilda fall av hemlig samverkan, utan att närmare ange vilka industriella eller andra fördelar som den planerade koncentrationen mellan Gencor och Lonrho skulle medföra. Vidare uttryckte den endast sin uppfattning att den planerade koncentrationen inte kunde hämma konkurrensen, med hänsyn till Amplats ekonomiska styrka, förekomsten av andra försörjningskällor för platinametall och möjligheten att andra producenter inträder på den sydafrikanska marknaden om nya inmutningar beviljas.

- 105 Slutligen har varken sökanden eller den sydafrikanska regeringen i sin skrivelse av den 19 april 1996 visat, annat än genom principiella uttalanden, hur den planerade koncentrationen skulle påverka väsentliga ekonomiska intressen och/eller handelsintressen för Republiken Sydafrika.
- 106 Vad beträffar argumentet att gemenskapen inte skulle kunna förklara sig vara behörig att bedöma en koncentration på grundval av ett framtida och hypotetiskt beteende, det vill säga ett parallellt beteende hos företag som är verksamma på den relevanta marknaden, oavsett om detta omfattas av gemenskapens behörighet enligt fördraget, kan det konstateras, såsom har framhållits ovan i samband med prövningen av koncentrationens omedelbara verkan, att även om en behörig konkurrensmyndighet kan ha ett legitimt intresse av att eliminera risken för framtida missbruk, är huvudsyftet med kontrollen av koncentrationer inom gemenskapen att säkerställa att omstruktureringar av företag inte skapar ekonomiska maktställningar som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden. Gemenskapens behörighet är således främst grundad på behovet att undvika att det skapas marknadsstrukturer som kan skapa eller förstärka en dominerande ställning och inte på behovet att direkt kontrollera eventuellt missbruk av en dominerande ställning.
- 107 Följaktligen är det inte nödvändigt att undersöka om South African Competition Boards skrivelse av den 22 augusti 1995 innehöll en slutgiltig bedömning av koncentrationen, huruvida den sydafrikanska regeringen var en konkurrensmyndighet eller den sydafrikanska konkurrensrättens räckvidd. Det finns därför ingen anledning att bifalla sökandens begäran i skrivelse av den 3 december 1996 om åtgärder för processledning eller bevisupptagning.
- 108 Under dessa omständigheter strider kommissionens beslut varken mot förordning nr 4064/89 eller mot de regler i folkrätten som sökanden har åberopat.

- 109 Av samma skäl skall sökandens invändning med stöd av artikel 184 i fördraget om att förordning nr 4064/89 är rättsstridig på grund av att den ger kommissionen behörighet att bedöma koncentrationen mellan Gencor och Lonrho förkastas.
- 110 Vad beträffar motiveringen i det omtvistade beslutet av gemenskapens behörighet att tillämpa förordningen på koncentrationen, kan det konstateras att innehållet i punkterna 4, 13—18, 204—206, 210 och 213 i övervägandena i det omtvistade beslutet uppfyller de krav som ställs på kommissionen enligt artikel 190 i fördraget att motivera sina beslut så att gemenskapsdomstolarna kan pröva dem, parterna ges möjlighet att försvara sina rättigheter och de berörda informeras om på vilket sätt kommissionen har tillämpat fördraget och dess tillämpningsbestämmelser.
- 111 Således kan talan inte vinna bifall på dessa två grunder. Vidare saknas anledning att bifalla sökandens begäran i skrivelse av den 3 december 1996 om åtgärder för processledning eller bevisupptagning.

II — Överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, eftersom kommissionen inte har befogenhet att förbjuda koncentrationer som skapar eller förstärker en kollektiv dominerande ställning, och överträdelse av artikel 190 i fördraget

Sökandens argument

- 112 Sökanden har gjort gällande att förordning nr 4064/89 inte gör det möjligt att förbjuda att skapa eller förstärka en kollektiv dominerande ställning.

- 113 Sökanden menar att det vid en analys av förordning nr 4064/89 framgår att begreppet kollektiv dominans inte omfattas av förordningens tillämpningsområde. Till skillnad från artikel 86 i fördraget omnämns inte alls begreppet kollektiv dominerande ställning i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89. Kommissionen är därför inte behörig att förbjuda en koncentration av detta skäl.
- 114 Vidare är det underförstått i femtonde övervägandet i förordning nr 4064/89, där det anges att en koncentration torde vara förenlig med den gemensamma marknaden om de *berörda företagens* marknadsandel inte överstiger 25 procent, att förordningen inte innefattar någon möjlighet att förhindra en koncentration på grund av att den skapar en kollektiv dominerande ställning. På oligopolmarknader kan nämligen en koncentration mellan två av aktörerna inte ge upphov till en sammanslagen enhet som har en marknadsandel som överstiger 25 procent. Deltagare i en påstådd kollektiv dominerande ställning som inte är parter i koncentrationen kan inte anses vara "berörda företag" i den mening som avses i förordning nr 4064/89.
- 115 Sökanden har hänvisat till förordningens förarbeten och anfört att frågan om kollektiv dominerande ställning diskuterades när förordning nr 4064/89 antogs. Den omständigheten att förordningen inte omfattar oligopol beror således inte på försummelse utan på att man avsiktligt valde att inte ta med detta område, eftersom medlemsstaterna i rådet inte kunde enas i denna fråga. Det är därför olämpligt och onödigt att tolka förordning nr 4064/89 på ett sätt som inte är förenligt med resultatet av de intensiva förhandlingar som fördes inom rådet när förordningen antogs.
- 116 I Förenade kungariket, Tyskland och Frankrike omfattar bestämmelserna om kontroll av koncentrationer uttryckligen kollektiv dominans, vilket inte alls är fallet med förordning nr 4064/89. Vidare innefattar dessa regler ett särskilt förfarande för bolag som förmodas ingå i ett oligopol.

- 117 Sökanden menar att om artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 tolkas som att den omfattar begreppet kollektiv dominerande ställning, skapar detta två särskilda rättsliga problem på grund av att grundläggande principer i fördraget åsidosätts, närmare bestämt principen om rättssäkerhet och principen om utomståendes processuella rättigheter.
- 118 En sådan tolkning skulle framför allt, med hänsyn till de påföljder som företagen kan åläggas enligt förordning nr 4064/89, inte vara förenlig med principen om rättssäkerhet.
- 119 Vad beträffar utomståendes processuella rättigheter har sökanden gjort gällande att även om kommissionen under förfarandet i praktiken samråder med utomstående som är verksamma på den relevanta marknaden och tillåter dem att yttra sig och delta i förhör, har dessa inte samma rättigheter och behandlas inte på samma sätt som de företag som är föremål för koncentrationen, vilket visar att förordning nr 4064/89 inte är tillämplig vid kollektiv dominerande ställning.
- 120 Det är viktigt att tillämpa förordning nr 4064/89 enligt sin ordalydelse om en koncentration endast berör verksamhet i ett tredje land, i synnerhet när regeringen i detta land, såsom i detta fall den sydafrikanska regeringen, betonar att hemlig samverkan bör kontrolleras först när den föreligger, och inte på förhand.
- 121 Sökanden har anfört att kommissionen i sitt beslut 92/553/EEG av den 22 juli 1992 om ett förfarande enligt förordning nr 4064/89 (ärende nr IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (EGT L 356, s. 1, nedan kallat Nestlé/Perrier-ärendet) tolkade artikel 2 i förordning nr 4064/89 så, att avsaknaden av en kontroll av koncentrationer som skapar och/eller förstärker en kollektiv dominerande ställning riskerar att äventyra det grundläggande mål som anges i artikel 3 g i fördraget, det vill säga en icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden. Enligt sökanden medgav kommissionen i Sextonde rapporten om konkurrenspolitiken att det inte finns någon risk för detta. I denna rapport ansåg institutionen

att den kan kontrollera missbruk av företag i kollektiv dominerande ställning genom artikel 86 i fördraget. Under alla omständigheter bestäms kommissionens befogenheter i detta fall av förordning nr 4064/89 och inte av ett allmänt politiskt mål som syftar till att motverka beteenden som kan vara konkurrensbegränsande. Kommissionen är således endast behörig när koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning och därmed hämmar en effektiv konkurrens, och inte när koncentrationen enbart skulle kunna hämma en effektiv konkurrenssituation.

- 122 Slutligen anser sökanden att det strider mot artikel 190 i fördraget att tillämpa förordningen på en koncentration som innebär att det skapas en kollektiv dominerande ställning utan att ange den rättsliga grunden för detta.

Förstainstansrättens bedömning

- 123 Artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 har följande lydelse:

”En koncentration som 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 vara oförenlig med den gemensamma marknaden.”

- 124 Frågan är således om uttrycket ”som skapar eller förstärker en... dominerande ställning” endast avser skapandet eller förstärkningen av en individuell dominerande ställning eller om det även avser skapandet eller förstärkningen av en kollektiv dominerande ställning, det vill säga en ställning som innehas av två eller flera företag.

- 125 Av lydelsen av artikel 2 i förordningen kan inte den slutsatsen dras att denna förordning endast omfattar koncentrationer som skapar eller förstärker en individuell dominerande ställning, det vill säga en dominerande ställning som innehas av parterna i koncentrationen. Artikel 2 i förordningen som syftar på "[e]n koncentration som skapar eller förstärker en... dominerande ställning" utesluter inte i sig att förordningen är tillämplig då koncentrationen leder till att en kollektiv dominerande ställning skapas eller förstärks, det vill säga en dominerande ställning som innehas av parterna i koncentrationen tillsammans med ett eller flera företag som står utanför denna koncentration (domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 166).
- 126 Sökanden kan inte med rätta göra gällande att den omständigheten att andra nationella regelverk vid tidpunkten för antagandet av förordning nr 4064/89 innehöll bestämmelser som uttryckligen avsåg kontroll av koncentrationer som innebär att en kollektiv dominerande ställning skapas eller förstärks med nödvändighet innebär att förordningen, på grund av att rådet medvetet valde att inte inkludera sådana bestämmelser i förordningen, inte omfattar fall av kollektiv dominerande ställning. Valet av en sådan neutral formulering som den i artikel 2.3 i förordningen utesluter inte *a priori* att förordningen är tillämplig då en kollektiv dominerande ställning skapas eller förstärks.
- 127 Slutligen skall det framhållas att oavsett deras grad av precision är de nationella lagstiftningar som före ikraftträdandet av förordning nr 4064/89 var tillämpliga på skapandet eller förstärkningen av en kollektiv dominerande ställning enligt artikel 21.2 i denna förordning inte längre tillämpliga på detta slags koncentrationer. Om man tog fasta på sökandens standpunkt, skulle det betyda att alla medlemsstater som tillämpade regler om kontroll av koncentrationer som skapade eller förstärkte en kollektiv dominerande ställning, det vill säga bland andra Republiken Frankrike, Förbundsrepubliken Tyskland och Förenade kungariket, har avstått från denna kontroll när det gäller koncentrationer med en gemenskapsdimension. Eftersom det inte finns några klara uppgifter om detta, kan det inte förutsättas att det var vad medlemsstaterna önskade.

- 128 Vad beträffar sökandens argument om förarbetena till förordningen, anser förstainstansrätten att man vid tolkningen av en rättsakt bör fästa mindre vikt vid de uppfattningar som medlemsstaterna gav uttryck för under utarbetandet av rättsakten än vid den ifrågavarande rättsaktens lydelse och syften.
- 129 Det kan inte anses att förarbetena klart uttrycker lagstiftarens avsikt i fråga om räckvidden av uttrycket "dominerande ställning" i förordning nr 4064/89. Mot denna bakgrund kan förarbetena inte anses innehålla uppgifter av betydelse för tolkningen av det omtvistade uttrycket (domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 167, och den däri nämnda domen).
- 130 I alla händelser innebär inte den omständigheten att vissa medlemsstater, och närmare bestämt Republiken Frankrike, efter det att förordningen hade antagits bestred att den var tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning att förordningen inte omfattar sådana fall. Eftersom medlemsstaterna inte är bundna av de uppfattningar som de har kunnat godta under överläggningarna inom rådet, kan det nämligen inte uteslutas att en av dem ändrar uppfattning efter det att en rättsakt har antagits eller helt enkelt beslutar sig för att låta gemenskapsdomstolen få pröva rättsaktens lagenlighet.
- 131 Vidare skall förordning nr 4064/89, och i synnerhet artikel 2 i denna, tolkas mot bakgrund av dess allmänna systematik.
- 132 Det skall prövas om sökandens argument är riktigt, att förordningens systematik utesluter att den är tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning. Sökanden har härvid gjort gällande att den angivna gränsen på 25 procent i femtonde övervägandet i förordning nr 4064/89 förefaller utesluta att förordningen är tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning.

133 Femtonde övervägandet har följande lydelse:

”Koncentrationer som på grund av de berörda företagens begränsade marknadsandel inte riskerar att hämma en effektiv konkurrens kan antas vara förenliga med den gemensamma marknaden. Om inte annat följer av fördragets artiklar 85 och 86, torde detta vara fallet bl.a. när de berörda företagens marknadsandel varken inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den överstiger 25 procent.”

134 Såsom kommissionen med rätta har framhållit kan den angivna gränsen på 25 procent för marknadsandelen inte ligga till grund för en restriktiv tolkning av förordningen. Eftersom det är relativt ovanligt med oligopolmarknader där ett av de företag som gemensamt har en dominerande ställning har en andel som understiger 25 procent, kan denna uppgift inte innebära att gemensam dominans utesluts från förordningens tillämpningsområde. Det är nämligen vanligare med oligopolmarknader där företagen i dominerande ställning har en marknadsandel som överstiger 25 procent. De marknadsstrukturer som bäst lämpar sig för oligopolbeteenden är de som bland annat kännetecknas av att det finns två, tre eller fyra leverantörer som var och en har nästan lika stora marknadsandelar, till exempel två leverantörer som var och en har en marknadsandel på 40 procent, tre leverantörer som var och en har en marknadsandel på 25—30 procent eller fyra leverantörer som var och en har en marknadsandel på cirka 25 procent. Samtliga dessa fall är förenliga med den gräns på 25 procent som anges i femtonde övervägandet i förordningen.

135 Vidare är denna gräns endast en vägledning, vilket för övrigt framgår av femtonde övervägandet, och den upprepas inte i någon bestämmelse i själva förordningen (domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 176).

136 Tolkningen av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 mot bakgrund av femtonde övervägandet stöder således inte sökandens ståndpunkt att förordningen inte är tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning.

- 137 Sökandens argument om principerna om rättssäkerhet och rätten till försvar skall härefter prövas.
- 138 Enligt sökanden är det, framför allt med hänsyn till de påföljder som företagen kan åläggas enligt förordning nr 4064/89, inte förenligt med principen om rättssäkerhet att tolka artikel 2.3 så, att dess räckvidd utsträcks till att omfatta fall av kollektiv dominans.
- 139 Den fråga som uppkommer i samband med denna grund är just huruvida den tolkning av förordningen som kommissionen har förordat är korrekt. Om så är fallet är beslutet lagenligt utifrån denna synvinkel och principen om rättssäkerhet har inte åsidosatts. Om däremot den tolkning av förordningen som sökanden har förordat är den riktiga, är beslutet inte behörigen fattat, och det finns då inte anledning att ta ställning till om principen om rättssäkerhet eventuellt har åsidosatts.
- 140 Sökandens argument saknar således betydelse.
- 141 Vad beträffar rätten till försvar skall det erinras om att artikel 18 i förordning nr 4064/89 har följande lydelse:

”1. Innan kommissionen fattar beslut enligt artiklarna 7.2 och 7.4, 8.2, andra stycket, och 8.3—8.5, 14 och 15, skall den lämna de berörda personerna, företagen och företagssammanslutningarna tillfälle att i varje skede av förfarandet fram till samrådet med den rådgivande kommittén yttra sig över de anmärkningar som framförs mot dem.

...

3. Kommissionen skall fatta sitt beslut endast på grundval av de anmärkningar beträffande vilka parterna har haft möjlighet att framföra synpunkter. Vid förfarandet skall parternas rätt att gå i svaromål respekteras till fullo. Åtminstone de direkt berörda parterna skall få ta del av akten, varvid hänsyn skall tas till företags berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas.

4. I den mån kommissionen och medlemsstaternas behöriga myndigheter anser det nödvändigt kan de inhämta yttranden även från andra fysiska eller juridiska personer. Fysiska eller juridiska personer som kan påvisa ett tillräckligt intresse i saken, särskilt ledamöter av de berörda företagens administrativa eller styrande organ eller erkända arbetstagarrepresentanter från dessa företag, skall efter ansökan ha rätt att yttra sig.”

142 I motsats till vad sökanden har gjort gällande utesluter inte dessa bestämmelser *a priori* att deltagare i ett oligopol som inte är parter i koncentrationen skulle ha samma rätt att yttra sig som de företag som är parter i koncentrationen.

143 Skyddet av ett givet företags rätt till försvar är, enligt systematiken i artikel 18 i förordningen, endast beroende av om företaget kan betecknas som ett berört företag, en direkt berörd part eller en utomstående med ett tillräckligt intresse i saken, vilket i sin tur är beroende av om det beslut som kommissionen har för avsikt att fatta kan gå företaget emot. Detta betyder att om företag som deltar i ett oligopol utan att vara parter i koncentrationen kan anses vara parter som direkt berörs av kommissionens beslut, har de samma processuella rättigheter som de företag som är parter i koncentrationen.

- 144 Om kommissionens beslut däremot inte är av sådant slag att det går företag emot som inte är parter i koncentrationen, har de rätt att yttra sig om de kan påvisa att de har ett tillräckligt intresse i saken, i enlighet med artikel 18.4 i förordning nr 4064/89, vilket överensstämmer med domstolens och förstainstansrättens rättspraxis angående utomståendes processuella rättigheter.
- 145 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 kan leda till en rättsakt som går en person emot utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip, som under alla omständigheter skall säkerställas även i avsaknad av reglering av förfarandet i fråga (se i detta hänseende domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, av den 24 oktober 1996 i mål C-32/95 P, kommissionen mot Lisrestal m.fl., REG 1996, s. I-5373, punkt 21, och domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 174).
- 146 Det kan med beaktande av en sådan princip inte anses att den omständigheten, att gemenskapslagstiftaren inom ramen för förordningen inte uttryckligen har inrättat ett förfarande för att säkerställa en rätt till försvar till förmån för utomstående företag som antas inneha 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 (domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 175).
- 147 Härav följer att argumentet om utomståendes processuella rättigheter inte kan godtas.
- 148 När det inte är möjligt att genom en bokstavstolkning, en historisk tolkning och en systematisk tolkning av förordningen, och i synnerhet av artikel 2, fastställa dess exakta räckvidd i fråga om det slags dominerande ställning som avses, finns

det anledning att tolka den ifrågavarande förordningen utifrån dess ändamål (se i detta hänseende dom av den 7 februari 1979 i mål 11/76, Nederländerna mot kommissionen, REG 1979, s. 245, punkt 6, av den 5 december 1996 i de förenade målen C-267/95 och C-268/95, Merck och Beecham, REG 1996, s. I-6285, punkterna 19—25, och domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 168).

- 149 I enlighet med vad som framgår av de fem första övervägandena är det främsta målet för förordningen, i syfte att förverkliga målen för fördraget, och i synnerhet artikel 3 f, numera artikel 3 g efter ikraftträdandet av fördraget om Europeiska unionen, att säkerställa att omstruktureringar av företag bland annat till följd av genomförandet av den inre marknaden inte varaktigt skadar konkurrensen. Således framhålls följande i femte övervägandet *in fine* i förordning nr 4064/89: ”Gemensapsrätten skall därför innehålla bestämmelser om sådana koncentrationer som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den” (se i detta hänseende domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 169).
- 150 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, till följd av 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 (domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 170).
- 151 En koncentration som skapar eller förstärker en dominerande ställning som innehas 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 innehas 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 (domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 171).

- 152 Argumenten att förordningen är tillämplig på koncentrationer mellan företag som inte har sin huvudsakliga verksamhet i gemenskapen och att kommissionen eventuellt kan kontrollera konkurrensbegränsande beteenden hos deltagarna i ett oligopol genom artikel 86 i fördraget kan inte ifrågasätta att förordningen är tillämplig då kollektiv dominans uppkommer till följd av en koncentration.
- 153 Vad beträffar det första av dessa argument, kan det konstateras att frågan om huruvida förordningen är tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning inte kan vara beroende av förordningens territoriella tillämpningsområde.
- 154 Vad beträffar möjligheten att tillämpa artikel 86 i fördraget innebär inte denna att det kan anses att förordningen inte är tillämplig på kollektiv dominans, eftersom samma resonemang gäller i fråga om ett enskilt företags dominans, vilket därmed skulle leda till slutsatsen att förordningen inte alls är nödvändig.
- 155 Eftersom artikel 86 i fördraget endast gör det möjligt att kontrollera om en dominerande ställning förstärks och inte om en sådan ställning skapas (domen i det ovannämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen, punkt 26), skulle det skapa en lucka i gemenskapens system för kontroll av koncentrationer om förordningen inte vore tillämplig på koncentrationer, vilket skulle kunna äventyra den gemensamma marknadens funktion.
- 156 Av vad som har anförts ovan framgår att fall av kollektiv dominerande ställning inte faller utanför tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89, vilket domstolen för övrigt, efter förhandlingen den 18 februari 1998, fastslog i domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen (punkt 178).

- 157 Kommissionen var således inte skyldig att i beslutet motivera varför förordningen var tillämplig på fall av kollektiv dominerande ställning, i synnerhet som den redan hade redogjort för sin ståndpunkt i den frågan i de årliga rapporterna om konkurrenspolitiken och i andra beslut i koncentrationsärenden, bland annat i beslutet i Nestlé/Perrier-ärendet. Anmärkningen om att motiveringsskyldigheten i artikel 190 i fördraget har åsidosatts är följaktligen ogrundad.
- 158 Härav följer att talan inte kan vinna bifall på de grunder som har prövats.

III — Överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, eftersom kommissionen felaktigt fastslog att koncentrationen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning, och överträdelse av artikel 190 i fördraget

A — Det omtvistade beslutet

- 159 Kommissionen kom fram till slutsatsen att det skulle skapas en kollektiv dominerande ställning mellan Implats/LPD och Amplats, vilken påtagligt skulle kunna hämma konkurrensen inom den gemensamma marknaden (punkt 219 i övervägandena i det omtvistade beslutet), genom att bland annat fastslå följande (punkterna 74—214 i övervägandena):

— Trots att platinametaller (platina, palladium, rodium, iridium, rutenium och osmium) förekommer naturligt tillsammans i samma malmkropp är de inte i tillräcklig utsträckning inbördes utbytbara för att endast anses utgöra en enda produktmarknad, utan varje platinametall utgör en egen produktmarknad.

- Platinametaller är värdefulla varor som säljs i hela världen på samma villkor och det finns således en integrerad världsmarknad för varje platinametall.

- Platina- och rodiummarknaderna kännetecknas av en homogen produkt, en mycket överblickbar marknad, oelastisk efterfrågan i förhållande till det nuvarande prisintervallet, måttlig tillväxt på efterfrågan, fullt utvecklad produktionsteknik, stora hinder för nya aktörers inträde på marknaden, stark företagskoncentration, finansiella kopplingar och kontakter på flera marknader för leverantörerna, bristen på marknadsinflytande för köparna samt av att konkurrensen är låg och att konkurrensmöjligheterna tidigare har varit små.

- Till följd av koncentrationen skulle Implats/LPD och Amplats vardera ha en global marknadsandel på cirka 35 procent av platinamarknaden (en sammanlagd marknadsandel på cirka 70 procent), vilken efter den förmodade tömningen av de ryska lagren inom två år skulle öka till 40 procent (en sammanlagd marknadsandel på cirka 80 procent) och en sammanlagd andel av de beräknade globala platinametallreserverna på 89 procent, med 50 procent vardera.

- Till följd av koncentrationen skulle Implats/LPD och Amplats ha liknande kostnadsstrukturer.

- Koncentrationen skulle definitivt undanröja konkurrensshotet från LPD på marknaden.

- Till följd av koncentrationen skulle Ryssland endast ha en mindre roll på marknaden.

- De marginella försörjningskällorna, det vill säga utbudet av palladium och platina från leverantörer som inte deltog i oligopolet, från återvinningsföretag och från innehavarna av andra lager än ryska, skulle inte kunna uppväga den ekonomiska styrkan i Implats/LPD:s och Amplats duopol.

- Det är föga troligt att nya aktörer skulle inträda på platina- och rodiummarknaderna.

B — *Allmänna överväganden*

- 160 Sökanden har gjort gällande att bevisen och motiveringen i det omtvistade beslutet inte var tillräckliga i detta fall för att det skulle kunna fastslås att det förelåg en kollektiv dominerande ställning och att de inte heller var tillräckliga som motivering enligt den rättspraxis som avser artikel 190 i fördraget.
- 161 Sökanden menar att om kommissionen korrekt hade tillämpat de kriterier som den tidigare använt i sina beslut på platina- och rodiummarknadernas objektiva egenskaper, skulle den inte ha kommit fram till att koncentrationen skapade en kollektiv dominerande ställning.
- 162 Det skall erinras om att i enlighet med artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 skall en koncentration som 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 förklarar vara oförenlig med den gemensamma marknaden.

- 163 I fråga om en föregiven kollektiv dominerande ställning är kommissionen således skyldig att, utifrån en analys av den relevanta marknadens 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, som tillsammans, bland annat på grund av vissa bindningar 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 (domen i det ovannämnda målet Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkt 221).
- 164 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 (samma dom, punkt 223).
- 165 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 (samma dom, punkt 224).
- 166 Sökandens olika argument skall prövas mot bakgrund av dessa överväganden.

C — Gencors och Lonrhos påstådda gemensamma kontroll över LPD före koncentrationen

Parternas argument

- 167 Sökanden har gjort gällande att kommissionen förefaller att ha underlåtit att i tillräcklig utsträckning beakta de bevis som framlades om situationen före koncentrationen, när sökanden och Lonrho hade gemensam kontroll över LPD. De omständigheter som föranledde kommissionen att dra slutsatsen att den planerade koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden förelåg redan före koncentrationen. Det är således svårt att förstå hur koncentrationen skulle ändra konkurrensnivån inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den.
- 168 Kommissionen har gjort gällande att Gencor och Lonrho, i motsats till vad sökanden har hävdat, inte hade gemensam kontroll över LPD före den föreslagna koncentrationen. Enligt kommissionen har sökanden direkt motsagt vad den uppgav i parternas svar på meddelandet om anmärkningarna, nämligen att Implats och LPD var helt skilda enheter och att Implats endast hade intressen i LPD som minoritetsägare.

Förstainstansrättens bedömning

- 169 Förstainstansrätten konstaterar att kommissionen i punkterna 114—121 och 186—191 i övervägandena i det omtvistade beslutet har gjort en detaljerad bedömning av de strukturella bindningar mellan Implats och LPD före koncentrationen och av koncentrationens inverkan på konkurrensstrukturen på platinamarknaden. Enligt det omtvistade beslutet hindrade dessa bindningar inte

LPD från att fortsätta att vara en oberoende konkurrent till Implats. Detta oberoende skulle dock ha upphört efter koncentrationen.

- 170 Det skall därför undersökas om koncentrationen väsentligt skulle kunna ändra sökandens inflytande över LPD och därmed konkurrensvillkoren och konkurrensstrukturen på platina- och rodiummarknaderna, eller om kommissionen borde ha godkänt koncentrationen på grund av att den inte märkbart skulle påverka den befintliga marknadsstrukturen.
- 171 Det kan konstateras att enligt artikel 8.2 i 1990 års aktieägaravtal kontrollerade Lonrho ensamt genom dotterbolaget LMS den löpande ledningen och skötte den sedvanliga kontrollen av verksamheten i Eastplats och Westplats, det vill säga LPD.
- 172 Artikeln har följande lydelse:

”Ledningen och den sedvanliga dagliga kontrollen av bolagens affärer och åtaganden skall övergå till LMS [Lonrho Management Services] enligt ledningsavtal och parterna skall se till att bolagen, när avtalet undertecknas, har ingått ledningsavtal med LMS om att detta bolag skall ansvara för ledningen av bolagens affärer. LSA [Lonrho South Africa] skall se till att LMS regelbundet ger styrelsen i varje bolag fullständig information om alla materiella aspekter av bolagens affärer genom (bland annat) månatliga ledningsrapporter.”

173 Enligt artikel 8.5 i aktieägaravtalet kontrollerar Lonrho ensam genom dotterbolaget Western Metal Sales även marknadsföringen och försäljningen av LPD:s produktion (punkt 117 i övervägandena i det omtvistade beslutet).

174 Den artikeln har följande lydelse:

”WPL:s [Westplats] och EPL:s [Eastplats] produktion, inklusive produktionen från den gruva som WPL har förvärvat enligt huvudavtalet, skall marknadsföras genom WMS [Western Metal Sales]...”

175 I artikel 6.3 i aktieägaravtalet anges vidare att ”så länge som Lonrhokoncernen totalt äger 50 procent eller mer av kapitalet i vart och ett av bolagen, skall LSA utse bolagens ordförande, direktör och styrelseordförande”. Det har inte bestritts att det faktum att LMS tillhandahåller ledningstjänster åt LPD medför att det får en både mäktig och privilegierad ställning i och med att det både har kännedom om och tar hand om LPD:s affärer och har ett starkt inflytande över alla affärsbeslut (punkt 118 i det omtvistade beslutet).

176 Det förhållandet att Gencorkoncernen inte har något inflytande över LPD:s konkurrensstrategier bekräftas vidare av vad parterna i koncentrationen själva uppgav i sina svar på meddelandet om anmärkningar (se bilaga 5 till Gencors och Lonrhos svar på meddelandet om anmärkningar, punkterna 6, 7 och 8, kontroll över LPD, fjärde stycket). De anförde att ”Implats och LPD har varit, och har till dags dato förblivit, helt skilda enheter vars dagliga verksamhet sköts av deras respektive ledningsgrupper utan hänsyn till varandra” och att ”Implats intresse bestod i, och består fortfarande i, ... en ägarandel på 27 % av LPD” (punkt 118 i övervägandena i beslutet). Att Gencorkoncernen inte har något inflytande bekräftas även av artikel 17 i aktieägaravtalet, där följande anges: ”Förhållandet mellan aktieägarna (Gencor- och Lonrhokoncernerna) skall regleras i detta avtal

och det finns inget i avtalet som skall anses utgöra en sammanslutning, ett gemensamt företag eller något liknande...”

- 177 Slutligen har det inte bestritts att i och med att LPD och Implats behöll sina separata försäljningsorganisationer, konkurrerade de faktiskt med varandra före koncentrationen och sålde sina produkter till samma kunder på olika villkor, till exempel genom att erbjuda olika rabatter (punkt 117 i övervägandena i det omtvistade beslutet). Det har inte heller bestritts att LPD tillsammans med Ryssland under det senaste årtiondet har varit den viktigaste konkurrensfaktorn på marknaden (punkterna 174—177 i övervägandena).
- 178 Detta betyder att Lonrho självständigt, utan Gencors samtycke, kunde kontrollera en mycket viktig aspekt av LPD:s konkurrensstrategi, nämligen bolagets marknadsföringspolitik.
- 179 Efter koncentrationen skulle Lonrho inte längre ensam kontrollera denna aspekt av LPD:s marknadsföringspolitik, utan den skulle i stället kontrolleras gemensamt av Lonrho och Gencor. Transaktionen skulle i själva verket medföra att den nya enheten absorberade Western Metal Sales och LMS samt att alla verksamheter som avser brytning, produktion, raffinering och marknadsföring skulle koncentreras till ledningen för Implats/LPD (punkterna 120 och 186 i övervägandena i det omtvistade beslutet).
- 180 Under dessa omständigheter kunde koncentrationen, i motsats till vad sökanden har gjort gällande, väsentligt ändra LPD:s konkurrensmöjligheter vad avser marknadsföring av platinametaller.

181 Vad beträffar produktionspolitiken, kan det konstateras att enligt de följande artiklarna i aktieägaravtalet skulle såväl beslut om större investeringar som låg utanför det program som redan hade godkänts som den årliga strategiplanen och budgeten för alla bolag som ingick i LPD på förhand godkännas av Gencor och Lonrho:

”6.1 LSA och Implats skall ha lika många platser och samma rösträtt i bolagens styrelser...

...

8.3 Alla större investeringar som ligger utanför det program som redan har godkänts i samband med ett av bolagens affärer, inklusive deras finansiering och beslut om desinvesteringar, skall godkännas av aktieägarna. Om aktieägarna inte kan enas i en sådan fråga, skall de inhämta ett utlåtande från en oberoende expert som de kan godta, och vars utlåtande de skall beakta.

8.4 Oaktat bestämmelserna i bolagsordningarna, skall styrelserna i vart och ett av bolagen vara behöriga och ha till uppgift att granska och vid behov godkänna följande:

...

8.4.3 den årliga strategiplanen och budgeten för vart och ett av bolagen.”

- 182 Det har inte bestritts att Lonrho, utan Gencors samtycke, kan öka LPD:s nuvarande produktionsnivå med (...) uns per år från befintliga gruvschakt och genom ytterligare tillväxt på grund av fortlöpande förbättringar av produktionsprocessen och en lösning av problemet med överutbud (punkt 5.1 i den rapport som ekonomikonsultföretaget National Economic Research Associates upprättade i mars 1996, nedan kallad NERA-rapporten).
- 183 Sökanden har ändå gjort gällande att koncentrationen inte skulle ändra dess möjligheter att hindra att LPD:s framtida produktionskapacitet ökade ytterligare, eftersom det enligt 1990 års aktieägaravtal redan krävs att den samtycker till alla större investeringar, inklusive de investeringar som behövs för att expandera de gruvschakt som kallas (...). Enligt sökanden skulle den på grund av sin vetorätt i fråga om godkännandet av den årliga strategiplanen och den årliga budgeten kunna hindra LPD från att erhålla nödvändig finansiering (genom banklån eller konsumentfinansiering) för att utveckla (...) åder (NERA-rapporten, punkt 5.1).
- 184 Det kan konstateras att enligt de uppgifter som parterna lämnat och enligt den analys som gjorts av R.W. Rowland, tidigare styrelseordförande i Lonrho, kunde LPD trots sin skuldsättning finansiera den planerade expansionen med egna medel och begränsade ytterligare investeringar i anläggningstillgångar skulle göra det möjligt för LPD att öka produktionen till 900 000 uns per år (punkterna 115 *in fine*, 121 och 191 i övervägandena i det omtvistade beslutet).
- 185 Enligt artikel 8.3 *in fine* i 1990 års aktieägaravtal skulle Gencor och Lonrho inhämta ett utlåtande från en oberoende expert om de inte kunde enas om LPD:s framtida expansion. Såsom kommissionen har framhållit betyder detta att Gencor inte i all oändlighet skulle kunna hindra beslut om investeringar som var nödvändiga för att utveckla LPD:s produktionskapacitet, och som kunde gynna samtliga aktieägare, av skäl som inte hade något samband med företagets drift (punkt 191 i övervägandena i det omtvistade beslutet).

186 Efter koncentrationen skulle sådana intressekonflikter vara mindre sannolika på grund av parternas ändrade ekonomiska intressen.

187 Före koncentrationen kontrollerade Gencor Implats och ägde en minoritetspost på 27 procent i LPD enligt aktieägaravtalet. Lonrho ägde en andel på 73 procent i LPD, men var inte delägare i Implats. Även om Gencor före koncentrationen hade kunnat ha ett intresse av att framtvunga beslut som var fördelaktiga för utvecklingen av den verksamhet som detta bolag kontrollerade på egen hand (och som proportionerligt gav en högre vinst), det vill säga Implats verksamhet, och som kunde vara ofördelaktiga för LPD, var under dessa omständigheter detta inte fallet med Lonrho som endast var verksamt på platinametallmarknaderna genom LPD och som objektivt sett endast var intresserat av att så rationellt som möjligt utveckla verksamheten i dotterbolaget LPD.

188 Denna situation skulle däremot radikalt kunna förändras till följd av koncentrationen, eftersom Gencor och Lonrho skulle äga samma andel i den nya enheten Implats/LPD och därför skulle kunna ha samma mål och ekonomiska intressen, åtminstone vad beträffar de strategiska besluten om den nya enhetens utveckling. Med andra ord skulle koncentrationen kunna förändra intressebalansen hos de två största aktieägarna i LPD genom att skapa ökat samförstånd mellan Gencor och Lonrho i fråga om bland annat utvecklingen av den nya enhetens produktionskapacitet och därmed möjliggöra att en duopolstruktur skapas på marknaden för Gencor och Lonrho å ena sidan och Amplats å den andra.

189 Detta har för övrigt parterna själva bekräftat.

190 I punkt 187 i övervägandena i det omtvistade beslutet anges härvid följande:

”... Följande stod i cirkuläret till Lonrhos aktieägare inför koncentrationen:

”Implats och Lonrho har tidigare misslyckats med att uppnå en överenskommelse om flera frågor som även omfattar planer från Lonrho att utvidga LPD:s verksamhet. Ledningarna tror att en följd av koncentrationen blir att Lonrhos och Gencors intressen av att öka värdet på det utvidgade Implats kommer att leda till fördelar för bägge bolagens aktieägare.”

191 Punkt 188 i det omtvistade beslutet innehåller följande tillägg:

”Enligt de framtidsvisioner som presenterats för [...] är det dessutom så att samordningen av intressen till följd av koncentrationen kommer att innebära en nedskärning av expansionsplanerna, vilket leder till högre priser jämfört med om koncentrationen inte skulle komma till stånd och bägge företagen skulle fortsätta med sin befintliga framtidsplanering. [...] har mottagit två produktionsscenarioer som beskriver påverkan på Implats och LPD:s produktion om koncentrationen skulle genomföras respektive inte genomföras.

a) [...]

b) [...]”.

- 192 Enligt punkt 189 i övervägandena i det omtvistade beslutet ansåg (...) i synnerhet, enligt den rapport från augusti 1994 som kallas (...), att koncentrationen skulle medföra två stora marknadsfördelar (förutom eventuella kostnadsbesparingar):

”[... bibehållande av nuvarande produktionsnivåer bör påverka priserna på de viktigaste metallerna positivt...]

Och dessutom,

[... det koncentrerade bolaget kommer att få ett högre börsvärde än det bakomliggande värdet för de enheter som ingår i koncentrationen. Detta beror på koncentrationens storlek och möjlighet att utöva större inflytande på marknaden...]

- 193 Oberoende av de strukturella bindningarna mellan sökanden och Lonrho enligt 1990 års aktieägaravtal, hade kommissionen under dessa omständigheter skäl att anse att den planerade koncentrationen slutgiltigt skulle kunna avvärja konkurrensshotet från LPD mot Implats och Amplats högkostnadsverksamheter, såväl på marknadsföringsplanet som på produktionsplanet, och därmed få ett väsentligt inflytande på den befintliga marknadsstrukturen.

194 Den undersökta anmärkningen skall därför förkastas.

D — Kommissionens karakterisering av kollektiv dominerande ställning

1. Kriteriet om marknadsandelar

Parternas argument

195 Sökanden har gjort gällande att de marknadsandelar som parterna har på den globala platinamarknaden och som kommissionen har grundat sig på uppgår till (...) procent (för Implats) och till (...) procent (för LPD), vilket utgör en sammanlagd marknadsandel på (...) procent. På gemenskapsmarknaden uppgår dessa andelar till (...) procent (LPD), (...) procent (Implats) och (...) procent (sammanlagd andel). I andra ärenden om kontroll av koncentrationer där det har ansetts föreligga en kollektiv dominerande ställning, såsom i beslutet i Nestlé/Perrier-ärendet och beslut 94/449/EG av den 14 december 1993 i ett förfarande för tillämpning av förordning nr 4064/89 (ärende nr IV M.308-Kali + Salz/MdK/Treuhand) (EGT L 186, s. 38, nedan kallat Kali + Salz/MdK/Treuhand-ärendet), var de sammanlagda marknadsandelarna mycket större än i detta fall, men kommissionen godkände ändå de planerade koncentrationerna.

196 I Nestlé/Perrier-ärendet hade Nestlé och BSN en sammanlagd andel på 82 procent av den relevanta marknaden, vilken i det fallet var den franska marknaden för mineralvatten (punkt 119 i övervägandena i beslutet). Koncentrationen godkändes med vissa förbehåll.

- 197 I Kali + Salz/MdK/Treuhand-ärendet skulle Kali + Salz marknadsandel stiga från 17 till 25 procent av gemenskapsmarknaden, med undantag för Tyskland, och orsaka ett faktiskt monopol som omfattade 98 procent av den tyska marknaden, vilken ansågs vara en särskild relevant, geografisk marknad. Även i det fallet godkände kommissionen koncentrationen med vissa förbehåll.
- 198 Kommissionen har gjort gällande att den jämförelse som sökanden har gjort mellan de marknadsandelar som parterna i koncentrationen har och de totala marknadsandelar som deltagarna i oligopolet hade i Nestlé/Perrier-ärendet (82 procent) är oriktig, liksom jämförelsen med Kali + Salz/MdK/Treuhand-ärendet.

Förstainstansrättens bedömning

- 199 Förbudet i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 ger uttryck för det allmänna målet i artikel 3 g i fördraget, det vill säga att upprätta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids (första och sjunde övervägandena i förordning nr 4064/89). Förbudet avser koncentrationer som 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.
- 200 Den dominerande ställning som åsyftas i bestämmelsen är en situation där ett eller flera företag har sådan ekonomisk makt att de kan förhindra bibehållandet av en effektiv konkurrens på den ifrågavarande marknaden på grund av att de har möjlighet att i betydande omfattning uppträda utan att ta hänsyn till sina konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter.

- 201 En dominerande ställning kan vara följden av flera faktorer som inte behöver vara avgörande var för sig. Bland dessa faktorer är förekomsten av omfattande marknadsandelar av stor betydelse. Innehavet av en betydande marknadsandel som bevis för att det föreligger en dominerande ställning är dock inte en oföränderlig faktor. Betydelsen härav varierar från marknad till marknad beroende på marknadernas struktur och då särskilt vad gäller produktionen, utbudet och efterfrågan (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkterna 39 och 40).
- 202 Vidare utgör förhållandet mellan de marknadsandelar som parterna i koncentrationen har och konkurrenternas — särskilt de största — marknadsandelar ett användbart indicium för om det föreligger en dominerande ställning. Denna faktor möjliggör nämligen en värdering av konkurrensförmågan hos konkurrenterna till det berörda företaget (samma dom, punkt 48).
- 203 Under dessa omständigheter innebär det förhållandet att kommissionen i andra fall av koncentrationer har grundat sig på innehavet av större eller mindre marknadsandelar vid bedömningen av eventuellt skapande eller eventuell förstärkning av en kollektiv dominerande ställning inte att kommissionen är bunden av sina bedömningar i andra ärenden, där det bland annat var fråga om marknader som kännetecknades av en annan utbuds- och efterfrågestruktur och andra konkurrensvillkor.
- 204 Eftersom det inte finns några bevis för att marknaden för mineralvatten och/eller marknaden för kaliumkarbonat, som undersöktes i Nestlé/Perrier-ärendet respektive Kali + Salz/Mdk/Treuhand-ärendet, och platina- och rodiummarknaden, som är aktuell i förevarande mål, väsentligen liknar varandra, kan sökanden inte åberopa eventuella skillnader i förhållande till de marknadsandelar som deltagarna i oligopolet hade och som kommissionen beaktade i något av dessa två ärenden för att ifrågasätta gränsen för den marknadsandel som anses vara ett tecken på att en kollektiv dominerande ställning föreligger i detta fall.

- 205 Även om marknadsandelarnas betydelse kan variera från en marknad till en annan, kan det med rätta anses att särskilt stora marknadsandelar i sig själva, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning (domstolens dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, Akzo mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359, punkt 60; svensk specialutgåva, volym 11). Ett företag som har särskilt stora marknadsandelar under en längre tidsperiod befinner sig genom omfattningen av sin produktion och sitt utbud i en maktposition som gör det dominerande företaget till en oundgänglig handelspartner och som redan av denna anledning, åtminstone under relativt långa tidsperioder, ger företaget i fråga en för den dominerande ställningen karaktäristisk handlingsfrihet. Innehavarna av betydligt mindre andelar kan inte snabbt uppfylla en efterfrågan från dem som inte längre vill använda sig av företaget med den avsevärt större andelen (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 41).
- 206 Det är riktigt att den omständigheten att deltagarna i ett oligopol har stora marknadsandelar, jämfört med en bedömning av en individuell dominerande ställning, inte behöver ha samma betydelse för deltagarnas möjligheter att i grupp i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till sina konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter. Innehavet av en stor marknadsandel, i synnerhet vid duopol, kan ändå, om det inte finns uppgifter om motsatsen, utgöra ett mycket viktigt indicium för att en kollektiv dominerande ställning föreligger.
- 207 I detta fall skall det uppmärksammas, såsom kommissionen konstaterade i det omtvistade beslutet (punkterna 81 och 181 i övervägandena), att till följd av koncentrationen skulle företagen Implats/LPD och Amplats vart och ett ha en marknadsandel på cirka 30—35 procent, det vill säga en sammanlagd andel på 60—70 procent av den globala platinametallmarknaden och cirka 89 procent av världens platinametallreserver. Ryssland skulle ha en marknadsandel på 22 procent och cirka 10 procent av världens reserver, de nordamerikanska producenterna skulle ha en marknadsandel på 5 procent och 1 procent av världens reserver och återvinningsföretagen skulle ha en marknadsandel på 6 procent. Det var troligt att företagen Implats/LPD och Amplats, efter det att de ryska lagren hade tömts, det vill säga sannolikt under de två åren efter det omtvistade beslutet, vart och ett skulle ha en marknadsandel på cirka 40 procent och en sammanlagd

marknadsandel på 80 procent, vilket skulle utgöra en mycket stor marknadsandel.

- 208 Med hänsyn till uppdelningen av marknadsandelarna mellan parterna i koncentrationen och den skillnad i marknadsandelar som koncentrationen skulle orsaka mellan å ena sidan den enhet som skulle komma till stånd genom sammanslagningen och Amplats och å andra sidan övriga platinaleverantörer, kunde kommissionen på goda grunder anse att den planerade transaktionen skulle kunna skapa en dominerande ställning för de sydafrikanska företagen.
- 209 Det kan konstateras att den jämförelse som sökanden har gjort mellan de marknadsandelar som parterna i koncentrationen har och den totala marknadsandel som samtliga deltagare i oligopolet hade i Nestlé/Perrier-ärendet (82 procent) är oriktig. Såsom kommissionen har framhållit skall andelen på 82 procent jämföras med samtliga marknadsandelar som parterna i koncentrationen och Amplats skulle få efter det potentiella avlägsnandet av den ryska producenten (Almaz) som en betydande aktör på marknaden, det vill säga totalt cirka 80 procent. Vad beträffar Kali + Salz/Mdk/Treuhand-ärendet, har sökanden även felaktigt jämfört de marknadsandelar som parterna i koncentrationen i förevarande mål har med de marknadsandelar som Kali + Salz och Mdk hade i Tyskland (98 procent), där det inte var fråga om en kollektiv dominerande ställning. I Kali + Salz/Mdk/Treuhand-ärendet fastslog kommissionen att det förelåg en kollektiv dominerande ställning på den europeiska marknaden med undantag för Tyskland, eftersom det företag som skulle komma till stånd genom koncentrationen tillsammans med den andra deltagaren i duopolet skulle ha fått en total marknadsandel på cirka 60 procent. Sökanden borde således ha gjort en jämförelse med det sistnämnda talet, vilket är klart lägre än den sammanlagda marknadsandel som Amplats och Implats/LPD skulle få till följd av koncentrationen.
- 210 Vad beträffar sökandens argument att Implats/LPD:s sammanlagda marknadsandel efter koncentrationen enbart skulle uppgå till (...) procent i gemenskapen, kan det konstateras att den ifrågavarande geografiska marknaden är ett klart angivet geografiskt område som kännetecknas av att konkurrensvillkoren är tillräckligt enhetliga för alla ekonomiska aktörer. Inom detta område skulle det eller de företag som har en dominerande ställning ha möjlighet att eventuellt

utöva missbruk som kan hindra en effektiv konkurrens (se i detta hänseende domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkterna 11 och 44; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9). Kommissionen kunde därför göra en rimlig bedömning av koncentrationens verkningar för konkurrensen inom detta område. Det kan vidare konstateras att med hänsyn till platinametallmarknadernas egenskaper, såsom dessa har beskrivits i punkterna 68—72 i övervägandena i det omtvistade beslutet, skall den geografiska marknad som är i fråga i detta fall anses ha en global dimension, vilket parterna inte har bestritt.

- 211 Under dessa omständigheter kan man inte tala om parternas ”marknadsandelar” i gemenskapen. På en världsmarknad, som platina- och rodiummarknaden, skulle den ekonomiska makten i en sådan enhet som Implats/LPD och Amplats skulle ha utgjort efter koncentrationen ha varit den makt som var knuten till dess andel av världsmarknaden och inte till dess marknadsandel i en del av världen.
- 212 Regionala skillnader i fördelningen av marknadsandelarna mellan deltagarna i det duopol som dominerar marknaden för en fungibel produkt, vilken lätt kan transporteras och vars pris fastställs globalt, speglar endast traditionella affärsförbindelser som lätt skulle kunna upphöra om de dominerande företagen beslutade att tillämpa underpriser för att göra sig av med sina konkurrenter eller som svårligen skulle kunna avbrytas vid oskälig prissättning, om de marginella försörjningskällorna inte lätt kunde tillgodose efterfrågan från de kunder till företag i dominerande ställning som tillämpade dessa oskäliga priser.
- 213 Sökanden har själv medgivit i punkt 4.24 i sin ansökan att det inte finns några bevis för att de företag som är verksamma på platinamarknaderna, utan att ingå i det duopol som kommissionen har identifierat, i större utsträckning än deltagarna i själva duopolet kan isolera den gemensamma marknaden, exempelvis genom att selektivt hålla stånd mot ett beslut av deltagarna i det dominerande oligopolet om en global prishöjning.

- 214 Även om det antas att det, vad avser en sådan världsmarknad som platina- och rodiummarknaden, är nödvändigt att undersöka de berörda aktörernas exakta försäljningsnivå i gemenskapen i detta fall, kan det konstateras att Implats/LPD och Amplats sammanlagda marknadsandel i gemenskapen inte väsentligen skiljer sig från dess andel av den globala platinamarknaden.
- 215 Enligt vad parterna i koncentrationen uppgav i CO-formuläret var Implats/LPD:s sammanlagda marknadsandel i gemenskapen i genomsnitt cirka (...) procent under åren 1992—1995 (se CO-formuläret, punkt 6.1.10, bilaga 6 till ansökan), medan Amplats marknadsandel år 1994 beräknades till cirka 35—50 procent och Rysslands marknadsandel till cirka 25—35 procent. Med andra ord var Implats/LPD och Amplats sammanlagda marknadsandel i gemenskapen vid tidpunkten för koncentrationen cirka (...)—65 procent, och skulle efter det att de ryska lagren hade tömts stiga till cirka (...)—78 procent, eftersom Rysslands försäljning enligt vad parterna i koncentrationen själva har uppgivit sedan år 1994 till cirka 50 procent bestod av lagerförsäljning (se CO-formuläret, punkt 7.3.2, bilaga 7 till ansökan).
- 216 Anmärkningen avseende kriteriet om marknadsandelar skall därför förkastas i sin helhet.

2. De liknande kostnadsstrukturerna i Implats/LPD och Amplats till följd av koncentrationen

Sökandens argument

- 217 Enligt sökanden har kommissionen felaktigt ansett att den sammanslagna enheten och Amplats oundvikligen skulle samordna sitt agerande på marknaden

på grund av att de skulle ha liknande kostnadsstrukturer. Institutionen har i sin bedömning bortsett ifrån de stora skillnaderna mellan Implats, LPD:s och Amplats driftskostnader för olika gruvschakt. Det är härvid helt felaktigt att endast beakta de genomsnittliga kostnaderna, eftersom besluten om produktionen fattas för varje enskilt schakt och konkurrensen avser marginalkostnader.

Förstainstansrättens bedömning

- 218 Kommissionen har grundat sin kostnadsjämförelse på de diagram i bilaga II till det ifrågasatta beslutet över de tre sydafrikanska producenternas driftskostnadskurvor som parterna i transaktionen själva har upprättat.
- 219 I punkt 138 b i det omtvistade beslutet har kommissionen konstaterat, vilket inte har bestritts av sökanden, att platinaindustrins kostnadsstruktur är stel och kännetecknas av mycket höga fasta kostnader, vilket betyder att produktionen i platinagruvorna inte kan varieras särskilt mycket ens när ett antal produktions-schakt bidrar lite eller inte alls till lönsamheten. Kommissionen har även konstaterat att en strategi som skulle gå ut på att stänga schakt med låg lönsamhet för att främja de mest lönsamma schakten skulle medföra att de fasta kostnaderna måste spridas på de återstående schakten, vilket skulle minska lönsamheten för schakt med låg lönsamhet och framtvunga ytterligare stängningar.
- 220 Kommissionen gjorde därför en riktig bedömning när den slog fast att en platinaproducent måste se till verksamhetens totala kostnadsläge när han beslutar

om en lämplig produktionsnivå och inte enbart se till driftskostnaderna för de enskilda schakten. Under dessa omständigheter var kostnadsjämförelsen mellan den sammanlagda enheten och Amplats, på grundval av driftskostnaderna för alla deras schakt, fullständigt befogad.

- 221 Sökanden kan inte göra gällande att kommissionen i sin bedömning skulle ha bortsett ifrån de stora skillnaderna mellan Implats, LPD:s och Amplats driftskostnader för olika gruvschakt. Mot bakgrund av diagrammen över de tre sydafrikanska platinaproducenternas driftskostnadskurvor före och efter transaktionen, vilka har upprättats av parterna i transaktionen (bilagorna II och IV till det omtvistade beslutet), skall det härvid påpekas att koncentrationen, trots de skillnader som kommissionen har konstaterat i det omtvistade beslutet (punkt 182) beroende på olikheter i malmkvaliteten, olika kostnader för produktion och förädling och skillnader i administrativa kostnader, skulle ge upphov till ett nytt företag med samma driftskostnadsstruktur som Amplats.
- 222 Med hänsyn till likheten i de ifrågavarande företagens marknadsandelar, deras andelar av de globala reserverna och deras kostnadsstrukturer, kunde kommissionen följaktligen på goda grunder anse att Amplats och Implats/LPD i högre grad skulle få ett gemensamt intresse av marknadsutvecklingen, vilket skulle öka riskerna för konkurrensbegränsande parallellt beteende till följd av koncentrationen, exempelvis i form av produktionsminskningar.
- 223 De undersökta anmärkningarna skall därför förkastas.

3. Marknadens egenskaper

a) Marknadens överblickbarhet

Parternas argument

- 224 Sökanden har gjort gällande att kommissionens bedömning av marknadens egenskaper är oriktig. Även om platina är en homogen produkt med mycket överblickbara priser, innebär detta enligt sökanden inte automatiskt att det är möjligt att överblicka försäljningsnivåerna, produktionsbesluten och konkurrenternas tillgångar, vilket framgår av det förhållandet att Amplats år 1994 under flera månader kunde dölja sina produktionsproblem genom att köpa platina för att uppfylla sina leveransåtaganden.
- 225 Kommissionen har uppgivit att den i punkterna 145 och 146 i övervägandena i beslutet redogjorde för skälen till att inte enbart priserna var mycket överblickbara utan även produktionen, försäljningen, reserverna och de nya investeringarna. Sökanden har inte framfört något som skulle kunna vederlägga beslutets innehåll. Vidare är prisernas överblickbarhet den viktigaste omständigheten när det skall avgöras vilken nivå av överblickbarhet en marknad har vid ett oligopol. Slutligen har kommissionen uppgivit att enligt Lonrho kunde Implats, i motsats till uppgifterna i NERA-rapporten, inte dölja sina produktionsproblem för marknaden.

Förstainstansrättens bedömning

- 226 Sökanden har inte bestritt att platina är en homogen produkt och att det finns ett överblickbart prissättningsystem på marknaden för denna produkt.
- 227 Överblickbarheten i fråga om pris är av grundläggande betydelse när det skall avgöras vilken nivå av överblickbarhet en marknad har vid ett oligopol. Prissystemet ger bland annat deltagarna i ett oligopol möjlighet att omedelbart uppmärksamma om de andra deltagarna i oligopolet beslutar att öka sin marknadsandel på ett sätt som negativt påverkar *status quo*, så att de kan vidta eventuella nödvändiga repressalier för att få ett slut på detta beteende.
- 228 Såsom framgår av beslutet (punkterna 144—146 i övervägandena) är i detta fall marknadens överblickbarhet relativt stor, bland annat på grund av att platina noteras på metallbörserna, att det offentliggörs statistik över produktionen och försäljningen, att det finns ett begränsat och känt antal direkta kunder på marknaden, att platinasektorn utgörs av en liten och relativt sluten grupp av företag, att de kontrakt som huvudsakligen används är av en specifik karaktär, nämligen långfristiga kontrakt som innehåller förbud mot återförsäljning av den köpta produkten, och att alla ökning av produktionskapaciteten normalt sker genom investeringsprojekt vars detaljer i allmänhet är kända för industrin.
- 229 Under dessa omständigheter kan det konstateras att kommissionen på goda grunder fastslog att inte enbart priserna var mycket överblickbara utan även produktionen, försäljningen, reserverna och de nya investeringarna.
- 230 Den undersökta anmärkningen skall därför förkastas.

b) Platinamarknadens tillväxtutsikter

Parternas argument

- 231 Enligt sökanden är kommissionens bedömning av marknadens egenskaper oriktig. Den omständigheten att efterfrågan utvecklas långsamt kan inte hindra en stark konkurrens med påföljande variationer i marknadsandelarna. Till stöd för sitt påstående har sökanden hänvisat till NERA-rapporten. Enligt punkt 4.1.4 i denna rapport måste producenterna, när den ifrågavarande industrin såsom i detta fall kännetecknas av överproduktion, konkurrera genom att bland annat sänka sina produktionskostnader för att undvika en nedläggning av den överskjutande produktionskapaciteten. Enligt sökanden framgår det av utvecklingen av marknadsandelarna på platinamarknaden och de reala prissänkningarna på platina under åren 1985—1995 liksom av att Amplats reagerade med att öka sin lågprisproduktion och av att Implats reagerade med att genomföra stora rationaliseringar, att platinamarknadens struktur inte ledde till något oligopol-samarbete mellan de största producenterna.
- 232 Kommissionen har gjort gällande att de två största producenterna skulle ha haft i stort sett identiska kostnadsstrukturer efter den planerade koncentrationen. Ett parallellt beteende skulle ha varit en klok strategi till och med i fråga om kostnadsminskningar. För övrigt är det trots allt så att en marknad som kännetecknas av långsam tillväxt varken uppmuntrar nya aktörer att inträda på marknaden eller främjar stark konkurrens.

Förstainstansrättens bedömning

- 233 Sökanden har inte bestritt att en marknad som kännetecknas av långsam tillväxt i princip varken uppmuntrar nya aktörer att inträda på marknaden eller främjar

stark konkurrens. Den har endast, på grundval av marknadens tidigare utveckling, bestritt att denna princip är tillämplig på platinamarknaden.

- 234 Sökanden har inte vederlagt kommissionens bedömning (punkterna 160—172 i övervägandena i det omtvistade beslutet) att det tidigare har funnits en tendens till dominerande oligopol. Kommissionen har grundat denna bedömning på en undersökning av marknadens tillväxt och marknadsandelarnas utveckling under det senaste årtiondet, den svaga direkta priskonkurrensen till följd av de långfristiga kontrakten med köparna, de ständigt höga priserna och beteendet hos de största köparna på marknaden.
- 235 Sökanden har grundat sitt resonemang på förutsättningar som gäller tillväxten i efterfrågan och som inte är jämförbara med prognoserna för tillväxten i efterfrågan under åren 1995—2000. Under åren 1985—1995, när de variationer i marknadsandelar och priser och de reaktioner från Amplats och Implats sida som sökanden har gjort gällande inträffade, fördubblades nämligen nästan efterfrågan, när den ökade från 2 830 000 till 5 205 000 uns per år (se NERA-rapporten, tabell 3.1, s. 15), medan efterfrågan under åren 1995—2000 inte borde öka märkbart, utan borde öka från 4 705 000 till 5 570 000 uns per år (se punkt 127 i övervägandena i det omtvistade beslutet).
- 236 Slutligen har sökanden i sin bedömning inte beaktat den verkan som koncentrationen skulle få för marknadsstrukturen och den verkan som den nya enheten skulle få för sin huvudkonkurrent, bolaget Amplats. Även om det antas att sökandens bedömning är riktig vad avser den tid som varit, skulle koncentrationen likväl ha resulterat i att de två största producenterna skulle ha fått i stort sett identiska kostnadsstrukturer och att ett konkurrensbegränsande parallellt beteende, med hänsyn till platinamarknadens struktur, skulle ha varit en mer rationell strategi ur ekonomisk synvinkel än konkurrens, som skulle förhindra en maximering av de sammanlagda vinsterna.

237 Med hänsyn till det stabila läget på platinamarknaden, vilken förutspåddes en genomsnittlig årlig tillväxt på cirka 3 procent under åren 1995—2000, kunde kommissionen under dessa omständigheter på goda grunder dra slutsatsen att det inte fanns något incitament för nya konkurrenter att inträda på marknaden eller för befintliga konkurrenter att genom en offensiv strategi ta andelar av den växande marknaden.

238 Sökandens anmärkning skall därför förkastas.

c) Balansen mellan utbud och efterfrågan

Sökandens argument

239 Sökanden har vidare gjort gällande att kommissionens farhågor om en eventuell prisökning på platina också uppenbarligen hade sitt ursprung i vanföreställningen att det var troligt att det skulle uppstå ett underskott (punkt 136 i övervägandena i beslutet).

240 Enligt sökanden stred emellertid kommissionens uppfattning mot den uppfattning som de flesta industriidkarna hade, vilka menade att det fanns ett försörjningsöverskott som skulle kunna balanseras under de kommande åren.

Förstainstansrättens bedömning

- 241 I punkt 127 i övervägandena i det omtvistade beslutet har kommissionen hänvisat till olika prognoser från parterna över den framtida utvecklingen av efterfrågan, det vill säga prognoser från parterna själva och från bolagen Anderson, Wilson & Partners Inc., BOE Nat West Securities, SBC Warburg och Engelhard. Bolagens prognoser varierar sinsemellan.
- 242 Kommissionen har dock även i punkterna 128—131 i beslutet gjort en detaljerad bedömning, vilken för övrigt inte har bestritts av sökanden, av de faktorer som låg till grund för prognoserna om att efterfrågan tenderade att öka måttligt under de kommande åren.
- 243 Dessa faktorer var följande:
- Ökad produktion av bilkatalysatorer på grund av förväntningar om en strängare miljölagstiftning och/eller införande av sådan lagstiftning i USA, Europa, Brasilien och Argentina fram till sekelskiftet och ökad användning av platina i katalysatorer för dieslbilar.
 - Växande efterfrågan på platina inom smyckesektorn i Japan, USA och troligen i Kina.
 - Ersättning inom oljeindustrin och den kemiska industrin, eftersom anläggningar som lades ned under konjunkturedgången börjar tas i bruk igen.

— Ökad användning av personatorer, eftersom mer platina kommer att användas som beläggning på diskar och i andra komponenter.

— På längre sikt, användning av bränsleceller.

244 Oavsett vilken av parternas prognoser över utvecklingen av utbudet som är den mest korrekta, har kommissionen i punkterna 134—136 i övervägandena i det omtvistade beslutet uppgivit att utbudet på platina i världen till följd av koncentrationen skulle ha dominerats av de sydafrikanska företagen och att följaktligen ett underskott i utbudet i förhållande till efterfrågan endast skulle kunna täckas av de sydafrikanska företagen.

245 Mot bakgrund av dessa uppgifter, vilka sökanden inte har bestritt, kan den slutsatsen dras att kommissionens bedömning av utvecklingen av utbud och efterfrågan på platina inte var uppenbart oriktig.

246 Den undersökta anmärkningen skall därför förkastas.

d) Marginella och alternativa försörjningskällor

Parternas argument

247 Sökanden har gjort gällande att kommissionen vid undersökningen av hindren för inträde på marknaden inte i tillräcklig utsträckning har beaktat följande:

- Den *kumulerade* verkan av olika marginella och alternativa försörjningskällor, och i synnerhet den potentiella ökade återvinningen av platina.

- Det sedan år 1985 ackumulerade platinalagret på fyra miljoner uns.

- Den ökade ersättningen av platina med palladium.

- Rysslands produktion och lagerförsäljning.

- De planer som marginella leverantörer, såsom Stillwater i USA och Hartley i Zimbabwe, har på en betydande nyproduktion.

- 248 Sökanden har hävdats att den sydafrikanska regeringen i sin skrivelse av den 19 april 1996 uppgav att världens reserver utanför Sydafrika och Zimbabwe teoretiskt sett skulle kunna tillgodose den globala efterfrågan under 20 år.
- 249 Sökanden menar att kommissionen helt och hållet har underlåtit att bedöma vilken betydelse som olika marginella försörjningskällor och andra omständigheter som skulle kunna påverka konkurrensen skulle ha vid en prisökning på till exempel 10 eller 20 procent. Om en sådan ökning hade kunnat bibehållas, skulle det nämligen ha betytt att den sammanslagna enheten tillsammans med Amplats i betydande omfattning skulle ha kunnat uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter.
- 250 Sökanden anser således att kommissionen inte i vederbörlig ordning har bedömt hur prisutvecklingen skulle ha sett ut om de omständigheter som sökanden gjorde gällande inte förelåg och att den i än mindre utsträckning har bedömt den ökade betydelse som dessa omständigheter skulle få i framtiden vid den hypotetiska prisökning som var kommissionens främsta farhåga. Det är fråga om en brist i motiveringen som strider mot artikel 190 i fördraget, eftersom det är uppenbart att de 37 procent av marknaden som motsvaras av marginella försörjningskällor tillsammans med andra omständigheter skulle ha gjort det möjligt att motverka prisökningarna.
- 251 Kommissionen har hänvisat till punkterna 91—95 i övervägandena i det omtvistade beslutet om återvinning, punkterna 29—32 om ersättning av platina med palladium, punkt 138 c om lager, punkterna 122—125, 134, 135 och 173 om den ryska produktionen och lagerförsäljning, punkterna 85—90 och 138 c om nyproduktion, och punkterna 193—204 om parternas ekonomiska bedömning. I slutet av punkt 138 i övervägandena i det omtvistade beslutet har kommissionen dragit slutsatsen att genväret från det sekundära utbudet från lager, nya gruvor och återvinning inte skulle kunna hindra missbruk av en dominerande ställning. På samma sätt har den i punkt 203 förklarat att den anser det högst osannolikt att försörjningskällor utanför oligopolet, lager utanför Ryssland och tillgången på återvunnen platina skulle kunna påverka marknaden

tillräckligt för att förhindra missbruk av en gemensam dominerande ställning. Vid denna bedömning beaktades den befintliga situationen med Ryssland som huvudkonkurrent på marknaden vid sidan av LPD.

- 252 Vad beträffar sökandens argument att de 37 procent av marknaden som motsvaras av marginella försörjningskällor tillsammans med andra omständigheter skulle ha bromsat prisökningarna, har kommissionen gjort gällande att de sydafrikanska producenterna själva hade 63 procent av marknaden år 1995 och att detta tal skulle komma att öka väsentligt (och uppgå till nästan 80 procent) när Ryssland från och med år 1997 skulle sluta med sin lagerförsäljning. Kommissionen har vidare gjort gällande att en stor del av den marginella konkurrensen var hypotetisk och i vart fall inte skulle ha kunnat utöva något tryck på marknaden förrän om flera år.
- 253 Kommissionen har slutligen gjort gällande att sökanden inte har styrkt påståendet att reserverna utanför Sydafrika teoretiskt sett skulle ha kunnat tillgodose den globala efterfrågan under de kommande 20 åren. Sökanden har inte heller närmare angivit vilka följder som dessa andra "teoretiskt sett" tillräckliga reserver skulle kunna få för marknaden.

Förstainstansrättens bedömning

- 254 Det kan konstateras att sökandens ståndpunkt inte är underbyggd med fakta.
- 255 I punkterna 93, 94 och 95 i övervägandena i det omtvistade beslutet har kommissionen undersökt begränsningarna för den potentiella ökade återvinningen av platina, i synnerhet från bilkatalysatorer, vilka beror på kostnaderna för insamlingen av skrotet, exporten av fordon till tredje världen — vilket innebär att fordonen inte återvinns — och andra omständigheter.

- 256 I punkt 138 c i samma överväganden har kommissionen i vederbörlig ordning beaktat frågan om det sedan år 1985 ackumulerade platinalagret på fyra miljoner uns.
- 257 I punkterna 29—32 har den angivit vilka begränsningar som gäller för en ökad ersättning av platina med palladium.
- 258 I punkt 81 i övervägandena har kommissionen undersökt Rysslands produktion och lagerförsäljning. I punkterna 123—125, 134 och 173 har den bedömt den ryska produktionens möjliga utveckling. I punkterna 171 och 173 har den övervägt och slutligen uteslutit möjligheten att Ryssland skulle använda sina lager selektivt i ett försök att genom ett monopol minska produktionen.
- 259 I punkt 88 har kommissionen undersökt de planer som sådana marginella leverantörer som Stillwater i USA och Hartley i Zimbabwe har.
- 260 Den kumulerade verkan av olika marginella och alternativa försörjningskällor bedöms i punkterna 138 c och 202 i övervägandena.
- 261 Det förefaller således som om kommissionen, i motsats till vad sökanden har gjort gällande, i tillräcklig utsträckning har beaktat ovannämnda omständigheter och att den i vederbörlig ordning har motiverat sitt beslut i detta hänseende.
- 262 Vad beträffar sökandens argument att kommissionen inte i vederbörlig ordning har bedömt hur prisutvecklingen skulle ha sett ut om de omständigheter som sökanden gjorde gällande inte förelåg, är det tillräckligt att konstatera att kommissionen, vid bedömningen av en koncentrations förväntade inverkan på

marknaden, inte är skyldig att undersöka hur marknadsutvecklingen skulle ha sett ut under tidigare år utan vissa konkurrensmässiga faktorer. Kommissionen är vid sin prövning endast skyldig att kontrollera om koncentrationen, i synnerhet på grund av den tidigare utvecklingen av konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden, kan ge ett eller flera företag ekonomisk makt som de kan missbruka, bland annat i form av prisökningar.

263 Härav följer att sökandens anmärkningar skall förkastas.

e) De strukturella bindningarna

Parternas argument

264 Sökanden menar att kommissionen inte har beaktat förstainstansrättens rättspraxis (dom av den 10 mars 1992 i de förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, SIV m.fl. mot kommissionen, REG 1992, s. II-1403), där det fastslås att det vid tillämpning av artikel 86 i fördraget är ett krav för att en kollektiv dominerande ställning skall anses föreligga att det finns strukturella bindningar mellan de två företagen, exempelvis ett teknologiskt försprång enligt avtal eller licens som ger dem möjlighet att uppträda utan att behöva ta hänsyn till sina konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter. I detta fall har kommissionen varken visat att det finns några strukturella bindningar eller att den sammanlagda enheten och Amplats skulle uppträda som en enda dominerande enhet. Detta strider även mot motiveringsskyldigheten enligt artikel 190 i fördraget.

265 Sökanden har framhållit att kommissionen i det omtvistade beslutet har uppgivit att det finns följande strukturella bindningar mellan den sammanslagna enheten och Amplats (punkterna 156 och 157 i övervägandena):

— Bindningar inom andra industrier, bland annat ett gemensamt företag inom stålsektorn.

— AAC:s nyligen förvärvade andel på 6 procent i Lonrho jämte en förköpsrätt på ytterligare 18 procent.

266 Sökanden anser att denna bedömning är otillräcklig i tre hänseenden.

267 Inga av omständigheterna hänför sig direkt till platinametallindustrin. Den första omständigheten avser specifikt bindningar med andra industrier och bägge omständigheterna rör i högre grad AAC än dess dotterbolag i platinaindustrin, det vill säga Amplats.

268 Vidare rör det sig inte alls om det slags strukturella bindningar som enligt domen i det ovannämnda målet SIV m.fl. mot kommissionen är tillräckliga för att en gemensam dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget kan anses föreligga.

269 Slutligen var AAC:s nyligen förvärvade andelar i Lonrho en fientlig handling mot Gencor och koncentrationen. Det är i sig ett tecken på att de befintliga bindningarna mellan de olika bolagen inte hindrar en aggressiv konkurrens mellan dem.

- 270 Kommissionen har gjort gällande att den i sina tidigare beslut inte alltid har åberopat ekonomiska bindningar för att fastslå att det föreligger en kollektiv dominerande ställning och att förstainstansrätten i domen i målet SIV m.fl. mot kommissionen (punkt 358) varken fastslog att förekomsten av ekonomiska bindningar är en nödvändig förutsättning eller begränsade begreppet ekonomiska bindningar till sådana strukturella bindningar som sökanden har åberopat. Kommissionen har således rätt att förstå detta begrepp så, att det omfattar det inbördes beroendeförhållande som föreligger mellan deltagarna i ett begränsat oligopol.
- 271 Även om det antas att förstainstansrätten vid tillämpningen av artikel 86 i fördraget skulle kräva att det föreligger ekonomiska bindningar, betyder det inte att samma krav skulle gälla för kontroll av koncentrationer.
- 272 Även om begreppet ekonomiska bindningar tolkas snävare, skulle det, trots sökandens tendens att underskatta dem, finnas flera sådana bindningar mellan parterna i den planerade koncentrationen och Amplats, som skulle ha kunnat stärka de gemensamma intressena för deltagarna i ett begränsat oligopol (punkterna 155—157 i övervägandena i det omtvistade beslutet).

Förstainstansrättens bedömning

- 273 I domen i det ovannämnda målet SIV m.fl. mot kommissionen fastslog inte förstainstansrätten att förekomsten av strukturella bindningar är ett nödvändigt kriterium för att en kollektiv dominerande ställning skall anses föreligga, utan dessa bindningar nämndes endast som exempel.
- 274 Den framhöll endast (punkt 358 i domen) att det i princip inte kan uteslutas att två eller flera självständiga ekonomiska enheter på en viss marknad förenas genom ekonomiska bindningar och att de därmed tillsammans innehar en dominerande ställning i förhållande till andra aktörer på samma marknad. Förstainstansrätten tillade (samma punkt) att så exempelvis kan vara fallet om

två eller flera självständiga företag gemensamt enligt avtal eller licens har ett teknologiskt försprång som ger dem möjlighet att i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till sina konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter.

- 275 Man kan inte heller dra den slutsatsen av domen att förstainstansrätten skulle ha begränsat begreppet ekonomiska bindningar till de strukturella bindningar som sökanden avser.
- 276 I juridiskt eller ekonomiskt hänseende finns det inte någon anledning att från begreppet ekonomiska bindningar utesluta ett ömsesidigt beroendeförhållande mellan deltagarna i ett begränsat oligopol inom vilket de på en marknad med lämpliga egenskaper — bland annat i fråga om marknadskoncentration och produktens överblickbarhet och homogenitet — kan förutse varandras uppträdande och därför är starkt benägna att samordna sitt beteende på marknaden för att bland annat maximera sin gemensamma vinst genom att begränsa produktionen i syfte att höja priserna. I ett sådant sammanhang vet varje aktör att en starkt konkurrenspräglad åtgärd från hans sida i syfte att öka hans marknadsandel (exempelvis en prissänkning) skulle framkalla samma åtgärd hos de andra aktörerna, så att han inte skulle få någon fördel av sitt initiativ. Samtliga aktörer skulle drabbas av den sänkta prisnivån.
- 277 Denna slutsats gäller i än högre grad inom området för kontroll av koncentrationer, vilket syftar till att förhindra att konkurrensbegränsande marknadsstrukturer uppkommer eller förstärks. Dessa strukturer kan vara följden av såväl ekonomiska bindningar i den snäva bemärkelse som sökanden har gjort gällande som marknadsstrukturer i form av oligopol, där varje aktör kan tillvarata de gemensamma intressena och särskilt höja priserna utan att ingå något avtal eller stödja sig på ett samordnat förfarande.
- 278 I detta fall saknar sökandens anmärkning om att kommissionen inte har visat att det finns några strukturella bindningar således betydelse.

- 279 Institutionen kunde på grundval av den förutsebara förändringen av marknadsstrukturen och likheten mellan Amplats och Implats/LPD:s kostnader på goda grunder dra slutsatsen att den planerade transaktionen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning och i själva verket leda till ett duopol bestående av dessa båda företag.
- 280 Den kunde även i samma syfte beakta de ekonomiska bindningar som behandlas i punkterna 156 och 157 i övervägandena i det omtvistade beslutet.
- 281 Sökanden kan inte bestrida relevansen av dessa bindningar på grund av att de inte direkt rör platinametallindustrin och snarare angår AAC än Amplats. Kommissionen har nämligen inte beaktat bindningar mellan de främsta platinaproducenterna inom annan verksamhet än platinametallproduktion (punkt 156 i övervägandena i beslutet) som bevis på ekonomiska bindningar i den strikta mening som sökanden har givit detta begrepp, utan som faktorer som bidrar till att disciplinera deltagarna i ett oligopol genom att öka riskerna för repressalier om någon av deltagarna skulle agera på ett sätt som de andra inte kan godta. Denna bedömning bekräftas för övrigt av den studie av den 6 maj 1994 av möjliga konkurrensreaktioner på Implants samröre med LPD som en konsult gjorde och som återfinns i handlingarna från Gencors och Implats styrelser, vilka nämns i beslutet (punkt 158 i övervägandena). Enligt konsulten var ett möjligt scenario "attacker och varningar för att återställa ordningen — koncentrerade priskrig om till exempel RH [rodium]".
- 282 Den omständigheten att bindningarna i fråga rörde AAC och inte Amplats direkt kan inte vederlägga kommissionens resonemang. Eftersom bolaget Amplats kontrolleras av AAC, hade kommissionen fog för att anse att bindningarna mellan AAC och andra företag, oavsett om de var verksamma på platinametallmarknaderna, kunde få gynnsamma eller ogynnsamma verkningar för Amplats.

- 283 Vad beträffar argumentet att AAC:s nyligen förvärvade andelar i Lonrho var en fientlig handling mot Gencor och koncentrationen och i sig var ett tecken på att de befintliga bindningarna mellan de olika bolagen inte hindrade en aggressiv konkurrens mellan dem, kan det konstateras att sökanden inte har framlagt några bevis för att transaktionen var fientlig och att transaktionen, oberoende av skälen till den, stärkte bindningarna mellan de två största konkurrenterna på marknaden.
- 284 Den undersökta anmärkningen skall därför förkastas.

f) Andra konkurrensmedel än teknisk utveckling

Parternas argument

- 285 Sökanden har anfört att trots att produktions- och gruvdriftstekniken är fullt utvecklad, har kommissionen inte beaktat andra konkurrensfördelar som inte är tekniska, såsom disponibla gruvreserver, ledningen av verksamheten och olika stöd till skilda producenter, vilka ger företagen en helt annan konkurrensställning.
- 286 Kommissionen har inte förnekat att det är möjligt att konkurrera inom en sektor där tekniken är fullt utvecklad. Om det inte finns någon teknisk utveckling försvinner emellertid en väsentlig källa till konkurrens. För övrigt visar sökandens argument hur viktiga skillnader i ledningsstil och källor är. En av den planerade

koncentrationens viktigaste konkurrensmässiga följder skulle ha varit att undanröja en konkurrent (LPD), vars ledningsstil och kostnadsstruktur väsentligen skilde sig från Implats och Amplats.

Förstainstansrättens bedömning

- 287 I motsats till vad sökanden har gjort gällande har kommissionen i punkterna 152 och 153 i övervägandena i det omtvistade beslutet beaktat att det till och med inom en sektor där tekniken är fullt utvecklad kan förekomma konkurrens genom tillämpning av nya arbetsmetoder och ny produktionsteknik, samt att det fanns skillnader i ledningen mellan de fyra stora platinaproducenterna, att utvecklingen av tekniken för brytning av platina är relativt långsam och att några nya tekniska genombrott som skulle revolutionera produktionsstrukturen inom platinaindustrin inte är att vänta.
- 288 Kommissionen har således i beslutet beaktat andra konkurrensfördelar som inte är tekniska. Sökandens anmärkning skall därför förkastas.

g) Beaktandet av utomståendes reaktioner

Sökandens argument

- 289 Enligt sökanden har kommissionen inte beaktat att de flesta kunder och andra utomstående som den tog kontakt med var neutrala eller positiva till koncentrationen, vilket framgår av punkterna 2.17—2.21 i svaret på meddelandet om anmärkningar. Om dessa aktörer inte hade ansett att marginella och andra

faktorer på marknaden påverkade konkurrensen och motverkade en eventuell prisökning, skulle de säkerligen ha reagerat negativt.

Förstainstansrättens bedömning

290 Sökanden har inte framlagt några bevis för sitt påstående. Den omständigheten att kommissionen, efter sin bedömning av marknaden, anslöt sig till den negativa uppfattning om den planerade koncentrationen som vissa kunder och andra utomstående hade bevisar inte att den inte beaktade de positiva eller neutrala reaktionerna.

291 Även om kundernas och andra utomståendes uppfattningar kan vara en viktig informationskälla när det gäller en koncentrations förutsebara inverkan på marknaden, kan de inte vara bindande för kommissionen vid dess självständiga bedömning av koncentrationens inverkan på marknaden.

292 Den undersökta anmärkningen skall därför förkastas.

h) De tidigare oligopoltendenserna

Parternas argument

- 293 Sökanden har gjort gällande att kommissionen, genom att utgå ifrån att det tidigare fanns en tendens inom platinaindustrin att skapa en kollektiv dominerande ställning, har bortsett ifrån att marknadsandelarna varierade över tiden (sökanden har hänvisat till NERA-rapporten, tabell s. 15) och att, såsom kommissionen själv har medgivit, den fortsatta minskningen av de största producenternas marknadsandelar visade att det fanns en viss konkurrens på marknaden. Vidare har de reala priserna sjunkit under det senaste årtiondet (sökanden har hänvisat till NERA-rapporten, tabell 3.2, s. 18, bilaga 10, figur 3, till svaret på meddelandet om anmärkningar och till bilaga 11 till ansökan).
- 294 Kommissionen har gjort gällande att även om det i beslutet medges att det tidigare har funnits konkurrens, har det också funnits parallella eller kartelliknande beteenden.

Förstainstansrättens bedömning

- 295 I motsats till vad sökanden har gjort gällande framgår det av punkterna 166 och 173 samt av punkterna 168—172 och 204 i övervägandena i det omtvistade beslutet att kommissionen i vederbörlig ordning har beaktat såväl de varierande marknadsandelarna som prisutvecklingen i sin bedömning av den särskilda konkurrenssituation som de sydafrikanska leverantörerna befann sig i före koncentrationen.
- 296 Sökandens anmärkning skall därför förkastas.

i) Slutsats

- 297 Av vad som har anförts ovan följer att det var på goda grunder som den slutsatsen drogs i beslutet (punkt 219 i detta) att resultatet av koncentrationen skulle ha blivit att en dominerande duopolställning skapades för Amplats och Implats/LPD på marknaderna för platina och rodium, vilket skulle ha lett till att konkurrensen kraftigt hämmades på den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 2 i förordning nr 4064/89. Härav följer även att motiveringen i beslutet uppfyller kraven i artikel 190 i fördraget.
- 298 Eftersom sökandens samtliga anmärkningar har förkastats, kan talan inte vinna bifall på de grunder som har prövats.

IV — Överträdelse av artikel 8.2 i förordning nr 4064/89, eftersom kommissionen inte godtog de åtaganden som parterna i koncentrationen föreslog, och överträdelse av artikel 190 i fördraget

Parternas argument

- 299 Sökanden har gjort gällande att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den vägrade att godta de åtaganden som parterna i koncentrationen erbjöd och att den inte tillräckligt motiverade sitt beslut att inte godta åtagandena, vilket strider mot artikel 190 i fördraget.
- 300 Sökanden har erinrat om att enligt punkt 215 i övervägandena i det omtvistade beslutet hade parterna lämnat ett förslag till kommissionen på åtaganden för att lösa de konkurrensproblem som transaktionen förorsakade. Förslaget vidare-

befordrades till medlemsstaterna och diskuterades vid sammanträdet med Rådgivande kommittén den 9 april 1996.

301 Det rörde sig om tre åtaganden:

- a) En kapacitetsökning om ytterligare (...) uns vid gruvschaktet (...).
- b) Upprätthållande av befintliga produktionsnivåer — (...) uns per år.
- c) Skapandet av en ny leverantör på marknaden.

302 Kommissionen förkastade felaktigt dessa åtaganden (punkt 216 i övervägandena i det omtvistade beslutet) som den ansåg var beteendeinriktade och därför inte kunde godkännas enligt förordning nr 4064/89. Sökanden har hävdats att kommissionen dock redan hade godtagit beteendeinriktade åtaganden enligt förordningen. Sökanden har i detta hänseende nämnt flera beslut i vilka kommissionen klart har godtagit sådana åtaganden.

303 Sökanden har anfört att åtagandena förkastades i punkt 216 i övervägandena i beslutet på grund av att ”produktionen [skulle] kunna minskas alltför tidigt vid andra gruvor som ägs av koncentrationen bara för att produktionen skall hållas kvar på en nivå av [...] uns, vilket innebär en begränsning av det totala utbudet”. Sökanden menar att detta argument är obegripligt. Enligt sökanden gick åtagandet ut på att utveckla en extra kapacitet med (...) uns vid gruvschaktet

(...) och att bibehålla den befintliga produktionsnivån. Följaktligen skulle produktionen inte ha kunnat minska innan den extra kapaciteten var tillgänglig.

304 Sökanden har även bestritt kommissionens argument (punkt 216 i övervägandena i det omtvistade beslutet) att om en leverantör hade bibehållit produktionen på en konstant nivå, skulle detta ha kommit till Amplats kännedom, som var den andra deltagaren i oligopolet, vilket skulle ha pressat upp priserna. Sökanden menar att åtagandet inte innefattade något tak för den sammanslagna enhetens produktion. Amplats kunde därför inte förutsätta att den sammanslagna enheten skulle bemöta en ökande efterfrågan med att bibehålla sin produktion på befintlig nivå. Under alla omständigheter har företag rätt till en rimlig avkastning på sina ekonomiska verksamheter, såvida de inte är av en oacceptabel omfattning eller illojala i konkurrenshänseende. Enligt sökanden skulle de sydafrikanska myndigheterna ha kunnat ingripa vid varje beteende från den sammanslagna enhetens och Amplats sida som gav upphov till sådan avkastning.

305 Sökanden har även hävdad att kommissionen inte alls beaktade de sydafrikanska myndigheternas konstaterande att Amplats redan hade en dominerande ställning, vilken skulle ha utsatts för en effektiv konkurrens från den enhet som skulle komma till stånd genom koncentrationen. Kommissionens inställning låter sig således inte förenas med de betänkligheter som de sydafrikanska myndigheterna med kännedom om grunden för den befintliga marknadsstrukturen gav uttryck för.

306 Vad beträffar skapandet av en ny leverantör, vilket enligt kommissionen skulle ha haft en obetydlig verkan, har sökanden gjort gällande att om dess övriga kritik av kommissionens inställning till åtagandet är befogad, kan denna aspekt av det omtvistade beslutet inte försvaras.

307 Sökanden har vidare bestritt kommissionens påstående att åtagandet inte motsvarade den kommande marknadstillväxt som alla bedömare var ense om (punkt 216 i övervägandena i det omtvistade beslutet). Sökanden anser att denna

ståndpunkt motsades av den uppfattning som de flesta av industriidkarna hade. Dessa framhöll att det fanns ett försörjningsöverskott som skulle kunna balanseras inom några år. Denna uppfattning stöddes av åtminstone tre oberoende rapporter, vilka bifogades parternas svar på meddelandet om anmärkningar, vid vilket kommissionen endast uppehöll sig helt kort i det omtvistade beslutet. Mot denna bakgrund utgjorde parternas åtagande att bibehålla produktionen på den befintliga nivån en åtgärd som kunde stilla kommissionens främsta farhågor.

308 Sökanden menar även att det var möjligt att övervaka att de erbjudna åtagandena fullgjordes. Framför allt skulle det ha varit möjligt att kontrollera att produktionsnivån bibehölls genom en skyldighet att varje kvartal rapportera produktionsciffrorna till kommissionen. Dessa skulle då årsvis ha kunnat jämföras med de produktionsciffror som offentliggjordes i årsrapporten och räkenskaperna, vilka granskades. Vad beträffar det andra erbjudna åtagandet, det vill säga utvecklingen av (...)projektet, anser sökanden att det trots sin strukturella karaktär i vart fall lätt hade kunnat kontrolleras genom reviderade lägesrapporter och årliga platsbesök. Det skulle således inte ha varit svårare att kontrollera fullgörandet av dessa åtaganden än åtaganden som godtagits i andra ärenden.

309 Slutligen anser sökanden att kommissionen inte kunde grunda sitt beslut att inte godta de föreslagna åtagandena på den omständigheten att det skulle ha varit svårare att kontrollera att de fullgjordes, eftersom alla produktionsanläggningar som tillhörde den bildade enheten var belägna i Sydafrika. Sökanden menar nämligen att om kommissionen enligt gemenskapsrätten och internationell rätt har befogenhet att förhindra en koncentration som helt och hållet genomförs utanför gemenskapen, måste den åtminstone tillämpa samma normer och kriterier på en sådan sammanslagning som de som den tillämpar på en sammanslagning inom gemenskapen.

310 Kommissionen har bestritt att åtagandet skulle ha bestått i att bibehålla produktionen och utveckla (...)projektet, det vill säga i en produktionsökning.

Enligt dess mening bestod det föreslagna åtagandet endast i att *bibehålla* den befintliga produktionsnivån samtidigt som ny produktionskapacitet utvecklades. I det omtvistade beslutet (punkt 216 i övervägandena) förklarades det varför detta inte alls var tillräckligt på en expanderande marknad. Vidare innebär sökandens argument, att Amplats inte kunde föreställa sig att den enhet som skulle komma till stånd genom koncentrationen skulle avhålla sig från att öka produktionen vid en ökad efterfrågan, ett förnekande av att det förelåg en oligopolsituation. Slutligen skulle det av de skäl som anförts vid prövningen av den första grunden om ogiltigförklaring vara orimligt att i detta hänseende påstå att de sydafrikanska konkurrensmyndigheterna skulle ha haft något intresse av att ingripa vid en överlagd produktionsbegränsning.

- 311 Kommissionen är av den uppfattningen att beteendeoriktade åtaganden inte kan godtas. Den menar att vid tillämpning av förordning nr 4064/89 måste lösningen på en ekonomisk maktkoncentration på marknaden till följd av en koncentration vara av strukturell karaktär. Eftersom syftet med förordningen är att förhindra att det uppstår situationer med konkurrensbegränsande beteenden i annan form än samarbete, kan endast åtaganden som bidrar till att förhindra missbruk beaktas. Vidare förhindrar artikel 2 i förordningen att kommissionen godkänner en koncentration som skapar eller förstärker en dominerande ställning. Under dessa omständigheter är ett löfte att inte missbruka en dominerande ställning inte tillräckligt och uppfyller inte heller kraven i förordningen.

- 312 Kommissionen delar inte sökandens bedömning av de åtaganden som föreslagits och godtagits i tidigare ärenden. Ett åtagande kan anses vara strukturellt när det reglerar ett strukturellt problem, exempelvis inträdet på marknaden. Det är härvid inte nödvändigt att diskutera frågan huruvida det föreslagna åtagandet att utveckla (...)projektet i sig var strukturellt, eftersom det på intet sätt reglerade det ifrågasvarande konkurrensproblemet.

Förstainstansrättens bedömning

313 Det skall till att börja med undersökas vilka slags åtaganden som kan godtas enligt förordning nr 4064/89 och närmare bestämt om kommissionens uppfattning är riktig, att beteendeinriktade åtaganden inte kan godtas.

314 Sjunde övervägandet i förordning nr 4064/89 har följande lydelse: "En ny rättsakt bör därför skapas... som möjliggör en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom gemenskapen". Mot bakgrund av detta övervägande är förordningens huvudsyfte att kontrollera marknadsstrukturer och inte att kontrollera företagens beteenden, vilka kontrolleras med stöd av artiklarna 85 och 86 i fördraget.

315 Artikel 8.2 i förordningen har följande lydelse:

"Om kommissionen finner att en koncentration som har anmälts uppfyller det kriterium som anges i artikel 2.2, eventuellt sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar, skall den meddela ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

Kommissionen kan förena beslutet 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..."

316 Av dessa bestämmelser samt av artikel 2.3 i samma förordning framgår att när kommissionen kommer fram till att en koncentration kan skapa eller förstärka en dominerande ställning är den tvungen att förbjuda den, även om de företag som

berörs av den planerade transaktionen lovar kommissionen att inte missbruka den.

- 317 Eftersom syftet med förordningen är att förhindra att marknadsstrukturer skapas eller förstärks som påtagligt kan hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden, kan sådana situationer inte godtas under den förväntningen att de berörda företagen åtar sig att inte missbruka sin dominerande ställning, även om det är lätt att kontrollera att åtagandena fullgörs.
- 318 Följaktligen har kommissionen endast befogenhet enligt förordning nr 4064/89 att godta åtaganden som kan medföra att den anmälda transaktionen blir förenlig med den gemensamma marknaden. Med andra ord skall de åtaganden som de berörda företagen föreslår vara av sådant slag att kommissionen kan dra slutsatsen att koncentrationen i fråga inte skapar eller förstärker en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 2.2 och 2.3 i förordningen.
- 319 Det saknar därför betydelse om det föreslagna åtagandet kan betecknas som ett beteendeariktat eller strukturellt åtagande. Det är riktigt att strukturella åtaganden, såsom att genom försäljning av ett dotterbolag minska de marknadsandelar som den enhet skulle få som skulle komma till stånd genom koncentrationen, i princip är att föredra med hänsyn till förordningens syfte, eftersom de slutgiltigt eller åtminstone varaktigt förhindrar att en dominerande ställning som kommissionen redan har identifierat skapas eller förstärks, utan att det behövs några mer eller mindre långvariga kontrollåtgärder. Emellertid kan det inte på förhand uteslutas att åtaganden som vid första anblicken förefaller vara beteendeariktade, såsom att ett varumärke inte används under en viss tid eller att utomstående konkurrenter får tillgång till en del av produktionskapaciteten i det företag som kommer till stånd genom koncentrationen, eller mera allmänt att tillträde ges till en väsentlig infrastruktur på villkor som inte är diskriminerande, också de hindrar att en dominerande ställning skapas eller förstärks.

- 320 Det skall därför göras en enskild prövning av vart och ett av de åtaganden som de berörda företagen har föreslagit.
- 321 Även om sökanden betecknar utvecklingen av (...)projektet som ett strukturellt åtagande, har den inte bestritt att detta åtagande, såsom kommissionen har konstaterat i det omtvistade beslutet (punkt 216 i övervägandena), inte i större utsträckning än de andra föreslagna åtagandena, det vill säga att bibehålla produktionen på en bestämd nivå och att skapa en ny leverantör, kan lösa problemet med den oligopolstruktur på marknaden som koncentrationen skapar.
- 322 De två första åtagandena förändrar nämligen inte alls den ifrågavarande duopolmarknadsstrukturen, utan begränsar sig till att inrama Implats/LPD:s produktionspolitik med vad som endast framstår som en utfästelse om en minimiproduktion vilken, även om den kan minska möjligheterna för framtida missbruk av dominerande ställning på grund av utvecklingen av efterfrågan, varken kan garantera att något missbruk inte förekommer eller, vilket är viktigare, att själva den dominerande ställningen upphör.
- 323 Sökanden kan för övrigt inte hävda att kommissionen inte kunde förkasta åtagandet av det skälet att om Implats/LPD hade bibehållit sin produktion på en viss nivå, skulle detta ha kommit till Amplats kännedom, vilket skulle ha pressat upp priserna. Detta argument visar nämligen inte alls att det föreslagna åtagandet kunde undanröja den dominerande duopolställning som koncentrationen skapade, utan ifrågasätter endast att det fanns en dominerande ställning. Sökandens argument på denna punkt har dock redan förkastats i samband med grunden om ogiltigförklaring till följd av en överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89 angående konstaterandet av en kollektiv dominerande ställning.
- 324 Vad beträffar sökandens argument att företag skall ha rätt till en rimlig avkastning på sina ekonomiska verksamheter och att de sydafrikanska myndigheterna skulle ha kunnat ingripa vid varje beteende från den sammanslagna

enhetens och Amplats sida som gav upphov till sådan avkastning, är det tillräckligt att konstatera att dessa argument, oavsett om de är välgrundade, inte är relevanta för bedömningen av huruvida det föreslagna åtagandet kunde undanröja det hinder för konkurrensstrukturen som koncentrationen skapade.

- 325 Vad beträffar det tredje åtagandet, det vill säga skapandet av en ny leverantör, är det tillräckligt att konstatera att sökanden inte har bestritt kommissionens bedömning att detta åtagande skulle ha haft en obetydlig verkan för det framtida utbudet av platina till slutkonsumenten. Sökanden har medgivit att detta åtagande har en underordnad karaktär och har enbart framhållit att om dess övriga kritik av kommissionens inställning till åtagandet är befogad, kan denna aspekt av beslutet inte försvaras.
- 326 Eftersom kommissionen, såsom har fastslagits ovan, med rätta beslutade att inte godta de två första åtagandena, gjorde den inte någon uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att det tredje åtagandet, oberoende av sin karaktär, inte kunde godtas med hänsyn till sin obetydliga verkan på marknaden.
- 327 Under dessa omständigheter saknar sökandens argument om möjligheterna att övervaka de föreslagna åtagandena all relevans. Eftersom åtagandena i sin helhet inte kunde undanröja det hinder för en effektiv konkurrens som koncentrationen skulle ge upphov till, gjorde kommissionen rätt när den inte godtog dem, även om det inte skulle vara särskilt svårt att kontrollera att åtagandena fullgjordes.
- 328 Kommissionen gjorde sig således varken skyldig till felaktig rättstillämpning eller uppenbart oriktig bedömning när den inte godtog de åtaganden som Gencor och Lonrho föreslog för att undanröja de konkurrensproblem som koncentrationen gav upphov till.

- 329 Mot bakgrund av vad som har anförts ovan har kommissionen i beslutet i tillräcklig utsträckning motiverat sitt ställningstagande att åtagandena inte kunde godtas.
- 330 Talan kan således inte vinna bifall på de grunder som har prövats.

Rättegångskostnader

- 331 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.
- 332 Enligt artikel 87.4 första stycket skall medlemsstater som har intervenerat i ett mål bära sina rättegångskostnader. Förbundsrepubliken Tyskland skall således bära sina rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(femte avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.
- 2) Sökanden skall bära sina och kommissionens rättegångskostnader.
- 3) Förbundsrepubliken Tyskland skall bära sina rättegångskostnader.

Azizi

Vesterdorf

García-Valdecasas

Moura Ramos

Jaeger

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 25 mars 1999.

H. Jung

J. Azizi

Justitiesekreterare

Ordförande

Innehåll

Bakgrund till tvisten	II - 761
1. Koncentrationen i fråga	II - 761
Parterna i koncentrationen	II - 761
Den planerade koncentrationen	II - 762
2. Det administrativa förfarandet	II - 763
Domstolsförfarandet	II - 766
Parternas yrkanden	II - 769
Upptagande till sakprövning	II - 770
Svarandens argument	II - 770
Förstainstansrättens bedömning	II - 770
Prövning i sak	II - 772
I— Överträdelse av förordning nr 4064/89, eftersom denna inte ger kommissionen behörighet att undersöka om koncentrationen i fråga är förenlig med den gemensamma marknaden, och överträdelse av artikel 190 i fördraget	II - 773
Parternas argument	II - 773
Förstainstansrättens bedömning	II - 781
1. Bedömningen av det territoriella tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89	II - 782
2. Det omtvistade beslutets förenlighet med folkkrätten	II - 785
II— Överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, eftersom kommissionen inte har befogenhet att förbjuda koncentrationer som skapar eller förstärker en kollektiv dominerande ställning, och överträdelse av artikel 190 i fördraget ...	II - 790
Sökandens argument	II - 790
Förstainstansrättens bedömning	II - 793
III— Överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, eftersom kommissionen felaktigt fastslog att koncentrationen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning, och överträdelse av artikel 190 i fördraget	II - 802
A — Det omtvistade beslutet	II - 802
B — Allmänna överväganden	II - 804
C — Gencors och Lonrhos påstådda gemensamma kontroll över LPD före koncentrationen	II - 806
Parternas argument	II - 806
Förstainstansrättens bedömning	II - 806
	II - 855

D — Kommissionens karakterisering av kollektiv dominerande ställning	II-815
1. Kriteriet om marknadsandelar	II-815
Parternas argument	II-815
Förstainstansrättens bedömning	II-816
2. De liknande kostnadsstrukturerna i Implats/LPD och Amplats till följd av koncentrationen	II-821
Sökandens argument	II-821
Förstainstansrättens bedömning	II-822
3. Marknadens egenskaper	II-824
a) Marknadens överblickbarhet	II-824
Parternas argument	II-824
Förstainstansrättens bedömning	II-825
b) Platinamarknadens tillväxtutsikter	II-826
Parternas argument	II-826
Förstainstansrättens bedömning	II-826
c) Balansen mellan utbud och efterfrågan	II-828
Sökandens argument	II-828
Förstainstansrättens bedömning	II-829
d) Marginella och alternativa försörjningskällor	II-831
Parternas argument	II-831
Förstainstansrättens bedömning	II-833
e) De strukturella bindningarna	II-835
Parternas argument	II-835
Förstainstansrättens bedömning	II-837
f) Andra konkurrensmedel än teknisk utveckling	II-840
Parternas argument	II-840
Förstainstansrättens bedömning	II-841
g) Beaktandet av utomstående reaktioner	II-841
Sökandens argument	II-841
Förstainstansrättens bedömning	II-842
h) De tidigare oligopol-tendenserna	II-843
Parternas argument	II-843
Förstainstansrättens bedömning	II-843
i) Slutsats	II-844

GENCOR MOT KOMMISSIONEN

IV— Överträdelse av artikel 8.2 i förordning nr 4064/89, eftersom kommissionen inte godtog de åtaganden som parterna i koncentrationen föreslog, och överträdelse av artikel 190 i fördraget	II - 844
Parternas argument	II - 844
Förstainstansrättens bedömning	II - 849
Rättegångskostnader	II - 853