

RETTENS DOM (Femte Udvidede Afdeling)

25. marts 1999 *

I sag T-102/96,

Gencor Ltd, Johannesburg (Den Sydafrikanske Republik), ved barrister Paul Lasok, QC, London, og solicitors James Flynn og David H. Hall, London, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Marc Loesch, 11, rue Goethe,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Richard Lyal, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøgt,

støttet af

* Processprog: engelsk.

Forbundsrepublikken Tyskland ved afdelingschef Ernst Röder og ekspeditionssekretær Bernd Kloke, begge Forbundsministeriet for Økonomi og Teknologi, som befuldmægtigede, Bonn (Tyskland),

intervenient,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 97/26/EF af 24. april 1996 om en fusions uforenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag IV/M.619 — Gencor/Lonrho) (EFT 1997 L 11, s. 30),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS

(Femte Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi, og dommerne B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas, R.M. Moura Ramos og M. Jaeger,

justitssekretær: fuldmægtigene J. Palacio González og A. Mair,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 18. februar 1998,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1. *Fusionen*

Parterne i fusionen

- 1 Gencor Ltd (herefter »Gencor«) er et sydafrikansk selskab. Det er moderselskab for en koncern, der udøver sin overvejende virksomhed inden for mineral- og metaludvindingssektorerne.

- 2 Impala Platinum Holdings Ltd (herefter »Implats«) er et sydafrikansk selskab, der varetager Gencor's aktiviteter vedrørende platinmetaller. Selskabet, der ejes for 46,5%'s vedkommende af Gencor og for 53,5%'s vedkommende af forskellige private investorer, kontrolleres af Gencor i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, stk. 3, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, berigtiget i EFT 1990 L 257, s. 13, herefter »forordning nr. 4064/89«).

- 3 Lonrho plc (herefter »Lonrho«) er et britisk selskab. Det er moderselskab for en koncern med forskelligartede aktiviteter inden for mineral- og metaludvindingssektorerne samt hoteldrift, landbrug og handel i almindelighed.
- 4 Eastern Platinum Ltd (herefter »Eastplats«) og Western Platinum Ltd (herefter »Westplats«), der almindeligvis er kendt under navnet Lonrho Platinum Division (herefter »LPD«), er sydafrikanske selskaber, som varetager Lonrho's platinaktiviteter. Selskaberne ejes for 73%'s vedkommende af Lonrho og for 27%'s vedkommende af Gencor gennem Implats. I tilslutning til sidstnævnte medejerskab er der den 15. januar 1990 indgået en aktionæraftale mellem Gencor og Lonrho-koncernerne (herefter »aktionæraftalen«). I denne aftale bestemmes det, at hver af aktionærerne udpeger det samme antal bestyrelsesmedlemmer, at disse bestyrelsesmedlemmers stemmer har samme vægt, og at intet enkelt bestyrelsesmedlem har udslagsgivende stemme. Ifølge aftalen skal visse beslutninger godkendes af bestyrelsen. Det drejer sig om beslutninger vedrørende diversificeringen af LPD, udbyttefordeling, den årlige strategiplan og budgettet, godkendelsen af årsregnskabet og ændringer af honorarerne for bestemte ydelser osv. Beslutninger vedrørende større investeringer og desinvesteringer skal godkendes af aktionærerne. De administrative opgaver varetages af Lonrho Management Services (herefter »LMS«), der er et sydafrikansk selskab kontrolleret af Lonrho, i medfør af aftaler undertegnet af Eastplats og Westplats (herefter »administrationsaftalerne«).

Den påtænkte transaktion

- 5 Gencor og Lonrho planlagde i fællesskab at overtage kontrollen over Implats og gennem dette selskab at få fælles kontrol over Eastplats og Westplats (LPD), hvilket skulle ske ved en transaktion, der skulle gennemføres i to faser. I den første fase skulle Gencor og Lonrho overtage den fælles kontrol over Implats. I den anden fase skulle Implats overtage enekontrollen over Eastplats og Westplats. Til gengæld for Lonrho's overdragelse af sine interesser i Eastplats og Westplats skulle Lonrho have udvidet sin aktiepost i Implats.

- 6 Ved transaktionens afslutning skulle Implats have enekontrollen over Eastplats og Westplats. Implats selv skulle ejes for 32%'s vedkommende af Gencor, for 32%'s vedkommende af Lonrho og for 36%'s vedkommende af andre private investorer. En aftale om udpegelsen af bestyrelsesmedlemmer og om fremgangsmåden for afgivelse af stemmer skulle i øvrigt regulere de to hovedaktionærers handlemåde i vigtigere anliggender vedrørende selskabet, og således skulle den fælles kontrol over Implats overføres til de to selskaber.

2. Den administrative procedure

- 7 Den 20. juni 1995 meddelte Gencor og Lonrho, at de havde indgået en rammeaftale, der tilsigtede at sammenlægge deres respektive aktiviteter inden for platinmetalsektoren. Den samme dag fremsendte parterne en kopi af pressemeddelelsen om transaktionen til Kommissionen.
- 8 Den 22. august 1995 meddelte South African Competition Board parterne, at på grundlag af de dokumenter, parterne havde fremsendt til myndigheden den 14. august 1995, gav transaktionen ikke anledning til problemer, for så vidt angår sydafrikansk konkurrenceret.
- 9 Den 10. november 1995 undertegnede Gencor og Lonrho en række aftaler vedrørende fusionen. Blandt disse aftaler var købsaftalen, hvis gennemførelse var underlagt visse suspensive betingelser, herunder at transaktionen skulle være godkendt af Kommissionen inden den 30. juni 1996 eller, efter parternes aftale, senest den 30. september 1996, jf. købsaftalens punkt 3.1.8 og 3.3.
- 10 Den 17. november 1995 anmeldte Gencor og Lonrho i fællesskab disse aftaler og disses bilag til Kommissionen under anvendelse af CO-formularen i overensstemmelse med artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89.

- 11 Ved beslutning af 8. december 1995 beordrede Kommissionen en udsættelse af fusionen i medfør af artikel 7, stk. 2, og artikel 18, stk. 2, i samme forordning, indtil den havde vedtaget en endelig beslutning.

- 12 Ved beslutning af 20. december 1995 fandt Kommissionen, at fusionen gav anledning til alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet, hvorfor den indledte en procedure i henhold til forordning nr. 4064/89 i overensstemmelse med dennes artikel 6, stk. 1, litra c).

- 13 Den 13. marts 1996 købte Anglo American Corporation of South Africa Ltd (herefter »AAC«) 6% af aktierne i Lonrho med forkøbsret til yderligere 18%. AAC er Gencor's og Lonrho's hovedkonkurrent i platinmetalsektoren via selskabet Amplats, som er koncernforbundet med AAC, og som er verdens største udbyder.

- 14 Efter et af Kommissionen organiseret møde den 13. marts 1996 indledte sagsøgeren og Lonrho drøftelser med Kommissionens tjenestegrene for at undersøge mulighederne for at afgive tilsagn i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89.

- 15 Den 27. marts 1996 meddelte Kommissionen Gencor og Lonrho, at en af dens største betænkeligheder med hensyn til fusionen vedrørte muligheden for en begrænsning af produktionen, som ville kunne presse priserne opad. Den bemærkede i denne forbindelse, at tilsagn af adfærdsmæssig karakter normalt ikke accepteres af fællesskabsmyndighederne.

- 16 Efter en række møder og tilsagn i denne forbindelse indgav Gencor og Lonrho den 1. april 1996 den endelige version af de tilsagn, de tilbød. Disse tilsagn om forpligtelser vedrørte navnlig omfanget af produktionen på et bestemt produktionssted.
- 17 Ved skrivelse af 2. april 1996 kritiserede Kommissionen disse tilsagn med den begrundelse, at de ikke imødegik Kommissionens betænkeligheder. Kommissionen fremhævede særligt de vanskeligheder, der var forbundet med at kontrollere de tilsagn, der var tilbudt, og de problemer, som annullationen af transaktionen ville forårsage, hvis tilsagnene ikke blev overholdt. Den tilføjede, at disse tilsagn ikke tog højde for den forventede udvikling af efterspørgslen.
- 18 Den 9. april 1996 afgav Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser (herefter »Det Rådgivende Udvalg«) en udtalelse om fusionen og de af sagsøgeren og Lonrho tilbudte tilsagn. Udvalget udtrykte enighed med Kommissionens beslutning, for så vidt angår fusionens karakter, dens fællesskabsdimension, relevante produktmarkeder og geografiske markeder og de fremsatte tilsagns utilstrækkelighed. Flertallet af udvalgets medlemmer anerkendte Kommissionens analyse, hvorefter fusionen ville medføre skabelse af en dominerende oligopolistisk stilling på de berørte markeder, samt dens konklusion om, at transaktionen ville være uforenelig med fællesmarkedet og Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«). Et mindretal af udvalgets medlemmer udtrykte tvivl om muligheden for at anvende forordning nr. 4064/89 i situationer, hvor der findes et oligopol, hvilket medførte, at de pågældende medlemmer undlod at stemme om spørgsmålet om, hvorvidt transaktionen var forenelig med fællesmarkedet og EØS.
- 19 Den 19. april 1996 afgav den sydafrikanske viceudenrigsminister officielt sin regerings bemærkninger om den påtænkte fusion til Kommissionen. I denne skrivelse erklærede viceudenrigsministeren blot, at han ikke agtede at anfægte Fællesskabets konkurrencepolitiske holdning på fusionsområdet og i spørgsmål om ulovligt samarbejde, men at han, henset til mineralressourcernes betydning for den sydafrikanske økonomi, ønskede at opprioritere tiltag over for faktiske ulovlige samarbejder, når de opstod. I den foreliggende sag var det den sydafrikanske regerings opfattelse, at i visse situationer var to lige stærke konkurrenter på markedet at foretrække frem for, at det alene var én mineral-

udvindingsvirksomhed, der havde en dominerende stilling inden for sektoren. Selv om hovedparten af platinreserverne befinder sig i Sydafrika, kan reserverne i udlandet ifølge regeringen i teorien tilfredsstille efterspørgslen i 20 år, hvortil kommer de væsentlige potentielle ressourcer i Zimbabwe. Endelig gav den sydafrikanske regering udtryk for sit ønske om at drøfte disse spørgsmål med Kommissionen og anmodede om, at beslutningen blev udsat, indtil sådanne drøftelser havde fundet sted.

- 20 Ved beslutning 97/26/EF af 24. april 1996 (EFT 1997 L 11, s. 30, herefter »den omtvistede beslutning«) erklærede Kommissionen fusionen for uforenelig med fællesmarkedet og EØS i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, idet transaktionen ville føre til, at der skabtes en duopolistisk dominerende stilling for Amplats og Implats/LPD på verdensmarkedet for platin og rhodium med den virkning, at den effektive konkurrence ville blive hæmmet betydeligt inden for fællesmarkedet.
- 21 Ved skrivelse af 21. maj 1996 meddelte Lonrho sagsøgeren, at selskabet ikke ønskede at forlænge den frist, der gjaldt i henhold til købsaftalen for opfyldelse af de suspensive betingelser, fra den 30. juni 1996 til den 30. september 1996, idet betingelsen om opnåelse af Kommissionens godkendelse som fastsat i aftalens punkt 3.1.8 ikke var blevet opfyldt inden for den fastsatte frist.

Retsforhandlinger

- 22 Den 28. juni 1996 har sagsøgeren anlagt nærværende annullationssøgsmål til prøvelse af den omtvistede beslutning.

- 23 Den 3. december 1996 indgav sagsøgeren i henhold til procesreglementets artikel 49, 64 og 65 en begæring om foranstaltninger vedrørende sagens tilrettelæggelse eller bevisoptagelse med henblik på præcist at få fastslået den juridiske status og rækkevidde af de officielle skrivelser fra de sydafrikanske konkurrencemyndigheder samt anvendelsesområdet for den sydafrikanske konkurrenceret og betingelserne for dennes anvendelse.
- 24 Den 18. december 1996, den 24. januar 1997 og den 30. juli 1997 fremsatte Kommissionen bemærkninger til denne begæring.
- 25 Henholdsvis den 25. november 1996 og den 3. december 1996 indgav Forbundsrepublikken Tyskland og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland begæring om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.
- 26 Den 11. december 1996 og den 3. januar 1997 indgav sagsøgeren begæring om fortrolig behandling af visse oplysninger i sagen i forhold til henholdsvis Forbundsrepublikken Tyskland og Det Forenede Kongerige.
- 27 Den 19. februar 1997 anmodede Retten sagsøgeren og Lonrho om at besvare visse spørgsmål om sagens formalitet og at fremlægge visse dokumenter. Sagsøgeren og Lonrho besvarede henholdsvis den 1. april 1997 og den 10. marts 1997 Rettens spørgsmål. Sagsøgeren har fremlagt de ønskede dokumenter, bl.a. de administrationsaftaler, der blev indgået den 15. januar 1990 af Eastplats og Westplats med LMS, samt den aftale, der er kendt som aktionæraftalen, som ligeledes blev indgået den 15. januar 1990 mellem Gencor og Lonrho, og som vedrører kontrollen over LPD.
- 28 Ved kendelse af 3. juni 1997 gav formanden for Rettens Femte Udvidede Afdeling tilladelse til, at Forbundsrepublikken Tyskland og Det Forenede Kongerige

Storbritannien og Nordirland intervenserede i sagen, og imødekom delvis begæringen om fortrolig behandling.

- 29 Den 27. juni 1997 indgav sagsøgeren en yderligere begæring om fortrolig behandling af visse oplysninger i sagen.
- 30 Ved kendelse af 16. juli 1997 imødekom formanden for Rettens Femte Udvidede Afdeling denne begæring.
- 31 Den 22. september 1997 frafaldt Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland at intervenere i sagen. Den 26. september 1997 indgav Forbundsrepublikken Tyskland skriftligt indlæg.
- 32 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling, og som foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64 er sagsøgeren og Kommissionen blevet anmodet om at fremlægge den fulde ordlyd af de tilsagn, fusionsparterne tilbød under den administrative procedure. Parterne har fremlagt det ønskede dokument henholdsvis den 6. februar 1998 og den 12. februar 1998.
- 33 Sagsøgeren og sagsøgte har afgivet mundtlige indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten i retsmødet den 18. februar 1998.
- 34 Ved skrivelse af 17. juli 1998 har Retten forespurgt sagsøgeren, om selskabet, henset til Domstolens dom af 31. marts 1998 i de forenede sager C-68/94 og C-30/95 (Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1375), frafaldt sit

anbringende om, at fusioner, der skaber en kollektiv dominerende stilling, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 4064/89. Sagsøgeren har besvaret Rettens spørgsmål ved skrivelse af 29. juli 1998.

Parternes påstande

35 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den omtvistede beslutning annulleres.

- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

36 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Afvisning.

- Subsidiært frifindelse.

- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 37 Forbundsrepublikken Tyskland har nedlagt påstand om afvisning.

Formaliteten

Kommissionens argumenter

- 38 Kommissionen har nedlagt påstand om afvisning med den begrundelse, at sagsøgeren ikke længere har retlig interesse. Sagsøgerens retsstilling vil ikke kunne ændres ved en afgørelse fra Retten til sagsøgerens fordel, idet den anmeldte fusion ikke længere kan gennemføres.
- 39 Kommissionen har i denne forbindelse fremhævet, at den påtænkte fusion mellem Gencor og Lonrho var underlagt visse suspensive betingelser, herunder opnåelse af Kommissionens godkendelse i henhold til artikel 6, stk. 1, litra a) eller b), eller artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89. Den har anført, at denne betingelse skulle have været opfyldt senest den 30. juni 1996, idet købsaftalen i modsat fald ville bortfalde i sin helhed i henhold til købsaftalens punkt 3.3. Endelig har Kommissionen anført, at Lonrho i en skrivelse af 21. maj 1996 afviste at udskyde tidspunktet for fristens udløb til den 30. september 1996, hvilket der i henhold til samme bestemmelse var mulighed for efter skriftlig aftale mellem parterne.

Rettens bemærkninger

- 40 Det bemærkes, at et annullationssøgsmål anlagt af en fysisk eller juridisk person kun kan antages til realitetsbehandling, såfremt sagsøgeren har interesse i, at den anfægtede retsakt annulleres (Rettens dom af 9.11.1994, sag T-46/92, Scottish

Football mod Kommissionen, Sml. II, s. 1039, præmis 14). En sådan interesse foreligger kun, hvis annullationen af retsakten i sig selv kan have retsvirkninger (Domstolens dom af 24.6.1986, sag 53/85, Akzo Chemie mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 21).

- 41 I denne forbindelse bemærkes, at ifølge EF-traktatens artikel 176 har den institution, fra hvilken en annulleret retsakt hidrører, pligt til at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger. Disse foranstaltninger skal ikke fjerne retsakten fra Fællesskabets retsorden, eftersom denne fjernelse følger af den annullation, som retsinstanden har foretaget. Foranstaltningerne vedrører navnlig ophævelsen af de virkninger, der er forårsaget af den pågældende retsakt, og som påvirkes af de konstaterede retsstridigheder. Annullation af en retsakt, som allerede er gennemført, eller som i mellemtiden er blevet ophævet fra en given dato, kan stadig have retsvirkninger. Retsakten kan have haft retsvirkninger i den periode, hvor den har været i kraft, og disse virkninger er ikke nødvendigvis faldet bort på grundlag af ophævelsen af retsakten. Et annullationssøgsmål kan også antages til realitetsbehandling, hvis det giver mulighed for, at det undgås, at den påberåbte retsstridighed ikke gentages i fremtiden. Af disse grunde udgør en annullationsdom grundlaget for, at den berørte institution bringes til på behørig måde at genoprette sagsøgerens situation eller afskæres fra at udstede en identisk retsakt (jf. Domstolens dom af 6.3.1979, sag 92/78, Simmenthal mod Kommissionen, Sml. s. 777, præmis 32, dommen i sagen Akzo Chemie mod Kommissionen, a.st., præmis 21, og Domstolens dom af 26.4.1988, sag 207/86, Apesco mod Kommissionen, Sml. s. 2151, præmis 16).
- 42 Den omstændighed, at sagsøgeren er adressat for den omtvistede beslutning, som erklærede fusionen uforenelig med fællesmarkedet, giver selskabet en retlig interesse i at få den nævnte beslutnings lovlighed prøvet ved Fællesskabets retsinstanter.
- 43 Som sagsøgeren har fremhævet, kan den omtvistede beslutning ændre sagsøgerens retsstilling som potentiel erhverver af Lonrho's kapitalinteresser i LPD.

- 44 I medfør af aktionæraftalens artikel 11 (navnlig punkt 11.1 og 11.6) giver ethvert salg eller enhver påtænkt børsnotering af en hvilken som helst del af Lonrho's aktiebeholdning på 73% i LPD Gencor ret til at købe den udbudte del eller dele af denne. Den omstændighed, at et af de mellemliggende selskaber, der har andele i LPD, forlader Lonrho-koncernen, eller at tredjemand erhverver 51% af kapitalen i Lonrho, giver ligeledes Gencor køberet. Det må imidlertid konstateres, at den omtvistede beslutning er til hinder for, at disse forkøbsrettigheder kan udøves.
- 45 Endelig ville Kommissionens standpunkt føre til en situation, i hvilken lovligheden af bebyrdende beslutninger, der var udstedt i henhold til forordning nr. 4064/89, ikke ville kunne gøres til genstand for domstolskontrol i de tilfælde, hvor det kontraktmæssige grundlag for fusionen var bortfaldet, før Retten havde truffet afgørelse i sagen. Bortfald af grundlaget for fusionen er imidlertid ikke i sig selv en omstændighed, der kan udelukke legalitetskontrol af en kommissionsbeslutning.
- 46 Det følger heraf, at Kommissionens formalitetsindsigelse ikke kan tages til følge.

Realiteten

- 47 Sagsøgeren har fremsat forskellige anbringender til støtte for sit søgsmål vedrørende henholdsvis manglende kompetence hos Kommissionen, for så vidt angår den pågældende fusion, og en dermed forbunden tilsidesættelse af traktatens artikel 190, en tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, for så vidt som fusioner, der skaber en kollektiv dominerende stilling, ikke er omfattet af forordningens anvendelsesområde, og en dermed forbunden tilsidesættelse af traktatens artikel 190, en tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, for så vidt som Kommissionen fejlagtigt har fastslået, at fusionen ville skabe en kollektiv dominerende stilling, og en dermed forbunden tilsidesættelse af traktatens artikel 190, samt endelig en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 og en dermed forbunden tilsidesættelse af traktatens artikel 190.

I — *Anbringenderne vedrørende dels en tilsidesættelse af forordning nr. 4064/89, for så vidt som denne ikke giver Kommissionen kompetence til at undersøge den pågældende fusions forenelighed med fællesmarkedet, dels en tilsidesættelse af traktatens artikel 190*

Parternes argumenter

- 48 Sagsøgeren har principalt gjort gældende, at forordning nr. 4064/89 ikke giver Kommissionen kompetence til at undersøge fusionens forenelighed med fællesmarkedet. Selskabet har subsidiært gjort gældende, at forordning nr. 4064/89, såfremt den giver Kommissionen en sådan kompetence, ikke kan anvendes i medfør af traktatens artikel 184, idet den er retsstridig.
- 49 Forordning nr. 4064/89 har ikke kunnet anvendes på den foreliggende fusion, da fusionen vedrører økonomisk virksomhed på et tredjelandets område, nemlig i Den Sydafrikanske Republik, og da den er blevet godkendt af dette lands myndigheder. Forordningen finder kun anvendelse på fusioner, der gennemføres i Fællesskabet.
- 50 Denne opfattelse er i overensstemmelse med territorialprincippet, et alment folkeretligt princip, som Fællesskabet skal respektere ved udøvelsen af dets beføjelser (Domstolens dom af 27.9.1988, forenede sager 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 5193, herefter »cellulose-dommen«, præmis 18, og af 24.11.1992, sag C-286/90, Poulsen og Diva Navigation, Sml. I, s. 6019, præmis 9).
- 51 Det retsgrundlag, som Rådet har benyttet til udstedelse af forordning nr. 4064/89, nemlig traktatens artikel 87 og 235, kan ikke fortolkes i strid med dette princip for at etablere en eksterritorial kompetence. De principper, der er indeholdt i artikel 85 og 86, til hvilke der henvises i artikel 87, og Fællesskabets mål, som artikel 235 henviser til, vedrører alene konkurrencen inden for

fællesmarkedet og således hverken konkurrencen mellem virksomheder, der er etableret inden for fællesmarkedet, og virksomheder, der ikke er etableret dér, eller konkurrencen mellem virksomheder, der er etableret uden for fællesmarkedet. Dette følger klart af betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstater, som angivet i artikel 85 og 86, og af Fællesskabets mål, som nævnt i traktatens artikel 2 og artikel 3, litra g).

- 52 Denne begrænsning af anvendelsesområdet for traktatens regler om konkurrence gentages både i betragtning 1-5 og 9, 10 og 11 til forordning nr. 4064/89 og i dennes artikel 2, idet disse bestemmelser angiver, at forordningen kun omfatter de fusioner, der har virkning inden for fællesmarkedet.
- 53 Selv om forordning nr. 4064/89 ikke udtrykkeligt skulle definere sit anvendelsesområde som værende afhængigt af det sted, hvor transaktionen gennemføres, er det underforstået i 30. betragtning og i artikel 24, at en fusion, der gennemføres i et tredjeland, og i hvilken der deltager virksomheder fra Fællesskabet, henhører under dette lands myndigheders kompetence og ikke under Kommissionens.
- 54 Sagsøgeren har præciseret, at selskabets analyse ikke betyder, at forordning nr. 4064/89 alene kan anvendes på fusioner mellem virksomheder, der er etableret inden for Fællesskabet. De pågældende virksomheders etableringssted er i virkeligheden af mindre betydning end det eller de steder, hvor fusionen gennemføres. Sagsøgeren har i denne forbindelse påberåbt sig Domstolens dom af 21. februar 1973 i sag 6/72 (Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215), i hvilken det anerkendtes, at Kommissionen havde kompetence til at anvende artikel 86 på en fusion, der gennemførtes af en virksomhed med hjemsted uden for Fællesskabet, når der var tale om erhvervelse af kapitalandele i en virksomhed inden for Fællesskabet.

- 55 Forordning nr. 4064/89 kan således kun anvendes i tilfælde, hvor de aktiviteter, der er berørt af fusionen, befinder sig inden for Fællesskabet. Nærmere bestemt finder forordningen, som anført i dens 11. betragtning, kun anvendelse på virksomheder, der udøver deres overvejende virksomhed inden for Fællesskabet. I den foreliggende sag skulle den fusion, der er anmeldt til Kommissionen, gennemføres i Sydafrika, hvor hovedaktivitetsområdet for de virksomheder, der ville gennemføre fusionen, befinder sig, nemlig udvinding og raffinering af platinmetaller. Den omstændighed, at Lonrho har et datterselskab, der har et kontor inden for Fællesskabet med henblik på at sælge hele Lonrho's produktion af platinmetaller, og den omstændighed, at selskabet har andre aktiviteter i Fællesskabet inden for hoteldrift og handel i almindelighed, kan ikke danne grundlag for, at selskabet anses for at udøve sin overvejende virksomhed inden for Fællesskabet i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den ovennævnte 11. betragtning.
- 56 Sagsøgeren har sammenholdt denne analyse med den, der er indeholdt i cellulosedommen, som bekræftede, at Fællesskabet i forbindelse med en prisaftale er kompetent til at anvende sine konkurrenceregler over for konkurrencebegrænsende adfærd, der udøves inden for fællesmarkedet af virksomheder, der har hjemsted uden for Fællesskabet, når aftalen eller den samordnede praksis opstår eller gennemføres på Fællesskabets område. I den foreliggende sag er fusionen imidlertid ikke opstået eller gennemført på Fællesskabets område, men derimod på Den Sydafrikanske Republiks område. Den vedrører således i første række industri- og konkurrencepolitikken i dette tredjeland. Som følge heraf har Kommissionen ikke haft stedlig kompetence (cellulose-dommen, præmis 11-18, og generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i sagen, punkt 20).
- 57 Selv hvis det antages, at forordning nr. 4064/89 som kompetencekriterium forudsætter, at fusionen har en umiddelbar og væsentlig virkning på konkurrencen inden for Fællesskabet, er dette kriterium ikke opfyldt i den foreliggende sag.
- 58 For det første har Kommissionen konstateret (i punkt 206 og 210 i den omtvistede beslutning), at fusionen på mellemlang sigt ville kunne skabe en duopolistisk dominerende stilling på verdensmarkederne for platin og rhodium. Imidlertid er denne konstatering ikke tilstrækkelig til at berettige anvendelse af kriteriet om en umiddelbar og væsentlig virkning i den foreliggende sag.

Udtrykket »mellemlang sigt« er tvetydigt, idet det både kan henvide til skabelsen af en dominerende stilling på mellemlang sigt og til dennes bortfald på lang sigt. I det første tilfælde ville virkningerne af fusionen ikke være umiddelbare, idet de ville afhænge af den fremtidige adfærd, som ville blive udvist af den virksomhed, der var resultatet af fusionen, og af det andet medlem af duopolet, nemlig Amplats. I det andet tilfælde ville fusionens virkninger ikke være væsentlige på grund af deres midlertidige karakter.

- 59 Da de relevante markeder for det andet er verdensmarkeder, ville en eventuel dominerende stilling, der skabtes ved fusionen, ikke angå Fællesskabet i højere grad end andre myndigheder, og transaktionen ville således ikke have nogen væsentlig virkning. Den omtvistede beslutning (punkt 16, 18 og 98) kræver ikke, at Fællesskabet skal have en mere omfattende kompetence end Den Sydafrikanske Republik eller alle andre tredjelande, herunder Japan og USA, men anfører alene, at de relevante markeder er verdensmarkeder, at det europæiske forbrug af platinmetaller udgør ca. 20% af efterspørgslen på verdensplan (i gennemsnit 17% for så vidt angår platin), og at enhver ændring af forholdene på verdensmarkederne nødvendigvis vil smitte af på Fællesskabet og EØS. Disse forhold er ikke tilstrækkelige til at fastslå, at Kommissionen har kompetence i sagen, og er under alle omstændigheder ikke tilstrækkelige til at begrunde beslutningen i overensstemmelse med de krav, der stilles i traktatens artikel 190.
- 60 Både den sektormæssige og den geografiske efterspørgsel efter platin og rhodium på verdensplan viser, at Vesteuropa (herunder Fællesskabet), hvis forbrug i perioden 1991-1995 kun udgjorde 17-22% af efterspørgslen på verdensplan, kun i meget ringe omfang vil være berørt af en fusion, der gennemføres uden for Vesteuropas rammer og berører dette mindre end Japan, hvor forbruget i den samme periode udgjorde mellem 47 og 51% af efterspørgslen på verdensplan, eller Nordamerika (herunder De Forenede Stater), hvor forbruget i samme periode udgjorde mellem 19 og 21% af efterspørgslen på verdensplan. Det relativt lave niveau for de faktiske markedsandele [i 1994 ca. (...) ¹% for platin og (...) % for rhodium] og den samlede omsætning [i 1994 (...) mio. ECU for platin alene] i Fællesskabet for platin- og rhodiumaktiviteterne udøvet af de to virksomheder, der er berørt af fusionen, bekræfter denne vurdering. For at det

1 — Fortrolige oplysninger, der udelades.

kan fastslås, at fusionen har fællesskabsdimension, kræves det, at der ved beregningen af omsætningen for de deltagende virksomheder i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 5 i forordning nr. 4064/89, kun tages hensyn til begrebet selskab eller den juridiske person og ikke til virksomhedsbegrebet i henhold til traktatens artikel 85 og 86 (jf. den omtvistede beslutnings punkt 24, 34, 44, 56, 98, 100 og 209 samt tabel 6 under punkt 96).

- 61 Da sagen for det tredje handler om skabelse af en duopolistisk dominerende stilling på platin- og rhodiummarkederne, henhører den af Kommissionen omtalte risiko for samarbejde eller parallel adfærd mellem oligopolets medlemmer i alt væsentligt under de sydafrikanske myndigheder, som har kompetence på konkurrenceområdet. Dette ville kun forholde sig anderledes, hvis de betingelser, der er fastlagt i cellulose-dommen, var opfyldt. Imidlertid adskiller den foreliggende sag sig fra den sag, der dannede grundlag for nævnte dom, idet sidstnævnte sag ikke vedrørte en fusion, der gennemførtes i et tredjeland, men en prisaftale, der direkte omfattede Fællesskabet, og som blev gennemført i dette (jf. cellulose-dommen, præmis 13). Kommissionen kan under alle omstændigheder ikke anse sig for kompetent med hensyn til en fusion, der kun muligvis henhører under dens kompetence i medfør af traktaten, på grundlag af en fremtidig og hypotetisk adfærd hos virksomheder, der opererer på det pågældende marked.
- 62 Endvidere var de omtvistede aftaler genstand for en afgørelse fra den sydafrikanske myndighed, der er kompetent på konkurrenceområdet, nemlig South African Competition Board's afgørelse af 22. august 1995. I denne afgørelse anerkendtes det, at den anmeldte fusion ikke gav anledning til problemer med hensyn til den sydafrikanske konkurrencepolitik. Som følge heraf var fusionen i overensstemmelse med gældende ret på det sted, hvor den skulle gennemføres, og såfremt Kommissionen erklærede den ulovlig, ville den nødvendigvis skabe kompetencekonflikter med de sydafrikanske myndigheder. I denne forbindelse gav den sydafrikanske viceudenrigsminister klart udtryk for sine betænkeligheder i den skrivelse, han sendte til Kommissionen den 19. april 1996. Kompetencekonflikterne skyldtes det forhold, at fusionen udgjorde en ændring af den industrielle struktur i et tredjeland, her Sydafrika, som havde mere grundlæggende konsekvenser for de berørte virksomheder, men også for den pågældende stats økonomi, end almindelige aftaler. En tiltagelse af kompetence

vedrørende sådanne ændringer udgør således en mere grundlæggende indblanding i denne stats indre anliggender.

- 63 Endelig er det ud fra fusionens relativt beskedne indvirkning på Fællesskabet uforholdsmæssigt, at Kommissionen tiltager sig en kompetence, for hvilken der ikke foreligger noget retsgrundlag.
- 64 Kommissionen har gjort gældende, at den har to væsentlige retsgrundlag for sin kompetence. Det første er nationalitetsprincippet, i henhold til hvilket den har en kompetence *ratione personae* til at bedømme Lonrho's handlinger, eftersom selskabet er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning. Det andet grundlag er territorialprincippet.
- 65 Kommissionen har indledningsvis anført, at det er de to fusionsparter, som har anmodet den om at undersøge foreneligheden af deres transaktion med fællesmarkedet og EØS, da de har anmeldt deres aftale, og da de har gjort Kommissionens godkendelse af aftalen til en betingelse for aftalens gennemførelse. Under disse omstændigheder kan én af parterne ikke uden at overtræde grundsætningerne »*nemo auditur*« og »*venire contra factum proprium*« forholde sig, som om aftalen ikke frivilligt var indgivet i henhold til forordning nr. 4064/89.
- 66 Kommissionen har anfægtet sagsøgerens argumenter vedrørende kriteriet for stedfæstelsen af den økonomiske virksomhed, der er berørt af fusionen, og kriterierne og betingelserne vedrørende dens kompetence i forbindelse med forordning nr. 4064/89.
- 67 For så vidt angår stedfæstelsen af den økonomiske virksomhed, der er berørt af fusionen, har Kommissionen præciseret, at selv om den er enig i sagsøgerens analyse, hvorefter forordning nr. 4064/89 lige som traktatens artikel 85 og 86

vedrører konkurrencen på fællesmarkedet, drager den ikke samme konklusion i den foreliggende sag. For så vidt som den omtvistede beslutning hviler på den betragtning, at den anmeldte fusion, selv om den gennemføres i Sydafrika i form af en sammenslutning af produktionsmidler, gennemføres i hele verden og ændrer den konkurrencemæssige struktur på markederne for de pågældende produkter såvel på verdensplan som på fællesskabsplan, eftersom det geografiske marked er verdensmarkedet, ville det være fejlagtigt at hævde, således som sagsøgeren har gjort, at den nævnte beslutning ikke vedrører reglerne for økonomisk virksomhed på Fællesskabets område. Kommissionen har i denne forbindelse bemærket, at selv om det er korrekt, at parterne ikke udvinder platin inden for Fællesskabet, står det alligevel fast, at en ikke uvæsentlig del af deres aktiviteter udøves dér.

- 68 Kommissionen har sammenkædet sin argumentation med cellulose-dommen og generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse til nævnte sag, idet den har anført, at det i den tilsvarende sag var af mindre betydning at stedfæste de pågældende virksomheder end at fastlægge den konkurrencebegrænsende virkning på Fællesskabets område. I den foreliggende sag er det således nødvendigt ikke at fokusere på stedfæstelsen af virksomhederne, men derimod på ændringen af den konkurrencemæssige struktur inden for fællesmarkedet. Denne ændring vedrører ikke, som sagsøgeren har villet fremstille det, udvinding og raffinering af de pågældende produkter, men markedet for salg af platin i Fællesskabet.
- 69 For så vidt angår kriterierne og betingelserne for Fællesskabets internationale kompetence i henhold til forordning nr. 4064/89 er det Kommissionens opfattelse, at den anfægtede beslutning er forenelig med afgørelsen i cellulose-dommen, hvori Domstolen udtalte sig om de to adfærdsmæssige elementer, der skal foreligge, nemlig indgåelse af en aftale og dens gennemførelse. Domstolen bemærkede herefter, at aftalen var gennemført inden for fællesmarkedet. Imidlertid ville den omtvistede fusion være blevet gennemført over hele verden og ændre konkurrencestrukturen globalt. Kommissionens kompetence følger således af de klassiske regler om international kompetence, hvilken konklusion støttes af den omstændighed, at LPD's verdensomspændende salg foretages gennem Western Metal Sales, Lonrho's belgiske datterselskab, der har hjemsted i Bruxelles.

- 70 Hvad angår den af sagsøgeren fremførte argumentation vedrørende den væsentlige og umiddelbare virkning er det Kommissionen opfattelse, at denne argumentation ganske savner grundlag, idet den omtvistede beslutning på korrekt måde fastslår, at der foreligger en væsentlig og umiddelbar indvirkning på konkurrencestrukturen inden for fællesmarkedet og EØS.
- 71 For så vidt angår den eventuelle kompetencekonflikt med de sydafrikanske myndigheder har den foreliggende fusion en meget lille indvirkning på konkurrencesituationen i Sydafrika, eftersom efterspørgslen efter platin i Sydafrika er meget ringe. Under disse omstændigheder har Kommissionen sammenlignet den påtænkte fusion med et eksportkartel, som i princippet ikke vil have nogen indvirkning på konkurrencestrukturen i de stater, hvor de deltagende virksomheder er beliggende, og hvis virkninger endog af dette lands myndigheder kan anses for at være gavnlige.
- 72 Den tyske regering har gjort gældende, at forordning nr. 4064/89 giver mulighed for at vurdere, om den anmeldte transaktion er forenelig med fællesmarkedet og EØS. Dette er i overensstemmelse med såvel grundsætningerne i folkeretten som med Domstolens praksis vedrørende traktatens artikel 85.
- 73 For det første opstiller forordning nr. 4064/89 selv regler for sin eksteritoriale anvendelse. Dens egen lovvalgsregel vedrørende virksomheder, der er beliggende uden for Fællesskabet, fremgår ved en sammenholdelse af 11. betragtning med artikel 1, stk. 2, litra b). 11. betragtning tilsigter navnlig, at forordningen finder anvendelse på fusioner, der gennemføres af virksomheder, som ikke udøver deres overvejende virksomhed i Fællesskabet, men som udøver væsentlige aktiviteter dér, ud fra det kriterium, der er fastlagt i artikel 1, stk. 2, litra b), nemlig at mindst to af de i fusionen deltagende virksomheder har en samlet omsætning i Fællesskabet hver især på mere end 250 mio. ECU. I den foreliggende sag opfylder transaktionen denne betingelse, og Kommissionen har i sin beslutning behørigt angivet fusionens virkninger på fællesmarkedet.

- 74 For så vidt angår denne analyses overensstemmelse med folkeretten har den tyske regering for det andet præciseret, at såvel den lovvalgsregel, der er indsat i forordning nr. 4064/89, som dens anvendelse i sagen opfylder de kriterier, der følger af teorien om virkningsstedet, også benævnt det objektive territorialprincip. En omsætning i Fællesskabet på mindst 250 mio. ECU for hver af de to virksomheder, der deltager i fusionen, udgør et adækvat tilknytningsmoment. De faktiske forhold, som Kommissionen har anført i sin analyse af fusionens indvirkning på EØS, bekræfter endvidere, at en eksterritorial anvendelse af forordning nr. 4064/89 er i overensstemmelse med folkeretten.
- 75 Den tyske regering har tilsluttet sig de af Kommissionen fremsatte argumenter og har for det tredje gjort gældende, at dens fortolkning af forordning nr. 4064/89 ikke modsiges af cellulose-dommen.

Retten's bemærkninger

- 76 Indledningsvis bemærkes, at Kommissionens argument om, at sagsøgeren frivilligt har underkastet sig Kommissionens kompetence ved at anmelde fusionsaftalen med henblik på Kommissionens undersøgelse heraf og ved at gøre Kommissionens godkendelse til en betingelse for aftalens gennemførelse, ikke kan tages til følge. En overtrædelse af anmeldelsespligten og pligten til at udsætte gennemførelsen i henhold til artikel 4 og 7 i forordning nr. 4064/89 for enhver fusion af fællesskabsdimension er forbundet med hårde økonomiske sanktioner i henhold til forordningens artikel 14. Det kan derfor ikke udledes af anmeldelsen eller af udsættelsen af gennemførelsen af fusionsaftalen, at sagsøgeren på nogen måde frivilligt har underkastet sig Kommissionens kompetence. For at bedømme denne kompetence med hensyn til en fusion skal Kommissionen forudgående kunne undersøge den nævnte transaktion, hvilket berettiger, at fusionsparter pålægges en anmeldelsespligt. Denne pligt har ingen betydning for afgørelsen af, om Kommissionen har kompetence til at træffe afgørelse om den pågældende fusion.

77 I den foreliggende sag bør to spørgsmål undersøges. Det skal for det første fastlægges, om fusioner som den foreliggende falder ind under anvendelsesområdet for forordning nr. 4064/89, og i bekræftende fald, om forordningens anvendelse på denne type fusioner er i strid med folkeretten vedrørende staternes kompetence.

1. Det stedlige anvendelsesområde for forordning nr. 4064/89

78 Hvad angår det første spørgsmål bemærkes, at i henhold til artikel 1 i forordning nr. 4064/89 finder forordningen anvendelse på alle fusioner af fællesskabsdimension, dvs. på alle fusioner mellem virksomheder, som ikke hver især har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat, når den samlede omsætning på verdensplan i alt overstiger 5 mia. ECU, og når mindst to af virksomhedernes samlede omsætning i Fællesskabet hver især overstiger 250 mio. ECU.

79 Forordningens artikel 1 kræver ikke, at de berørte virksomheder er etableret i Fællesskabet, eller at de produktionsaktiviteter, der er genstand for fusionen, udøves på Fællesskabets område, for at en fusion kan anses for at have fællesskabsdimension.

80 For så vidt angår omsætningskriteriet, må det som anført i punkt 13 i den omtvistede beslutning konstateres, at den foreliggende fusion er af fællesskabsdimension som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 4064/89. De deltagende virksomheder har en samlet omsætning på verdensplan på over 10 mia. ECU, hvilket overstiger forordningens tærskel på 5 mia. ECU. Gencor og Lonrho havde i seneste regnskabsår begge en omsætning i Fællesskabet på over

250 mio. ECU. Endelig har Gencor og Lonrho hver især ikke over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat.

- 81 Sagsøgerens argumenter om, at forordning nr. 4064/89 ud fra dens retsgrundlag og ordlyden af visse af dens betragtninger og bestemmelser ikke kan anvendes på den foreliggende fusion, kan ikke lægges til grund.
- 82 Såvel retsgrundlaget for forordning nr. 4064/89 — traktatens artikel 87 og 235 og nærmere bestemt de bestemmelser, disse har til formål at gennemføre, dvs. traktatens artikel 3, litra g), og artikel 85 og 86 — som punkt 1-5, 9 og 11 i betragtningerne til forordningen angiver kun, at det er nødvendigt at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes inden for fællesmarkedet, navnlig ved fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling. De udelukker på ingen måde, at forordningen kan finde anvendelse på fusioner, der, selv om de vedrører udvinding og/eller fremstilling uden for Fællesskabet, har som virkning, at de skaber eller styrker en dominerende stilling med den konsekvens, at den effektive konkurrence på fællesmarkedet hæmmes betydeligt.
- 83 Nærmere bestemt kan 11. betragtning, in fine, til forordning nr. 4064/89 ikke danne grundlag for sagsøgerens standpunkt.
- 84 Ifølge denne betragtning foreligger der »en fusion af fællesskabsdimension [...] når de deltagende virksomheder ikke udøver deres overvejende virksomhed inden for Fællesskabet, men udøver væsentlige aktiviteter dér«.

- 85 Idet forordningen således i almindelige vendinger henviser til begrebet væsentlige aktiviteter, giver den ikke nogen særstilling til produktionsvirksomhed i forhold til salgsaktiviteter med henblik på at afgrænse sit stedlige anvendelsesområde. Snarere tværtimod opprioriterer den salgsaktiviteter inden for fællesmarkedet som tilknytningsmoment for fusioner i forhold til Fællesskabet ved i artikel 1 at fastsætte kvantitative tærskler på grundlag af de deltagende virksomheders omsætning på verdensplan og inden for Fællesskabet. Det er imidlertid ikke bestridt, at Gencor og Lonrho gennemfører ikke ubetydelige salg inden for Fællesskabet (til en værdi af mere end 250 mio. ECU).
- 86 Relevansen af kriteriet om stedfæstelsen af produktionsaktiviteterne bekræftes heller ikke af 13. betragtning eller artikel 24 i forordning nr. 4064/89. Artikel 24 fastsætter langt fra noget kriterium for afgrænsning af forordningens stedlige anvendelsesområde, og bestemmelsen fastsætter kun regler for de procedurer, der skal følges med henblik på at afhjælpe de situationer, hvor tredjelande ikke giver Fællesskabets virksomheder en behandling, som svarer til den, Fællesskabet giver virksomheder fra disse tredjelande på fusionskontrolområdet.
- 87 Sagsøgeren kan ikke under henvisning til cellulose-dommen påberåbe sig kriteriet om en aftales gennemførelse til støtte for sin fortolkning af det stedlige anvendelsesområde for forordning nr. 4064/89. Kriteriet om en aftales gennemførelse som tilknytningsmoment for aftalen til Fællesskabets område kan langt fra forstås på den måde, sagsøgeren har anført, og kan kun tale imod denne. Ifølge cellulose-dommen er kriteriet vedrørende aftalens gennemførelse opfyldt, når der blot foretages salg inden for Fællesskabet, uafhængigt af stedfæstelsen af forsyningskilderne og produktionsapparatet. Det er imidlertid ikke bestridt, at Gencor og Lonrho før fusionen gennemførte salg inden for Fællesskabet og kunne have fortsat hermed efter fusionen.
- 88 Under disse omstændigheder har Kommissionen ikke foretaget en urigtig fortolkning af det stedlige anvendelsesområde for forordning nr. 4064/89 ved i den foreliggende sag at anvende forordningen på en påtænkt fusion, der er anmeldt af virksomheder, der har deres hjemsted og udøver deres udvindings- og produktionsvirksomhed uden for Fællesskabet.

2. Den omtvistede beslutnings forenelighed med folkeretten

- 89 På grundlag af fusionsaftalen ville det konkurrenceforhold, der tidligere bestod mellem Implats og LPD, navnlig hvad angår disses salg inden for Fællesskabet, have været ophævet. Dette ville have ændret konkurrencestrukturen inden for fællesmarkedet, idet der i stedet for tre sydafrikanske udbydere af platinmetaller alene ville være to. Gennemførelsen af den påtænkte fusion ville ikke alene have medført en sammenlægning af parternes aktiviteter med hensyn til udvinding og produktion af platinmetaller i Sydafrika, men ville også have medført en sammenlægning af deres markedsføringsaktiviteter overalt i verden og nærmere bestemt inden for Fællesskabet, hvor Implats og LPD gennemførte ikke ubetydelige salg.
- 90 Det bemærkes, at såfremt det kan forudses, at en påtænkt fusion vil have en umiddelbar og væsentlig virkning inden for Fællesskabet, er anvendelsen af forordningen berettiget i forhold til folkeretten.
- 91 I denne forbindelse fremgår det af den omtvistede beslutning, at resultatet af transaktionen ville have været, at der blev skabt en duopolistisk dominerende stilling for Amplats og Implats/LPD på platin- og rhodiummarkederne, hvilket ville have haft den konsekvens, at den effektive konkurrence ville blive hæmmet betydeligt i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.
- 92 Det må derfor undersøges, om de tre kriterier om, at virkningen skal være umiddelbar, væsentlig og forudseelig, er opfyldt i den foreliggende sag.
- 93 Hvad nærmere bestemt angår kriteriet om umiddelbar virkning, er udtrykket »på mellemlang sigt«, som anvendt i punkt 206 og 210 i den omtvistede beslutning med hensyn til skabelsen af en duopolistisk dominerende stilling, i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, på ingen måde tvetydigt. Det henviser klart til den tid, der forventes at forløbe, før de russiske lagre er tømt, hvorefter det ville være muligt at skabe en duopolistisk dominerende stilling for Amplats og Implats/LPD

på verdensmarkedet for platin og rhodium og således skabe en duopolistisk dominerende stilling inden for Fællesskabet, betragtet som en væsentlig del af verdensmarkederne.

- 94 Denne dominerende stilling afhænger ikke, således som sagsøgeren har gjort gældende, af den adfærd, der fremtidigt vil blive udvist af den virksomhed, der etableres ved fusionen, og af selskabet Amplats, men vil især være resultatet af markedets egne kendetegn og ændringen af dets struktur. Ved at henvise til duopolets medlemmers fremtidige adfærd sonder sagsøgeren ikke mellem de eventuelle misbrug af en dominerende stilling, som duopolets medlemmer vil kunne udøve i en mere eller mindre nær fremtid, hvilket er et forhold, som kun muligvis kan kontrolleres ved hjælp af traktatens artikel 85 og/eller 86, og ændringen af virksomhedernes struktur og af markedet som følge af fusionen. Det er korrekt, at misbrug ikke nødvendigvis er den umiddelbare virkning af fusionen, da den afhænger af beslutninger, som duopolets medlemmer eventuelt vil træffe i fremtiden. Skabelsen af omstændigheder, der ikke alene ville gøre det muligt, men også økonomisk fornuftigt at udvise en sådan adfærd, ville imidlertid have været en direkte og umiddelbar konsekvens af fusionen, når henses til, at denne kunne have hæmmet den effektive konkurrence på markedet betydeligt ved at ændre strukturen af de berørte markeder på lang sigt.
- 95 Fusionen ville således have haft umiddelbar virkning inden for Fællesskabet.
- 96 Hvad angår kriteriet om væsentlig virkning bemærkes, at Kommissionen — som det vil fremgå af præmis 297 nedenfor — med rette har fastslået, at fusionen kunne have skabt en varig duopolistisk dominerende stilling på verdensmarkedet for platin og rhodium.
- 97 Sagsøgeren kan ikke fastholde, at fusionen ikke kunne have haft en væsentlig virkning inden for Fællesskabet henset til salgets ringe omfang og fusionsparternes ubetydelige andel af markedet inden for EØS. Mens omfanget af salget i Vesteuropa [20% af efterspørgslen på verdensplan] og en markedsandel inden for

Fællesskabet for den enhed, der skabes ved fusionen, på [(...)% for så vidt angår platin] allerede på tilstrækkelig vis begrundede Kommissionens kompetence med hensyn til fusionen, bekræftes den potentielle virkning af fusionen i endnu højere grad af det, de tilsvarende tal udviser. Når henses til det forhold, at fusionen ville have haft som virkning, at der ville blive skabt en duopolistisk dominerende stilling på verdensmarkedet for platin og rhodium, er det åbenbart, at salget inden for Fællesskabet, der potentielt ville være påvirket af fusionen, ikke alene ville have omfattet salg gennemført af virksomheden Implats/LPD, men også Amplats' salg (ca. 35-50%), hvilket ville have udgjort en mere end væsentlig del af salget af platin og rhodium i Vesteuropa og en betydelig højere samlet markedsandel for Implats/LPD og Amplats [ca. (...)-65%].

- 98 Endelig kan sagsøgerens argument om, at skabelsen af den dominerende stilling, som Kommissionen har henvist til i den omtvistede beslutning, ikke berørte Fællesskabet mere end alle andre kompetente organer, og at den endog berørte Fællesskabet i mindre grad end andre, ikke tages til følge. Den omstændighed, at andre dele af verden i en global sammenhæng er påvirket af fusionen, kan ikke hindre Fællesskabet i at udøve sin kontrol med en fusion, der væsentligt påvirker konkurrencen inden for fællesmarkedet ved at skabe en dominerende stilling.
- 99 Der kan således ikke gives sagsøgeren medhold i de argumenter, hvormed sagsøgeren bestrider, at fusionen ville have en væsentlig virkning inden for Fællesskabet.
- 100 For så vidt angår kriteriet om forudseelig virkning, følger det af det ovenstående, at det faktisk var muligt at forudse, at skabelsen af en duopolistisk dominerende stilling på verdensmarkedet også ville have haft som virkning, at konkurrencen inden for Fællesskabet, der er en integrerende bestanddel af dette marked, ville blive hæmmet betydeligt.

- 101 Det følger heraf, at anvendelsen af forordning nr. 4064/89 med hensyn til den påtænkte fusion var i overensstemmelse med folkeretten.
- 102 Det skal herefter undersøges, om Kommissionens udøvelse af denne kompetence har krænket ikke-interventionsprincippet og proportionalitetsprincippet.
- 103 Hvad angår sagsøgerens argument om, at Fællesskabet i medfør af ikke-interventionsprincippet burde have afstået fra at forbyde fusionen med henblik på at undgå en kompetencekonflikt med de sydafrikanske myndigheder, må dette afvises, uden at der er anledning til at undersøge, om der i folkeretten eksisterer en sådan regel. Det er tilstrækkeligt at konstatere, at der ikke forelå nogen konflikt mellem den adfærd, som den sydafrikanske regering foreskrev, og den adfærd, som Fællesskabet foreskrev, eftersom de sydafrikanske myndigheder, der er kompetente på konkurrenceområdet, i deres skrivelse af 22. august 1995 alene konkluderede, at fusionsaftalen ikke gav anledning til problemer med hensyn til den sydafrikanske konkurrencepolitik, uden at de dermed krævede, at sådanne aftaler skulle indgås (jf. i denne retning cellulose-dommen, præmis 20).
- 104 I sin skrivelse af 19. april 1996 har den sydafrikanske regering, uden på nogen måde at rejse tvivl om Kommissionens kompetence til at træffe afgørelse om den pågældende fusion, under hensyn til den strategiske betydning af minedrift i Sydafrika for det første kun udtrykt en generel præference for at foretage indgreb ad hoc i konkrete tilfælde af ulovligt samarbejde, uden at den har angivet nærmere oplysninger om industrielle eller andre fordele ved den påtænkte fusion mellem Gencor og Lonrho. Den har endvidere kun tilkendegivet sit standpunkt om, at den påtænkte fusion ikke kunne hæmme konkurrencen, under hensyn til Amplats' økonomiske styrke, eksistensen af andre forsyningskilder for platinmetaller og muligheden for, at andre producenter kunne få adgang til det sydafrikanske marked gennem bevilling af nye udvindingskoncessioner.

- 105 Endelig har hverken sagsøgeren eller den sydafrikanske regering i dens skrivelse af 19. april 1996 påvist — ud over i nogle principielle udtalelser — hvorledes den påtænkte fusion ville påvirke Den Sydafrikanske Republiks vitale økonomiske interesser og/eller handel.
- 106 Hvad angår argumentet om, at Fællesskabet ikke kan anse sig for kompetent med hensyn til en fusion på grundlag af en fremtidig og hypotetisk handlemåde, nemlig en parallel adfærd udvist af virksomhederne på det pågældende marked, der kun muligvis henhører under Fællesskabets kompetence i medfør af traktaten, bemærkes, som dette er fremhævet nedenfor i forbindelse med undersøgelsen af fusionens umiddelbare virkning, at selv om udelukkelse af risikoen for fremtidig adfærd, der er udtryk for misbrug, kan udgøre et legitimt hensyn for alle kompetente konkurrencemyndigheder på området, er hovedformålet med fusionskontrol på fællesskabsplan at sikre, at fænomener forbundet med omstrukturering af virksomheder ikke danner grundlag for skabelsen af økonomiske magtpositioner, der kan hæmme den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet betydeligt. Fællesskabets kompetence er således i første række baseret på behovet for at undgå, at der etableres markedsstrukturer, der kan skabe eller styrke en dominerende stilling, og ikke på nødvendigheden af direkte at kontrollere eventuelle misbrug af en dominerende stilling.
- 107 Som følge heraf er det ikke nødvendigt at undersøge spørgsmålene om, hvorvidt skrivelsen af 22. august 1995 fra South African Competition Board udgjorde en endelig afgørelse vedrørende fusionen, hvorvidt den sydafrikanske regering var en myndighed, der var ansvarlig i konkurrencespørgsmål, og endelig spørgsmålet om rækkevidden af den sydafrikanske konkurrenceret. Det er således ikke fornødent at træffe afgørelse med hensyn til begæringen om foranstaltninger vedrørende sagens tilrettelæggelse eller bevisoptagelse som fremsat af sagsøgeren i dennes skrivelse af 3. december 1996.
- 108 Under disse omstændigheder er Kommissionens beslutning hverken i strid med forordning nr. 4064/89 eller med de af sagsøgeren påberåbte regler i folkeretten.

- 109 Af samme grunde kan sagsøgeren ikke gives medhold i sin indsigelse i henhold til traktatens artikel 184 om, at forordning nr. 4064/89 er ulovlig, for så vidt som den tillægger Kommissionen kompetence med hensyn til fusionen mellem Gencor og Lonrho.
- 110 For så vidt angår begrundelsen i den omtvistede beslutning for, at Fællesskabet havde kompetence til at anvende forordningen på fusionen, må det konstateres, at bemærkningerne i punkt 4, 13-18, 204, 205, 206, 210 og 213 i den omtvistede beslutning er i overensstemmelse med den forpligtelse, som er pålagt Kommissionen ved traktatens artikel 190, til at begrunde sine beslutninger på en måde, der gør det muligt for Fællesskabets retsinstanser at udøve deres domstolskontrol, som giver parterne mulighed for at varetage deres interesser, og som gør det muligt for alle interesserede parter at få kendskab til de betingelser, hvorunder Kommissionen har anvendt traktaten og dennes gennemførelsesbestemmelser.
- 111 Der kan således ikke gives medhold i de to gennemgåede anbringender til støtte for annullationspåstanden, og det er uforholdent at træffe afgørelse med hensyn til begæringen om foranstaltninger vedrørende sagens tilrettelæggelse eller bevisoptagelse, som fremsat af sagsøgeren i dennes skrivelse af 3. december 1996.

II — Anbringenderne vedrørende dels en tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, for så vidt som Kommissionen ikke har kompetence til at hindre fusioner, der skaber eller styrker en kollektiv dominerende stilling, dels en tilsidesættelse af traktatens artikel 190

Sagsøgerens argumenter

- 112 Sagsøgeren har gjort gældende, at forordning nr. 4064/89 ikke gør det muligt at forbyde skabelsen eller styrkelsen af en kollektiv dominerende stilling.

- 113 En gennemgang af ordlyden af forordning nr. 4064/89 viser, at kollektiv dominans ikke er omfattet af forordningens anvendelsesområde. Til forskel fra traktatens artikel 86 omtaler forordningens artikel 2, stk. 3, intetsteds kollektive dominerende stillinger. Kommissionen har derfor ikke kompetence til at forbyde en fusion med denne begrundelse.
- 114 Endvidere er det underforstået i 15. betragtning til forordning nr. 4064/89, hvorefter der foreligger tegn på forenelighed, bl.a. når de *deltagende virksomheders* markedsandel ikke overstiger 25%, at forordningen afviser muligheden for at hindre en fusion med den begrundelse, at den skaber en kollektiv dominerende stilling. På markeder, hvor der består et oligopol, kan der opstå den situation, at en fusion mellem to af virksomhederne ikke medfører, at der opstår en fusioneret enhed, som har en markedsandel, der overstiger 25%. Imidlertid kan de deltagere i den påståede kollektive dominerende stilling, der ikke er parter i fusionen, ikke anses for »deltagende virksomheder« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordning nr. 4064/89.
- 115 Under henvisning til forordningens forarbejder har sagsøgeren anført, at spørgsmålet om den kollektive dominerende stilling blev drøftet i forbindelse med udstedelsen af forordning nr. 4064/89. Den omstændighed, at denne forordning ikke dækker oligopoler, skyldes således ikke en forglemmelse, men er en bevidst udeladelse, idet de medlemsstater, der var forsamlet i Rådet, ikke var nået til enighed om dette spørgsmål. Set i denne sammenhæng ville det være upassende og unødvendigt at fortolke forordning nr. 4064/89 på en måde, der ikke er forenelig med resultatet af de intense forhandlinger, der blev ført i Rådet i forbindelse med forordningens vedtagelse.
- 116 I Det Forenede Kongerige, Tyskland og Frankrig omfatter reglerne vedrørende fusionskontrol specifikt kollektiv dominans, hvilket på ingen måde er tilfældet for forordning nr. 4064/89. Disse regelsæt fastsætter endvidere en speciel procedure, der omfatter alle de selskaber, der påstås at deltage i oligopolet.

- 117 Såfremt artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 skulle fortolkes således, at forordningen omfattede kollektive dominerende stillinger, ville det skabe to særlige retlige problemer, idet to af traktatens grundlæggende principper ville blive tilsidesat, nemlig retssikkerhedsprincippet og princippet om tredjemænds processuelle rettigheder.
- 118 En sådan fortolkning ville være uforenelig med retssikkerhedsprincippet, særlig når henses til de sanktioner, som virksomhederne kan pålægges i forbindelse med forordning nr. 4064/89.
- 119 For så vidt angår tredjemænds processuelle rettigheder har sagsøgeren gjort gældende, at selv om Kommissionen i praksis i forbindelse med proceduren konsulterer tredjemænd, der driver virksomhed på det pågældende marked, og giver dem mulighed for at fremsætte deres bemærkninger og at deltage i høringen, har disse tredjemænd ikke de samme rettigheder, ligesom de ikke modtager den samme behandling som de virksomheder, der er genstand for fusionen, hvilket viser, at forordning nr. 4064/89 ikke kan omfatte de situationer, hvor der foreligger en kollektiv dominerende stilling.
- 120 Det er vigtigt, at forordning nr. 4064/89 anvendes helt i henhold til sin ordlyd, når fusionen kun vedrører aktiviteter, der udøves på et tredjelands område, navnlig når dette lands regering, som i det foreliggende tilfælde den sydafrikanske, lægger vægt på, at det er nødvendigt at kontrollere ulovligt samarbejde, når det foreligger, i stedet for at foregribe det.
- 121 Sagsøgeren har bemærket, at Kommissionen i sin beslutning 92/553/EØF af 22. juli 1992 om en procedure i henhold til forordning nr. 4064/89 (sag nr. IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (EFT L 356, s. 1, herefter »Nestlé/Perrier-beslutningen«) fortolkede artikel 2 i forordning nr. 4064/89 således, at manglende fusionskontrol, der gav mulighed for skabelse og/eller styrkelse af en kollektiv dominerende stilling, kunne medføre, at det grundlæggende mål, der er fastsat i traktatens artikel 3, litra g), dvs. en ikke fordrejet konkurrence på det indre marked, bragtes i fare. Ifølge sagsøgeren har Kommissionen i sin *Sekstende Beretning om Konkurrencepolitikken* erkendt, at der ikke bestod en sådan risiko. I denne beretning har Kommissionen anført, at den i medfør af traktatens

artikel 86 kan kontrollere adfærd, der kan karakteriseres som misbrug, udvist af virksomheder i en kollektiv dominerende stilling. Under alle omstændigheder er Kommissionens beføjelser i det foreliggende tilfælde fastlagt ved forordning nr. 4064/89 og ikke ved et generelt politisk mål, der tilsigter at hindre potentielt konkurrencebegrænsende adfærd. Kommissionen er således kun kompetent, når fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling og således hæmmer den effektive konkurrence, og ikke, når fusionen blot kan hæmme den effektive konkurrence.

- 122 Endelig vil en anvendelse af forordningen på en fusion, der skaber en kollektiv dominerende stilling, uden nogen begrundelse med hensyn til det retsgrundlag, der berettiger en sådan anvendelse, udgøre en tilsidesættelse af traktatens artikel 190.

Rettens bemærkninger

- 123 I artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 bestemmes:

»Fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.«

- 124 Der opstår derfor det spørgsmål, om udtrykket »der skaber eller styrker en dominerende stilling« kun omfatter skabelsen eller styrkelsen af en individuel dominerende stilling, eller om det ligeledes omfatter skabelsen eller styrkelsen af en kollektiv dominerende stilling, dvs. en stilling, der indtages af to eller flere virksomheder.

- 125 Det kan ikke udledes af ordlyden af forordningens artikel 2, at forordningen kun omfatter fusioner, der skaber eller styrker en individuel dominerende stilling, dvs. en dominerende stilling, der indtages af fusionsparterne. Det forhold, at forordningens artikel 2 omfatter »fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling«, er ikke i sig selv til hinder for, at forordningen kan bringes i anvendelse i situationer, hvor fusioner skaber eller styrker en kollektiv dominerende stilling, dvs. en dominerende stilling, der indtages af deltagerne i fusionen sammen med en eller flere virksomheder, der står uden for fusionen (dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 166).
- 126 Sagsøgeren kan ikke med føje gøre gældende, at fordi andre nationale regelsæt på tidspunktet for vedtagelsen af forordning nr. 4064/89 indeholdt bestemmelser, der specifikt omfattede kontrol af fusioner, der skabte eller styrkede en kollektiv dominerende stilling, indebærer Rådets beslutning om ikke at fastsætte sådanne bestemmelser i forordning nr. 4064/89 nødvendigvis, at forordningen ikke omfatter situationer, hvor der foreligger en kollektiv dominerende stilling. Valget af en neutral formulering som den, der fremgår af forordningens artikel 2, stk. 3, udelukker ikke på forhånd, at skabelsen eller styrkelsen af en kollektiv dominerende stilling falder ind under dens anvendelsesområde.
- 127 Endelig skal det bemærkes, at uafhængigt af, hvor detaljerede de end er, kan de nationale lovgivninger, som forud for ikrafttrædelsen af forordning nr. 4064/89 fandt anvendelse på skabelsen eller styrkelsen af en kollektiv dominerende stilling, ikke længere anvendes på denne type fusion, jf. forordningens artikel 21, stk. 1. Hvis man fulgte sagsøgerens standpunkt, ville det således være nødvendigt at acceptere, at alle de medlemsstater, som anvendte deres kontrolsystemer på fusioner, der skabte eller styrkede en kollektiv dominerende stilling, hvilket vil sige bl.a. Den Franske Republik, Forbundsrepublikken Tyskland og Det Forenede Kongerige, havde afstået fra denne type kontrol for så vidt angår fusioner af fællesskabsdimension. Da der ikke foreligger klare holdepunkter herfor, kan det ikke antages, at dette var medlemsstaternes ønske.

- 128 Hvad angår sagsøgerens argumenter vedrørende forarbejderne, finder Retten, at der ved fortolkningen af en retsakt bør lægges mindre vægt på medlemsstaters holdninger under udarbejdelsen end på ordlyden af og formålene med den pågældende retsakt.
- 129 Forarbejderne til forordningen kan ikke i sig selv anses for klart at give udtryk for, hvilken rækkevidde ophavsmændene til forordning nr. 4064/89 har villet tillægge udtrykket »dominerende stilling«. Forarbejderne kan således ikke give relevante oplysninger med henblik på fortolkningen af det omtvistede begreb (dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 167, og den deri citerede dom).
- 130 Under alle omstændigheder kan det forhold, at visse medlemsstater, herunder nærmere bestemt Den Franske Republik, efter vedtagelsen af forordningen bestred, at forordningen kunne finde anvendelse på kollektive dominerende stillinger, ikke medføre, at forordningen ikke omfatter denne type tilfælde. Idet medlemsstaterne ikke er bundet af de standpunkter, de kunne acceptere under forhandlingerne i Rådet, kan man ikke udelukke, at en af medlemsstaterne ændrer opfattelse efter vedtagelsen af en retsakt eller simpelt hen beslutter at lade spørgsmålet om retsaktens gyldighed prøve ved Fællesskabets retsinstanser.
- 131 Forordning nr. 4064/89, og især dens artikel 2, må herefter fortolkes på grundlag af dens generelle opbygning.
- 132 Sagsøgerens argument om, at forordningens systematik udelukker, at den kan finde anvendelse på situationer, hvor der foreligger en kollektiv dominerende stilling, må herefter undersøges. Sagsøgeren har i denne forbindelse gjort gældende, at henvisningen til tærsklen på 25% i 15. betragtning til forordning nr. 4064/89 synes at udelukke en anvendelse af forordningen på kollektive dominerende stillinger.

133 15. betragtning har følgende ordlyd:

»Fusioner, der på grund af de deltagende virksomheders begrænsede markedsandele ikke er tilbøjelige til at hindre den effektive konkurrence, kan anses for at være forenelige med det fælles marked; med forbehold af traktatens artikel 85 og 86 kan der især foreligge et tegn herpå, når de berørte virksomheders markedsandel ikke overstiger 25%, hverken inden for det fælles marked eller inden for en væsentlig del heraf.«

134 Som Kommissionen med rette har fremhævet, kan angivelsen af en tærskel for markedsandelen på 25% ikke danne grundlag for en indskrænkende fortolkning af forordningen. Idet det er relativt sjældent, at der på oligopolistiske markeder er én af de virksomheder, der indtager en fælles dominerende stilling, der har en andel på mindre end 25%, kan denne angivelse ikke udelukke tilfælde, hvor der foreligger fælles dominans, fra at være omfattet af forordningens anvendelsesområde. Det er mere almindeligt at finde oligopolistiske markeder, hvor virksomhederne med en dominerende stilling har en markedsandel på mere end 25%. De markedsstrukturer, der er mest gunstige for oligopolistisk adfærd, er dem, der især karakteriseres ved, at der findes to, tre eller fire leverandører, der hver især har næsten den samme markedsandel, f.eks. to leverandører, der hver har 40% af markedet, tre leverandører, der hver har mellem 25 og 30% af markedet, eller fire leverandører, der hver har ca. 25% af markedet. Imidlertid er alle disse konfigurationer forenelige med den tærskel på 25%, der er fastsat i 15. betragtning til forordningen.

135 Endvidere er denne tærskel alene angivet vejledende, som det i øvrigt præciseres i 15. betragtning selv, og den er ikke gentaget noget sted i forordningens dispositive del (dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 176).

136 En fortolkning af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 ud fra dens 15. betragtning kan således ikke begrunde sagsøgerens opfattelse om, at forordningen ikke kan finde anvendelse på kollektive dominerende stillinger.

- 137 Sagsøgerens argument vedrørende retssikkerhedsprincippet og retten til kontradiktion skal herefter undersøges.
- 138 Ifølge sagsøgeren er det navnlig under hensyn til de sanktioner, som virksomhederne kan pålægges i forbindelse med forordning nr. 4064/89, uforeneligt med retssikkerhedsprincippet at udstrække en almindelig fortolkning af artikel 2, stk. 3, således, at dens rækkevidde udvides til at omfatte situationer med kollektiv dominans.
- 139 Det spørgsmål, der opstår i forbindelse med det undersøgte anbringende, er imidlertid netop, hvorvidt en korrekt fortolkning af forordningen er den, som Kommissionen har forfægtet. Hvis dette er tilfældet, er beslutningen lovlig under denne synsvinkel, og der vil i givet fald ikke foreligge nogen overtrædelse af retssikkerhedsprincippet. Hvis den rette fortolkning derimod er den, der er anført af sagsøgeren, er beslutningen behæftet med en kompetencemangel, hvorefter det ikke er nødvendigt at træffe afgørelse med hensyn til spørgsmålet om en eventuel tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet.
- 140 Sagsøgerens argument er således uden betydning for sagens afgørelse.
- 141 Hvad angår retten til kontradiktion bemærkes, at artikel 18 i forordning nr. 4064/89 bestemmer følgende:

»1. Forinden der træffes beslutning i henhold til artikel 7, stk. 2 og 4, artikel 8, stk. 2, andet afsnit, og stk. 3, 4 og 5, samt i henhold til artikel 14 og 15, skal Kommissionen give de deltagende personer, virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder lejlighed til på alle stadier af proceduren indtil høringen af det rådgivende udvalg, at udtale sig om de punkter, der fremføres imod dem.

[...]

3. Kommissionen bygger alene sine beslutninger på punkter, med hensyn til hvilke de deltagende parter har haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger. Parternes ret til forsvar skal i fuldt omfang tilgodeses under hele proceduren. Aktindsigt har i det mindste de direkte berørte parter, dog under hensyntagen til virksomhedernes legitime interesse i beskyttelse af deres forretningshemmeligheder.

4. I den udstrækning Kommissionen eller de kompetente myndigheder i medlemsstaterne anser det for påkrævet, kan der endvidere indhentes udtalelser fra andre fysiske eller juridiske personer. Hvis fysiske eller juridiske personer, der godtgør, at de har en berettiget interesse deri, og særlig de deltagende virksomheders administrative organer eller ledelsesorganer eller anerkendte repræsentanter for disse virksomheders arbejdstagere, anmoder om at måtte afgive udtalelser, skal deres anmodning efterkommes.«

- 142 I modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, udelukker disse bestemmelser ikke på forhånd, at de medlemmer af et oligopol, som ikke er parter i fusionen, kan nyde godt af de samme rettigheder til at blive hørt som de i fusionen deltagende virksomheder.
- 143 For så vidt angår beskyttelsen af en given virksomheds ret til kontradiktion, afhænger denne ifølge systematikken i artikel 18 kun af, at virksomheden kan betegnes som deltagende virksomhed, som direkte berørt part eller som tredjemand med en berettiget interesse, hvilket spørgsmål atter afhænger af, om den beslutning, Kommissionen agter at vedtage, kan være bebyrdende for vedkommende. Det følger heraf, at hvis medlemmer af et oligopol, som står uden for fusionen, kunne anses for parter, der direkte var berørt af Kommissionens beslutning, ville de have de samme processuelle rettigheder som de virksomheder, der deltog i fusionen.

- 144 Hvis Kommissionens beslutning derimod ikke var bebyrdende for de virksomheder, der stod uden for fusionen, ville disse have ret til at blive hørt, hvis de kunne godtgøre at have en berettiget interesse i henhold til artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89, hvilket ville være i overensstemmelse med Domstolens og Rettens praksis med hensyn til tredjemænds processuelle rettigheder.
- 145 Selv om det antages, at Kommissionens konstatering af, at den påtænkte fusion skaber eller styrker en kollektiv dominerende stilling mellem de berørte virksomheder og en udenforstående virksomhed, i sig selv kan være bebyrdende for sidstnævnte virksomhed, må det fremhæves, at under enhver procedure, som kan munde ud i en retsakt, der er bebyrdende for en nærmere angiven person, er retten til kontradiktion et grundlæggende fællesskabsretligt princip, som skal overholdes, selv om der ikke er fastsat nogen bestemmelser vedrørende den pågældende procedure (jf. i denne retning Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, af 24.10.1996, sag C-32/95 P, Kommissionen mod Lisrestal m.fl., Sml. I, s. 5373, præmis 21, og dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 174).
- 146 Henset til dette princip kan den omstændighed, at fællesskabslovgiver ikke i forordningen udtrykkeligt har fastsat en procedure, som sikrer retten til kontradiktion for udenforstående virksomheder, som sammen med de virksomheder, der deltager i fusionen, antages at indtage en kollektiv dominerende stilling, ikke betragtes som et afgørende bevis for, at forordningen ikke omfatter situationer, hvor der er tale om en kollektiv dominerende stilling (dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 175).
- 147 Det følger heraf, at argumentet vedrørende tredjemænds processuelle rettigheder ikke kan tages til følge.
- 148 Da der herefter ikke på grundlag af en fortolkning af ordlyden af, forhistorien til eller systematikken i forordningen, særlig dennes artikel 2, kan tages stilling til den nøjagtige rækkevidde heraf med hensyn til spørgsmålet om, hvilken form for dominerende stilling der sigtes til, må bestemmelserne fortolkes på grundlag af

deres formål (jf. i denne retning Domstolens domme af 7.2.1979, sag 11/76, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. s. 245, præmis 6, af 5.12.1996, forenede sager C-267/95 og C-268/95, Merck og Beecham, Sml. I, s. 6285, præmis 19-25, og dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 168).

- 149 Som det fremgår af de fem første betragtninger, fastsætter forordningen med henblik på virkeliggørelsen af traktatens mål, herunder navnlig dens artikel 3, litra f), nu artikel 3, litra g), efter ikrafttrædelsen af traktaten om Den Europæiske Union, som mål at sikre, at processen med omstrukturering af virksomheder, der bl.a. følger af gennemførelsen af det indre marked, ikke varigt skader konkurrencen. Således fremhæves det i femte betragtning, in fine, til forordning nr. 4064/89, at »fællesskabsretten [...] følgelig [bør] indeholde bestemmelser vedrørende fusioner, der vil kunne hindre den effektive konkurrence på det fælles marked eller en væsentlig del heraf betydeligt« (jf. i denne retning dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 169).
- 150 Endvidere fremgår det af sjette, syvende, tiende og ellefte betragtning til samme forordning, at denne til forskel fra traktatens artikel 85 og 86 kan finde anvendelse på alle fusioner af fællesskabsdimension, for så vidt som de på baggrund af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet vil kunne vise sig at være uforenelige med den ordening uden konkurrencefordrejning, som traktaten tilsigter (dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 170).
- 151 En fusion, der skaber eller styrker en dominerende stilling for de berørte parter og en virksomhed, der står uden for fusionen, kan vise sig at være uforenelig med den ordening uden konkurrencefordrejning, som traktaten tilsigter. Såfremt det antoges, at kun fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling for deltagerne i fusionen, er omfattet af forordningen, ville det formål, der forfølges med den, således som det fremgår af ovennævnte betragtninger, delvis blive undergravet. Forordningen ville i så fald miste en ikke ubetydelig del af sin effektive virkning, uden at dette er en nødvendig følge af den almindelige opbygning af den fællesskabsretlige ordening om kontrol med fusioner (dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 171).

- 152 For så vidt angår argumenterne om dels, hvorvidt forordningen kan finde anvendelse på fusioner mellem virksomheder, der ikke udøver deres overvejende virksomhed inden for Fællesskabet, dels, hvorvidt Kommissionen eventuelt kan kontrollere konkurrencebegrænsende adfærd for medlemmer af et oligopol i henhold til traktatens artikel 86 kan disse ikke rejse tvivl om, at forordningen kan anvendes i situationer med kollektiv dominans, der følger af en fusion.
- 153 Hvad angår det første af disse argumenter bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt forordningen kan finde anvendelse på kollektive dominerende stillinger, ikke afhænger af forordningens stedlige anvendelsesområde.
- 154 For så vidt angår muligheden for at anvende traktatens artikel 86, kan denne ikke begrunde, at forordningen ikke kan antages at finde anvendelse på en kollektiv dominerende stilling, idet den samme argumentation ville gælde for så vidt angår situationer, hvor en enkelt virksomhed havde en dominerende stilling. Dette ville medføre, at forordningen var overflødig.
- 155 Da traktatens artikel 86 endvidere kun hjemler kontrol med styrkelsen af en dominerende stilling og ikke af skabelsen af sådanne (jf. dommen i sagen Europemballage og Continental Can, a.st., præmis 26), ville en manglende mulighed for at anvende forordningen på fusioner skabe en lakune i Fællesskabets system vedrørende fusionskontrol, hvilket ville kunne skade fællesmarkedets rette funktion.
- 156 Det fremgår af det ovenstående, at tilfælde, hvor der er tale om kollektive dominerende stillinger, ikke falder uden for anvendelsesområdet for forordning nr. 4064/89, hvilket Domstolen efter retsmødet den 18. februar 1998 i øvrigt selv har fastslået i dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st. (præmis 178).

- 157 Kommissionen var således ikke forpligtet til i beslutningens tekst at indføre en begrundelse for, at forordningen kunne finde anvendelse på kollektive dominerende stillinger, så meget desto mere som den allerede havde givet udtryk for sin holdning om dette spørgsmål både i de årlige beretninger om konkurrencepolitikken og i andre sager om fusioner, bl.a. i Nestlé/Perrier-beslutningen. Der kan således ikke gives sagsøgeren medhold i klagepunktet vedrørende tilsidesættelsen af begrundelsespligten i henhold til traktatens artikel 190.
- 158 Det følger heraf, at de undersøgte anbringender ikke kan tages til følge.

III — Anbringenderne om dels en tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, for så vidt som Kommissionen fejlagtigt har konstateret, at fusionen ville skabe en kollektiv dominerende stilling, dels en tilsidesættelse af traktatens artikel 190

A — Den omtvistede beslutning

- 159 I forbindelse med sin konklusion om, at der ville blive skabt en kollektiv dominerende stilling for Implants/LPD og Amplats, som ville kunne hæmme konkurrencen betydeligt inden for fællesmarkedet (punkt 219 i den omtvistede beslutning), konstaterede Kommissionen bl.a. følgende (punkt 74-214):

— Uanset den omstændighed, at platinmetaller (platin, palladium, rhodium, iridium, ruthenium og osmium) forekommer naturligt i samme malmlægeme, kan de ikke substitueres med hinanden i tilstrækkeligt omfang til at kunne anses for kun at udgøre et enkelt produktmarked, hvorfor hvert platinmetal isoleret set udgør et produktmarked.

- Platinmetaller er varer af en høj værdi, der sælges i hele verden på de samme betingelser, og der findes således et integreret verdensmarked for hvert platinmetal.

- Markedet for platin og rhodium er karakteriseret ved produktets homogenitet, markedets høje grad af transparens, efterspørgslens uelasticitet ved det nuværende prisniveau, en moderat stigning i efterspørgslen, fuldt udviklet produktionsteknologi, høje hindringer for adgang til markedet, en stærk grad af virksomhedsfusioner, finansielle forbindelser og kontakter mellem udbydere på mange markeder, købernes manglende forhandlingsposition, samt ved det forhold, at konkurrencen har været ubetydelig, og at der hidtil kun er optrådt få konkurrenceelementer.

- Som følge af fusionen ville Implats/LPD og Amplats have haft en andel af verdensmarkedet på ca. 35% hver på platinmarkedet (en samlet markedsandel ca. 70%), som efter den forventede tømning af de russiske lagre i løbet af to år ville forhøjes til 40% hver (en samlet markedsandel på ca. 80%) og en samlet del af de skønnede globale platinmetalreserver på 89% med 50% til hver.

- Som følge af fusionen ville Implats/LPD og Amplats få lignende omkostningsstrukturer.

- Fusionen ville definitivt fjerne den konkurrencemæssige trussel, som LPD udøvede på markedet.

- Som følge af fusionen ville Rusland kun komme til at spille en mindre rolle på markedet.

- De marginale forsyningskilder, dvs. udbydere uden for oligopolet, genbrugsvirksomhederne, indehaverne af lagre uden for Rusland og substitution af palladium med platin, ville ikke engang kunne opvejes af den økonomiske vægt, som duopolet bestående af Implats/LPD og Amplats ville få.

- Det er meget lidt sandsynligt, at der er andre virksomheder, der vil søge ind på markederne for platin og rhodium.

B — *Generelle bemærkninger*

- ¹⁶⁰ Sagsøgeren har gjort gældende, at de bevisligheder og den begrundelse, der er indeholdt i den omtvistede beslutning, ikke er tilstrækkelige til, at det i den foreliggende sag med rette kan konstateres, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling, ligesom der ikke er tale om en begrundelse, der er tilstrækkelig, henset til retspraksis vedrørende traktatens artikel 190.
- ¹⁶¹ Selskabet har gjort gældende, at hvis Kommissionen på korrekt vis havde anvendt de kriterier, den har anvendt i tidligere beslutninger, på platins og rhodiums objektive kendetegn, var den ikke kommet til den konklusion, at fusionen ville skabe en kollektiv dominerende stilling.
- ¹⁶² Det bemærkes, at ifølge ordlyden af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 skal fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, erklæres uforenelige med fællesmarkedet.

- 163 I forbindelse med sin vurdering af, hvorvidt der er tale om en kollektiv dominerende stilling, skal Kommissionen således på grundlag af en analyse af den forventede situation på referencemarkedet vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen, og en eller flere udenforstående virksomheder, som, bl.a. på grund af bestående indbyrdes relationer, tilsammen kan følge samme markedsstrategi og i vidt omfang handle uafhængigt af de øvrige konkurrenter, af deres kunder og, i sidste instans, af forbrugerne (dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 221).
- 164 I denne forbindelse tillægger de materielle bestemmelser i forordningen, navnlig dens artikel 2, Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger (samme dom, præmis 223).
- 165 Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol med udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner (samme dom, præmis 224).
- 166 Sagsøgerens forskellige argumenter skal undersøges i lyset af disse betragtninger.

C — Gencor's og Lonrho's påståede fælles kontrol over LPD forud for fusionen

Parternes argumenter

- 167 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen synes at have undladt i tilstrækkeligt omfang at tage hensyn til alle de bevisligheder, som er forelagt den med hensyn til den situation, der forelå før fusionen, hvor sagsøgeren udøvede en fælles kontrol over LPD sammen med Lonrho. De faktorer, der ledte Kommissionen til at konkludere, at den påtænkte fusion ville være uforenelig med fællesmarkedet, eksisterede allerede forud for transaktionen. Det er derfor vanskeligt at forstå, hvorledes fusionen ville ændre konkurrenceniveauet på fællesmarkedet eller en væsentlig del af dette.
- 168 Kommissionen har anført, at i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, var LPD ikke forud for fusionen underlagt en fælles kontrol udøvet af Gencor og Lonrho. Ifølge Kommissionen har sagsøgeren anført det direkte modsatte af, hvad selskabet gjorde gældende i parternes svar på meddelelsen af klagepunkter, nemlig at Implats og LPD var to fuldkomment adskilte enheder, og at Implats kun var involveret i LPD som minoritetsaktionær.

Retten's bemærkninger

- 169 Det bemærkes, at Kommissionen i punkt 114-121 og 186-191 i den omtvistede beslutning har foretaget en detaljeret gennemgang af de strukturelle forbindelser, der bestod mellem Implats og LPD forud for fusionen, samt af fusionens indflydelse på konkurrencestrukturen på platinmarkedet. Ifølge den omtvistede beslutning hindrede disse forbindelser ikke LPD i at forblive en uafhængig

konkurrent i forhold til Implats, hvilken uafhængighed ville bortfalde efter fusionen.

- 170 Det må derfor undersøges, om fusionen mærkbart ville kunne ændre den grad af indflydelse, som sagsøgeren kunne udøve på LPD og dermed på betingelserne og konkurrencestrukturen på markederne for platin og rhodium, eller om Kommissionen, såfremt fusionen ikke ville have tilført noget af betydning til den tidligere bestående markedsstruktur, burde have godkendt denne.
- 171 I denne forbindelse bemærkes, at ifølge artikel 8.2 i aktionæraftalen af 1990 var den ordinære ledelse og kontrol af Eastplats' og Westplats', dvs. LPD's, forretninger og arbejdsgang underlagt Lonrho's enekontrol gennem datterselskabet LMS.
- 172 Den nævnte artikel bestemmer:

»Den ordinære og daglige ledelse og kontrol af hvert selskabs forretninger og aftaler overlades til LMS [Lonrho Management Services] i henhold til administrationsaftaler, og parterne skal foranledige, at selskaberne på dagen for underskrivelse har indgået administrationsaftaler med LMS, i henhold til hvilke ledelsen af selskabernes forretninger udføres af LMS. LSA [Lonrho South Africa] skal foranledige, at LMS regelmæssigt og fuldstændigt giver bestyrelsen for hvert af selskaberne meddelelse om væsentlige forretningsforhold for hvert af selskaberne, bl.a. ved aflæggelse af månedligt driftsregnskab.«

173 Ifølge artikel 8.5 i aktionæraftalen er markedsføring og salget af LPD's produktion ligeledes undergivet Lonrho's enekontrol gennem selskabet Western Metal Sales (punkt 117 i den omtvistede beslutning).

174 Denne artikel bestemmer:

»WPL's [Westplats'] og EPL's [Eastplats'] produktion, herunder produktionen fra den mine, WPL har erhvervet i henhold til hovedaftalen, skal markedsføres og sælges gennem WMS [Western Metal Sales] [...]«

175 Ifølge artikel 6.3 i aktionæraftalen gælder det endvidere, at »så længe Lonrho-koncernen i alt ejer 50% eller mere af selskabskapitalen i hvert af selskaberne, er den til enhver tid værende bestyrelsesformand og administrerende direktør for hvert af selskaberne og dirigent på bestyrelsesmøderne en direktør, der udnævnes af LSA«. Det er i denne forbindelse ikke bestridt, at LMS ved at varetage ledelsesopgaver for LPD havde en stærk position og særdeles gode muligheder for at kende og udføre LPD's forretninger og for at øve stor indflydelse på resultatet af LPD's beslutninger (punkt 118 i den omtvistede beslutning).

176 Gencor-koncernens manglende indflydelse på LPD's konkurrencemæssige strategier bekræftes endvidere af fusionsparternes egne erklæringer i deres svar på meddelelsen af klagepunkter (jf. bilag 5 i Gencor's og Lonrho's svar på meddelelsen af klagepunkter, afsnit 6, 7 og 8: Gencor's og Lonrho's kontrol over LPD, fjerde afsnit), idet de har anført, at »Implats og LPD var og er fuldstændigt adskilte enheder med hver sin daglige ledelse, der ikke refererer til hinanden«, og at »Implats' interesse var og er [...] en aktiepost på 27% i LPD« (punkt 118 i den omtvistede beslutning). Den manglende indflydelse bekræftes endvidere af artikel 17 i aktionæraftalen, hvori det bestemmes: »Aktionærernes (Gencor- og Lonrho-koncernernes) indbyrdes forhold er reguleret ved denne

aftale, og intet forhold i denne kan anses at udgøre et partnerskab, et joint venture eller lignende [...]«.

- 177 Endelig er det hverken bestridt, at LPD og Implats ved at bibeholde deres respektive markedsføringsafdelinger konkurrerede med hinanden før fusionen, at de havde visse kunder til fælles, som de leverede til på forskellige vilkår, f.eks. ved at tilbyde forskellige rabatter (punkt 117 i den omtvistede beslutning), eller at LPD sammen med Rusland har været hovedelementet af konkurrence på markedet de sidste ti år (punkt 174-177 i den omtvistede beslutning).
- 178 Det følger heraf, at Lonrho var i stand til selvstændigt og uden Gencor's samtykke at kontrollere et meget vigtigt aspekt af LPD's konkurrencemæssige strategi, nemlig markedsføringspolitikken.
- 179 Imidlertid ville dette aspekt af LPD's handelspolitik efter fusionen ikke længere udelukkende være kontrolleret af Lonrho, men derimod underlagt Lonrho's og Gencor's fælles kontrol. Fusionen ville have medført, at den nye enhed ville absorbere aktiviteterne i Western Metal Sales og LMS, og at alle aspekter af udvinding, forarbejdning, raffinering og markedsføring ville blive lagt i hænderne på én enkelt ledelse i Implats/LPD (punkt 120 og 186 i den omtvistede beslutning).
- 180 Under disse omstændigheder ville fusionen, i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, mærkbart have ændret LPD's konkurrencemæssige muligheder med hensyn til markedsføringen af platinmetaller.

181 For så vidt angår produktionspolitikken bemærkes, at ifølge de følgende artikler i aktionæraftalen skulle både beslutninger vedrørende alle større investeringer uden for den allerede godkendte plan, og den årlige strategiplan og budgettet for hver af selskaberne, der indgik i LPD, på forhånd godkendes af Gencor og Lonrho:

»6.1 LSA og Implats skal have det samme antal medlemmer og det samme antal stemmer i selskabernes bestyrelser [...]

[...]

8.3 Enhver større investering ud over den allerede godkendte plan vedrørende en af selskabernes forretninger, herunder dennes finansiering og væsentlige beslutninger om desinvestering, skal ske ifølge aftale mellem aktionærerne. I tilfælde af, at aktionærerne ikke kan nå til enighed om sådanne forhold; skal aktionærerne indhente en udtalelse fra en uafhængig sagkyndig, der kan accepteres af begge parter, og denne udtalelse skal tages i betragtning.

8.4 Uanset de bestemmelser, der er indeholdt i hvert af selskabernes vedtægter, omfatter hvert selskabs bestyrelses beføjelser og opgaver undersøgelse og, om nødvendigt, godkendelse af følgende forhold:

[...]

8.4.3 den årlige strategiplan og det årlige budget for hvert selskab.«

- 182 Det er i denne forbindelse ikke bestridt, at Lonrho uden Gencor's samtykke kan forhøje det aktuelle produktionsniveau fra ca. (...) oz pr. år fra eksisterende mineskakter og andre yderligere udvidelser, der kan gennemføres ved fortsatte forbedringer af produktionsmetoderne og fjernelse af flaskehalse vedrørende udbuddet (punkt 5.1 i rapporten udarbejdet i marts 1996 af National Economic Research Associates, økonomiske konsulenter, herefter »NERA-rapporten«).
- 183 Sagsøgeren har imidlertid gjort gældende, at fusionen ikke ville have ændret selskabets muligheder for at hindre en fremtidig udvidelse af LPD's produktionskapacitet ud over dette niveau, idet selskabet i henhold til aktionæraftalen allerede skulle give sit samtykke til gennemførelsen af enhver større investering, herunder de investeringer, der var nødvendige for udvidelse af den mineskakt, der kaldes (...). Ifølge sagsøgeren gav selskabets vetoret med hensyn til godkendelsen af den årlige strategiplan og de årlige budgetter sagsøgeren mulighed for at hindre LPD i at opnå den nødvendige finansiering (ved banklån eller forbrugerfinansiering) til udvidelse af (...)åren (NERA-rapporten, punkt 5.1).
- 184 I denne forbindelse må det konstateres, at ifølge oplysninger fra parterne og den analyse, som er leveret af R.W. Rowland, tidligere bestyrelsesformand for Lonrho, var Lonrho på trods af sine gældsforpligtelser i stand til at finansiere sit ekspansionsprojekt med egne midler, og at yderligere udstyr for et begrænset beløb ville kunne gøre det muligt for selskabet at forhøje sin produktion til 900 000 oz pr. år (punkt 115, in fine, punkt 121 og 191 i den omtvistede beslutning).
- 185 I henhold til aktionæraftalens artikel 8.3, in fine, skulle Gencor og Lonrho i tilfælde af uenighed om fremtidig ekspansion af LPD imidlertid indhente en udtalelse fra en uafhængig sagkyndig. Som Kommissionen har fremhævet, følger det heraf, at Gencor ikke til stadighed ville kunne hindre beslutninger vedrørende investeringer til udvidelse af LPD's produktionskapacitet, som var nødvendige, og som ville være til fordel for alle aktionærer, ud fra grunde, som ikke vedrørte hensynet til virksomhedens drift (punkt 191 i den omtvistede beslutning).

186 Efter fusionen ville denne type interessekonflikt imidlertid være mindre sandsynlig på grundlag af parternes ændrede økonomiske interesser.

187 Før fusionen havde Gencor kontrollen over Implats og havde en minoritetsaktiepost på 27% af kapitalen i LPD i henhold til aktionæraftalen. Lonrho rådede over 73% af aktiekapitalen i LPD, men havde ikke nogen kapitalandel i Implats. Selv om Gencor før fusionen kunne have en interesse i at kræve, at der blev truffet beslutninger om udvidelse af de aktiviteter, som Gencor kontrollerede selvstændigt (og som gav et relativt større overskud), dvs. Implats' aktiviteter, hvilke beslutninger om nødvendigt var til skade for LPD, var dette ikke tilfældet for Lonrho, som udelukkende opererede på platinmetalmarkedet gennem LPD, og som objektivt set kun havde interesse i den mest rationelle udvidelse af sit datterselskab, LPD's aktiviteter.

188 Denne situation ville derimod kunne være ændret radikalt som følge af fusionen, hvis Gencor og Lonrho havde rådet over den samme kapitalandel i den nye enhed Implats/LPD og således ville have de samme mål og økonomiske interesser, i hvert fald hvad angår strategiske beslutninger med hensyn til udvidelsen af den nye enhed. Med andre ord ville fusionen således kunne ændre interesseafvejningen hos de to hovedaktionærer i LPD ved, at Gencor's og Lonrho's synspunkter i højere grad blev sammenfaldende, bl.a. i forhold til udvidelsen af den nye enheds produktionskapacitet, og ved, at det blev gjort muligt at skabe en duopolistisk markedsstruktur bestående af Gencor og Lonrho på den ene side og Amplats på den anden.

189 Dette er i øvrigt blevet bekræftet af parterne selv.

190 Om dette er det i punkt 187 i den omtvistede beslutning anført:

»[...] Således indeholder cirkulæret om fusionen til Lonrho's aktionærer følgende passus:

'Implats og Lonrho har hidtil været ude af stand til at nå til enighed om en række spørgsmål, herunder de af Lonrho foreslåede planer om en udvidelse af LPD's aktiviteter. Bestyrelsen er af den opfattelse, at Lonrho's og LPD's interesse i at styrke værdien af den udvidede Implats vil finde sammen til fordel for alle aktionærer efter fusionen'.«

191 Punkt 188 i den omtvistede beslutning tilføjer:

»Ifølge fremskrivninger forelagt (...) vil interessesammenfaldet efter fusionen omfatte en indskrænkning af udvidelsesplanerne, hvilket vil føre til en forøgelse af priserne sammenlignet med en situation uden en fusion, hvor begge virksomheder gik videre med egne planer for den fremtidige udvikling. (...) har fået forelagt to forskellige produktionsscenarier for Implats' og LPD's produktion med og uden en fusion:

a) (...)

b) (...).«

192 Ifølge punkt 189 i den omtvistede beslutning mener (...) navnlig — ifølge rapporten fra august 1994 betegnet (...) — at fusionen vil indebære to hovedfordele på markedssiden (foruden de mulige omkostningsbesparelser):

»(...)

[... en opretholdelse af det nuværende produktionsniveau burde få positiv indflydelse på metalpriserne...]

Rapporten fortsætter:

(...)

»[... den fusionerede enhed vil have en højere sammenlagt kursværdi end den underliggende værdi af de fusionerede virksomheder som følge af dens størrelse og evne til at udøve større indflydelse på markedet]«.

193 Uanset de strukturelle forbindelser, der bestod mellem sagsøgeren og Lonrho i henhold til aktionæraftalen fra 1990, har Kommissionen under disse omstændigheder haft føje til at antage, at den påtænkte fusion fuldstændigt ville eliminere den konkurrencemæssige trussel, som LPD kunne udøve over for Implats' og Amplats' mere omkostningskrævende aktiviteter, både med hensyn til markedsføring og til produktionen, og således udøve en væsentlig indflydelse på den bestående markedsstruktur.

194 Det undersøgte klagepunkt må herefter afvises.

D — Kommissionens karakteristik af den kollektive dominerende stilling

1. Kriteriet om markedsandel

Parternes argumenter

195 Sagsøgeren har gjort gældende, at de markedsandele på verdensmarkedet for platin, som Kommissionen har baseret sin beslutning på, er henholdsvis (...)% (for Implats) og (...)% (for LPD), hvilket tilsammen udgør en markedsandel på (...)%. På Fællesskabets marked udgør disse andele henholdsvis (...)% (LPD), (...)% (Implats) og (...)% (samlet markedsandel). I andre sager om fusionskontrol, i hvilke det blev fastslået, at der var tale om en kollektiv dominerende stilling, som f.eks. sagerne, der dannede grundlag for Nestlé/Perrier-beslutningen og beslutning 94/449/EF af 14. december 1993 om en procedure i henhold til forordning nr. 4064/89 (sag IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (EFT 1994 L 186, s. 38, herefter »Kali + Salz/MdK/Treuhand-beslutningen«), var de samlede markedsandele imidlertid betydeligt højere end i den foreliggende sag, og på trods af dette godkendte Kommissionen de påtænkte fusioner.

196 I den sag, der dannede grundlag for Nestlé/Perrier-beslutningen, havde Nestlé og BSN tilsammen en andel på 82% af det relevante marked, nemlig det franske marked for mineralvand (punkt 119 i beslutningen). Fusionen blev godkendt på visse betingelser.

- 197 I den sag, der dannede grundlag for Kali + Salz/MdK/Treuhand-beslutningen, øgedes Kali + Salz' markedsandel fra 17% til 25% af Fællesskabets marked, bortset fra Tyskland, og medførte et de facto-monopol på 98% af det tyske marked, som ansås for at være et særskilt relevant, geografisk marked. Også i denne sag blev fusionen godkendt af Kommissionen på visse betingelser.
- 198 Kommissionen har gjort gældende, at den af sagsøgeren foretagne sammenligning mellem fusionspartners markedsandele og de samlede markedsandele for alle medlemmerne af oligopolet i den sag, der dannede grundlag for Nestlé/Perrier-beslutningen (82%), er fejlagtig, hvilket også er tilfældet for sammenligningen med den sag, der dannede grundlag for Kali + Salz/MdK/Treuhand-beslutningen.

Rettens bemærkninger

- 199 Forbuddet i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 er udtryk for det generelle mål, der er fastsat i traktatens artikel 3, litra g), nemlig gennemførelsen af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes (første og syvende betragtning til forordning nr. 4064/89). Det er rettet mod de fusioner, som skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf.
- 200 Den dominerende stilling, der sigtes til med denne bestemmelse, er en økonomisk magtposition, der indehaves af en eller flere virksomheder, og som giver dem magt til at hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den giver dem mulighed for i vidt omfang at handle uafhængigt i forhold til deres konkurrenter, deres kunder og, i sidste instans, til forbrugerne.

- 201 .En dominerende stilling kan være en følge af en række faktorer, som hver for sig ikke nødvendigvis er afgørende. Blandt disse faktorer har omfattende markedsandele meget stor betydning. Imidlertid er en betydelig markedsandel, som bevis for, at der foreligger en dominerende stilling, ikke en uforanderlig faktor. Markedsandelens betydning varierer fra marked til marked alt efter dettes struktur, særlig med hensyn til produktion, udbud og efterspørgsel (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, a.st., præmis 39 og 40).
- 202 Forholdet mellem markedsandele for de virksomheder, der deltager i fusionen, og konkurrenternes markedsandele, særlig de største konkurrenters, kan endvidere anvendes som brugbare indicier for, at der foreligger en dominerende stilling. Dette forhold kan anvendes som grundlag for en beregning af konkurrenternes og den pågældende virksomheds konkurrencekapacitet (samme dom, præmis 48).
- 203 Under disse omstændigheder kan det forhold, at Kommissionen med hensyn til andre fusioner har baseret sin beslutning på markedsandele, der er større eller mindre, for at underbygge sin vurdering af muligheden for at skabe eller styrke en kollektiv dominerende stilling, ikke knyttes sammen med dens vurdering i andre sager, der vedrører markeder, der bl.a. er kendetegnet af en anden udbuds- og efterspørgselsstruktur og af andre konkurrencevilkår.
- 204 Såfremt der ikke foreligger oplysninger, der kan godtgøre, at markedet for mineralvand og/eller markedet for kali, som blev undersøgt i de sager, der dannede grundlag for henholdsvis Nestlé-Perrier-beslutningen og Kali + Salz/MdK/Treuhand-beslutningen, og det platin- og rhodiummarked, der er undersøgt i nærværende sag, grundlæggende ligner hinanden, kan sagsøgeren ikke påberåbe sig eventuelle forskelle mellem de markedsandele, som indehaves af medlemmerne af oligopolet, og som blev lagt til grund af Kommissionen i den ene eller den anden af disse to sager, for at skabe tvivl om, at størrelsen af markedsandelen kan anses for indicium for, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling i den foreliggende sag.

- 205 Selv om markedsandeleles betydning kan variere meget fra det ene marked til det andet, kan det med rette antages, at meget store markedsandele i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, udgør et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling (Domstolens dom af 3.7.1991, sag C-62/86, Akzo mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, præmis 60). At en virksomhed gennem en længere periode har en meget stor markedsandel, giver den som følge af omfanget af den produktion og det udbud, den repræsenterer — og uden at virksomheder med betydeligt mindre andele er i stand til hurtigt at opfylde en efterspørgsel, som ikke længere ønskes dækket af virksomheden med den største markedsandel — en magtposition, som gør virksomheden til en uomgængelig forretningsforbindelse, og som allerede af denne årsag, i hvert fald i temmelig lange perioder, giver den sikkerhed for at kunne udvise den uafhængige adfærd, som er karakteristisk for en dominerende stilling (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, a.st., præmis 41).
- 206 Det er korrekt, at i forbindelse med et oligopol har det forhold, at medlemmerne af oligopolet har en høj markedsandel, ikke nødvendigvis den samme betydning som ved en vurdering af en individuel dominerende stilling, for så vidt angår de nævnte medlemmers mulighed for som koncern i vidt omfang at handle uafhængigt i forhold til deres konkurrenter, deres kunder og, i sidste instans, til forbrugerne. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at medmindre der foreligger oplysninger om det modsatte, udgør indehavelsen af en større markedsandel, navnlig i tilfælde af et duopol, ligeledes et meget væsentligt indicium for, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling.
- 207 I den foreliggende sag skal det bemærkes, at som Kommissionen har anført i den omtvistede beslutning (punkt 81 og 181), ville virksomhederne Implats/LPD og Amplats som følge af fusionen hver have haft en markedsandel på ca. 30-35%, dvs. en samlet markedsandel på ca. 60-70% på verdensmarkedet for platinmetaller og ca. 89% af verdens platinmetalreserver. Rusland havde en markedsandel på 22% og ca. 10% af verdens reserver, de nordamerikanske producenter havde en markedsandel på 5% og 1% af verdens reserver, og genbrugsvirksomhederne havde en markedsandel på 6%. Det er imidlertid sandsynligt, at virksomhederne Implats/LPD og Amplats efter tømningen af de russiske lagre, dvs. formentlig i løbet af to år efter vedtagelsen af den omtvistede beslutning, hver ville have haft

en markedsandel på 40% eller en samlet andel på 80%, hvilket ville have udgjort et meget stor markedsandel.

- 208 Med hensyn til fusionsparternes indbyrdes opdeling af markedsandele og forskellen mellem de markedsandele, der ville opstå som følge af fusionen mellem på den ene side fusionsenheden og Amplats og på den anden side de andre platinudbydere, har Kommissionen med rette kunnet konkludere, at den påtænkte transaktion ville kunne danne grundlag for skabelsen af en dominerende stilling for de sydafrikanske selskaber.
- 209 Det må fastslås, at den af sagsøgeren foretagne sammenligning af fusionsparternes markedsandele og de samlede markedsandele (82%) for alle medlemmerne af oligopolet i den sag, der dannede grundlag for Nestlé/Perrier-beslutningen, er forkert. Som Kommissionen har fremhævet, må man sammenligne andelen på 82% med de samlede markedsandele for fusionsparterne og Amplats efter den mulige eliminering af den russiske producent (Almaz) som en betydelig deltager på markedet, dvs. en samlet andel på ca. 80%. For så vidt angår den sag, der dannede grundlag for Kali + Salz/MdK/Treuhand-beslutningen, har sagsøgeren endvidere fejlagtigt sammenlignet markedsandelene for fusionspartnerne i denne sag med markedsandelene for Kali + Salz og MdK i Tyskland (98%), hvor der ikke var tale om en kollektiv dominerende stilling. I den sag, der dannede grundlag for Kali + Salz/MdK/Treuhand-beslutningen, havde Kommissionen imidlertid konstateret, at der forelå en kollektiv dominerende stilling på det europæiske marked, bortset fra Tyskland, idet den virksomhed, der dannedes som følge af fusionen, sammen med det andet medlem af duopolet havde en samlet markedsandel på ca. 60%. Sagsøgeren burde således have foretaget en sammenligning med det sidstnævnte tal, der er betydeligt lavere end den samlede markedsandel for Amplats og Implats/LPD efter fusionen.
- 210 For så vidt angår sagsøgerens argument om, at den samlede markedsandel for Implats/LPD efter fusionen alene have udgjort (...) % inden for Fællesskabet, bemærkes for det første, at det pågældende geografiske marked er et bestemt afgrænset geografisk område, der er karakteriseret ved, at konkurrencevilkårene er tilstrækkeligt homogene for alle de erhvervsdrivende. På dette afgrænsede geografiske område vil den eller de virksomheder, der indtager en dominerende stilling, være i stand til eventuelt at begå misbrug, der kan hindre en effektiv

konkurrence (jf. i denne retning Domstolens dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 11 og 44). Kommissionen var således i stand til at foretage en rimelig bedømmelse af fusionens virkninger på konkurrencen inden for det nævnte begrænsede geografiske område. For det andet bemærkes, at på grundlag af kendetegnene for markedet for platinmetaller, som disse er beskrevet i punkt 68-72 i den omtvistede beslutning, er verdensmarkedet det relevante geografiske marked i den foreliggende sag, hvilket ikke er bestridt af parterne.

- 211 Under disse omstændigheder kan man ikke tale om parternes »markedsandele« inden for Fællesskabet. På et verdensmarked som platin- og rhodiummarkedet ville den økonomiske magt for den enhed, som Implats/LPD og Amplats ville have udgjort efter fusionen, have været den magt, der var knyttet til dens andel af verdensmarkedet og ikke til dens markedsandel i en del af verden.
- 212 I denne forbindelse afspejler de regionale forskelle i opdelingen af markedsandelene for medlemmerne af et oligopol, der dominerer markedet for en generisk bestemt vare, der er let at transportere, og for hvilken prisen er fastsat på verdensplan, kun de traditionelle forretningsforbindelser, som enten let kunne forsvinde, hvis de virksomheder, der indtog en dominerende stilling, besluttede at anvende spotpriser med henblik på at eliminere deres konkurrenter, eller som kun vanskeligt ville blive afbrudt ved anvendelse af priser, der var udtryk for misbrug, hvis de marginale forsyningskilder ikke let kunne opfylde efterspørgslen fra kunderne til de virksomheder, som indtog en dominerende stilling, og som anvendte priser, der var udtryk for misbrug.
- 213 Som sagsøgeren selv har anerkendt i punkt 4.24 i stævningen, er der intet, der beviser, at de virksomheder, som opererer på platinmarkedet, og som står uden for det duopol, Kommissionen har identificeret, er i stand til i højere grad end duopolets medlemmer selv at udskille fællesmarkedet, f.eks. for på en selektiv måde at imødegå en beslutning, som træffes af det dominerende oligopols medlemmer, om at forhøje priserne på verdensplan.

- 214 Selv hvis det i forbindelse med et verdensmarked som markedet for platin og rhodium var nødvendigt at undersøge det nøjagtige omfang af de pågældende erhvervsdrivendes salg inden for Fællesskabet, må det konstateres, at enheden Implats/LDP-Amplats' markedsandel inden for Fællesskabet ikke var væsentligt forskellig fra dens markedsandel på verdensmarkedet for platin.
- 215 Ifølge de oplysninger, der er afgivet af fusionsparterne i CO-anmeldelsesformularen, var den samlede markedsandel for Implats/LPD i Fællesskabet ca. (...) % i gennemsnit i perioden 1992-1995 (jf. CO-formularen punkt 6.1.10, bilag 6 til stævningen), mens Amplats' markedsandel i 1994 skønnes at udgøre 35-50% og Ruslands ca. 25-35%. Med andre ord var den samlede markedsandel for enheden Implats/LPD-Amplats inden for Fællesskabet ved fusionen ca. (...) -65% og kunne efter tømningen af de russiske lagre vokse til (...) -78%, idet Rusland ifølge de oplysninger, fusionsparterne selv har afgivet, allerede i 1994 havde gennemført 50% af sit salg fra sine lagre (jf. CO-formularen, punkt 7.3.2, bilag 7, til stævningen).
- 216 Klagepunktet om kriteriet vedrørende markedsandel må herefter afvises i sin helhed.

2. Ligheden af Implats/LPD's og Amplats' omkostningsstrukturer efter fusionen

Sagsøgerens argumenter

- 217 Efter sagsøgerens opfattelse har Kommissionen med urette fundet, at den fusionerede enhed og Amplats uundgåeligt ville have medført en samordnet adfærd på markedet, idet de ville have lignende omkostningsstrukturer.

Kommissionens analyse har overset den store forskel i omkostningsniveauerne for udvindingen fra de forskellige mineskakter såvel hos Implats og LPD som hos Amplats. I denne forbindelse er det helt fejlagtigt kun at bedømme gennemsnitsomkostningerne, da beslutningerne vedrørende produktionen bliver truffet for hver enkelt mineskakt, og da der konkurreres på de marginale omkostninger.

Rettens bemærkninger

- 218 Den af Kommissionen foretagne sammenligning af omkostninger er baseret på de grafer, der er gengivet i bilag II til den omtvistede beslutning, og som viser de tre sydafrikanske producenters omkostningskurver for udvinding, som disse er fastlagt af fusionsparterne selv.
- 219 I punkt 138, litra b), i den omtvistede beslutning har Kommissionen bemærket, uden at dette er blevet bestridt af sagsøgeren, at omkostningsstrukturen inden for platinindustrien er karakteriseret ved at være ufleksibel og ved, at industrien har meget høje faste omkostninger, hvilket medfører, at produktionen i platinminerne ikke kan varieres synderligt, selv ikke når en række af de producerende mineskakter kun bidrager lidt eller slet ikke til rentabiliteten. Kommissionen har i denne forbindelse endvidere bemærket, at en strategi, hvorefter man lukker de mindst rentable mineskakter til fordel for de mere rentable, ville medføre, at de faste omkostninger skulle fordeles på de tilbageværende mineskakter, hvilket ville gøre de marginale mineskakter mindre rentable og nødvendiggøre endnu andre lukninger.
- 220 Kommissionen kunne således med rette konkludere, at en producent i platinindustrien bør tage hensyn til sine samlede udvindingsomkostninger for at fastlægge et passende produktionsniveau og ikke alene kan betragte udvindingsomkost-

ningerne for hver af sine mineskakter. Under disse omstændigheder er sammenligningen af den fusionerede enheds omkostninger med Amplats' omkostninger på grundlag af de samlede udvindingsomkostninger for alle deres skakter fuldt ud berettiget.

- 221 Sagsøgeren kan ikke med føje gøre gældende, at Kommissionens analyse så bort fra den store forskel på størrelsen af udvindingsomkostningerne for de forskellige mineskakter både hos Implats og LPD og hos Amplats. Henset til de grafer, der viser kurverne for udvindingsomkostningerne før og efter transaktionen for de tre sydafrikanske platinproducenter, som disse er oplyst af fusionsparterne (bilag II og IV til den omtvistede beslutning), skal det om dette spørgsmål bemærkes, at på trods af de forskelle, som er angivet af Kommissionen i den omtvistede beslutning (punkt 182), og som er knyttet til forskelle i kvaliteten af den malm, der udvindes, forskellige forarbejdnings- og raffineringsomkostninger og forskellige administrationsomkostninger, vil fusionen resultere i et nyt selskab med en driftsomkostningsstruktur for miner svarende til Amplats'.
- 222 Når henses til ligheden i markedsandelene for de pågældende virksomheder, i deres andele af verdens ressourcer og i deres omkostningsstrukturer, har Kommissionen med rette kunnet konkludere, at Amplats' og Implats/LPD's interesser som følge af fusionen i meget højere grad ville blive sammenfaldende for så vidt angår udviklingen af markedet, og at dette interessesammenfald ville kunne forøge risikoen for konkurrencebegrænsende, parallel adfærd, som f.eks. indskrænkninger af produktionen.
- 223 De undersøgte klagepunkter må herefter afvises.

3. Markedets kendetegn

a) Markedets gennemsigtighed

Parternes argumenter

- 224 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens analyse af markedets kendetegn er urigtig. Selv om platin er et homogent produkt med en høj grad af gennemsigtighed for så vidt angår prisen, indebærer dette ifølge selskabet ikke automatisk, at der foreligger gennemsigtighed for så vidt angår konkurrenternes salgsniveau, produktionsbeslutninger og ressourcer, hvilket bekræftes af det forhold, at Amplats i 1994 havde kunnet skjule sine produktionsproblemer i måneder ved at lease platin for at overholde sine leveringsforpligtelser.
- 225 Kommissionen har anført, at den i punkt 145 og 146 i den omtvistede beslutning har angivet årsagerne til, at der bestod en meget høj grad af gennemsigtighed, ikke alene hvad angår prisen, men også med hensyn til produktionen, salget, reserverne og nye investeringer. Sagsøgeren er imidlertid ikke fremkommet med nogen oplysninger, der kunne gendrive beslutningens indhold. Endvidere er gennemsigtigheden med hensyn til pris den vigtigste faktor ved afgørelsen af markedets gennemsigtighed i en situation, hvor der foreligger et oligopol. Endelig har Kommissionen bemærket, at Amplats ifølge Lonrho ikke kunne skjule sine produktionsproblemer over for markedet i modsætning til det i NERA-rapporten anførte.

Retten's bemærkninger

- 226 Sagsøgeren har ikke bestridt, at platin er et homogent produkt, hvis marked har en gennemsigtig prisfastsættelsesmekanisme.
- 227 Imidlertid er gennemsigtheden med hensyn til pris en grundlæggende faktor ved fastlæggelsen af graden af markedets gennemsigthed i en situation, hvor der foreligger et oligopol. Gennem prismekanismen kan medlemmerne af et oligopol bl.a. øjeblikkeligt opfange de andre oligopolmedlemmers beslutninger om at øge deres markedsandel til skade for den tidligere situation og kan eventuelt foretage de nødvendige repressalier for at forpurre denne type adfærd.
- 228 Som anført i den omtvistede beslutning (punkt 144, 145 og 146), hersker der i det foreliggende tilfælde en relativt høj grad af gennemsigthed på markedet, bl.a. på grund af børsnoteringen af platin på metalbørserne, offentliggørelsen af statistikker for produktionen og salget, det begrænsede og kendte antal direkte aftagere på markedet, det forhold, at platinbranchen udgøres af en lille, relativt lukket gruppe af virksomheder, der har tætte forbindelser, den særlige karakter af de kontrakter, der hovedsageligt anvendes, nemlig langtidskontrakter indeholdende forbud mod videresalg af det købte produkt, og på grund af den omstændighed, at enhver forhøjelse af produktionskapaciteten normalt sker ved investeringsprojekter, hvis nærmere indhold er almindeligt kendt i det berørte miljø.
- 229 Under disse omstændigheder må det fastslås, at Kommissionen med rette har fastslået, at der bestod en høj grad af gennemsigthed på markedet, ikke alene med hensyn til pris, men også for så vidt angår produktion, salg, reserver og nye investeringer.
- 230 Det undersøgte klagepunkt må herefter afvises.

b) Udsigten til vækst på platinmarkedet

Parternes argumenter

- 231 Ifølge sagsøgeren er den af Kommissionen foretagne analyse af markedets kendetegn fejlagtig. Den omstændighed, at væksten i efterspørgslen er langsom, kan ikke hindre en stærk konkurrence og den udvikling i markedsandelene, der følger af en sådan. Sagsøgeren har henvist til NERA-rapporten til støtte for sin opfattelse. Ifølge punkt 4.1.4 i denne rapport gælder det, at når den pågældende industri som i det foreliggende tilfælde er kendetegnet ved, at der foreligger en overkapacitet, må producenterne konkurrere, navnlig ved nedbringelse af deres produktionsomkostninger, med henblik på at undgå, at deres overskydende kapacitet lukkes. Det er imidlertid sagsøgerens opfattelse, at både udviklingen i markedsandelene, det reelle fald i platinpriserne i perioden 1985-1995 og reaktionerne fra Amplats, der har øget sin lavomkostningsproduktion, og Implats, som har gennemført vigtige rationaliseringer, viser, at strukturen på platinmarkedet ikke har dannet grundlag for et oligopolistisk samarbejde mellem de vigtigste producenter.
- 232 Kommissionen har gjort gældende, at de to hovedproducenter efter den påtænkte fusion ville have haft omkostningsstrukturer, der i det væsentlige var ens. Selv i spørgsmålet om nedbringelse af omkostninger ville en parallel adfærd således have været en klog strategi. Endvidere er det stadig korrekt, at et marked, der er kendetegnet ved en langsom vækst, ikke indbyder til, at nye virksomheder søger ind på markedet, eller til en stærk konkurrence.

Rettens bemærkninger

- 233 Sagsøgeren har ikke bestridt, at et marked, der er kendetegnet ved en langsom vækst, i princippet ikke indbyder til, at nye virksomheder søger ind på markedet, eller til en stærk konkurrence. Under henvisning til den tidligere vækst på

markedet har sagsøgeren alene bestridt, at dette princip er anvendeligt på platinmarkedet.

- 234 Sagsøgeren har ikke imødegået Kommissionens analyse (i punkt 160-172 i den omtvistede beslutning) vedrørende den tidligere tendens til oligopolistisk dominans, hvilken analyse er baseret på en undersøgelse af væksten på markedet og udviklingen i markedsandelene i løbet af det sidste årti, på den ringe grad af direkte priskonkurrence om lange kundekontrakter, på det vedvarende høje prisniveau og på de største markedsdeltageres adfærd.
- 235 Sagsøgerens argumentation er baseret på nogle forudsætninger vedrørende væksten i efterspørgslen, der ikke er sammenlignelige med skønnet over væksten i efterspørgslen i perioden 1995-2000. I løbet af perioden 1985-1995, hvor der forekom bevægelser i markedsandelene og prisen samt de af sagsøgeren angivne reaktioner fra Amplats' og Implats' side, er efterspørgslen næsten fordoblet, fra 2 830 000 til 5 205 000 oz pr. år (jf. NERA-rapporten, tabel 3.1, s. 15), mens efterspørgslen i perioden 1995-2000 ikke forventes at stige væsentligt, fra 4 705 000 til 5 570 000 oz pr. år (jf. punkt 127 i den omtvistede beslutning).
- 236 Endelig tager sagsøgerens analyse ikke højde for den virkning, fusionen ville have haft på markedets struktur og den nye enheds virkning i forhold til dens største konkurrent, Amplats. Selv hvis man anså sagsøgerens analyse for at være korrekt hvad angår fortiden, ville det stadig forholde sig således, at fusionen havde resulteret i, at de to største producenter ville have haft lignende omkostningsstrukturer, og at det henset til platinmarkedets struktur ud fra et økonomisk synspunkt ville have været en fornuftigere strategi at udvise en parallel, konkurrencebegrænsende adfærd end at fastholde konkurrencen til skade for maksimeringen af de samlede afkast.

237 Når henses til stabiliteten på platinmarkedet, herunder at den årlige vækst skønnes at ville udgøre ca. 3% i perioden 1995-2000, har Kommissionen således med rette kunnet konkludere, at der ikke ville være noget incitament for nye konkurrerende virksomheder til at søge ind på dette marked eller for de eksisterende konkurrenter til at lægge en offensiv strategi for at tilpasse sig denne yderligere efterspørgsel.

238 Sagsøgerens klagepunkt må herefter afvises.

c) Balancen mellem udbud og efterspørgsel

Sagsøgerens argumenter

239 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens betænkeligheder med hensyn til en eventuel forhøjelse af platinpriserne åbenbart er farvet af dens uberettigede forestilling om, at der sandsynligvis vil opstå en mangel på udbudssiden (punkt 136 i beslutningen).

240 Efter sagsøgerens opfattelse modsiges Kommissionens standpunkt imidlertid af holdningen blandt et flertal af fabrikanterne, som har fremhævet, at der foreligger et *overskud* på udbudssiden, som vil kunne udlignes i løbet af de kommende år.

Rettens bemærkninger

- 241 I punkt 127 i den omtvistede beslutning har Kommissionen redegjort for de forskellige skøn, som er fremlagt af parterne vedrørende den fremtidige udvikling af efterspørgslen, nemlig parternes egne og de skøn, der er foretaget af selskaberne Anderson, Wilson og Partners Inc., BOE Nat West Securities, SBC Warburg og Engelhard, hvilke skøn varierer fra det ene selskab til det andet.
- 242 Kommissionen har imidlertid i punkt 128-131 i beslutningen foretaget en detaljeret gennemgang, der i øvrigt ikke bestrides af sagsøgeren, af de faktorer, som ligger til grund for de skøn, ifølge hvilke efterspørgslen vil udvise en svagt stigende tendens i de kommende år.
- 243 Disse faktorer er:
- forhøjelse af produktionen af bilkatalysatorer ud fra en forventet skærpelse og/eller indførelse af lovgivning på forureningsbekæmpelsesområdet i USA, Europa, Brasilien og Argentina inden udgangen af dette århundrede og en øget anvendelse af platin i katalysatorer til dieseldrevne motorkøretøjer
 - en vækst i efterspørgslen på platin inden for smykkebranchen i Japan, USA og sandsynligvis Kina
 - for så vidt angår de industrielle anvendelsesmuligheder: en udskiftning inden for olieindustrien og den kemiske industri, fordi fabrikker, der blev lukket under krisen, nu åbnes igen

— den forøgede anvendelse af PC'ere, da platin anvendes til beklædning af harddiske og til andre komponenter, og endelig

— i det lange løb, anvendelse af brændselsceller.

244 Uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt parternes skøn over udviklingen i udbuddet er mere præcise, er det anført af Kommissionen i punkt 134, 135 og 136 i den omtvistede beslutning, at platinudbuddet på verdensplan efter fusionen ville have været domineret af de sydafrikanske virksomheder, og at ethvert udbudsunderskud i forhold til efterspørgslen således kun ville kunne dækkes af de sydafrikanske virksomheder.

245 Ud fra disse oplysninger, der ikke er bestridt af sagsøgeren, må det konkluderes, at Kommissionens analyse vedrørende udviklingen i udbuddet og efterspørgslen på platin ikke er baseret på et åbenbart urigtigt skøn.

246 Det undersøgte klagepunkt må herefter afvises.

d) Marginale og alternative forsyningskilder

Parternes argumenter

²⁴⁷ Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen i sin undersøgelse af hindringerne for adgangen til markedet ikke har taget tilstrækkelig hensyn til:

- den *kumulerede* virkning af de forskellige marginale og alternative forsyningskilder, herunder den potentielle forøgelse af genbrug af platin

- de fire millioner oz udgørende de platinlagre, der er oparbejdet siden 1985

- den øgede substituering af platin med palladium

- den russiske produktion og salget fra dets lagre

- de marginale udbydere, som Stillwater i USA og Hartley i Zimbabwe, der har planer om en væsentlig ny produktion.

- 248 Sagsøgeren har anført, at det i den sydafrikanske regerings skrivelse af 19. april 1996 er oplyst, at verdens reserver uden for Sydafrika og Zimbabwe teoretisk vil kunne efterkomme efterspørgslen på verdensplan i 20 år.
- 249 Kommissionen har grundlæggende undladt at vurdere den indflydelse, de forskellige marginale forsyningskilder og andre forhold af konkurrencemæssig betydning ville have i tilfælde af en forhøjelse af prisen på 10 eller 20%. Hvis en sådan forhøjelse kunne fastholdes, ville det være tegn på, at den fusionerede enhed sammen med Amplats var i stand til i vidt omfang at handle uafhængigt af deres konkurrenter, af deres kunder og, i sidste instans, af forbrugerne.
- 250 Kommissionen har således ikke behørigt undersøgt, hvordan prisudviklingen ville have været, såfremt de af sagsøgeren påberåbte forhold ikke forelå, og den har endnu mindre vurderet den voksende betydning, som disse forhold ville få i fremtiden i tilfælde af den hypotetiske prisstigning, som er Kommissionens væsentligste bekymring. Der er tale om en åbenbar mangelfuld begrundelse, som udgør en tilsidesættelse af traktatens artikel 190, idet det er åbenbart, at de 37% af markedet, som de marginale forsyningskilder udgør, i samspil med andre forhold af betydning vil kunne begrænse prisstigninger.
- 251 Kommissionen har henvist til punkt 91-95 i den omtvistede beslutning vedrørende genbrug, til punkt 29-32 vedrørende substituering af platin med palladium, til punkt 138, litra c), vedrørende lagre, til punkt 122-125, 134, 135 og 173, som omhandler den russiske produktion og salg fra lagre, til punkt 85-90 og punkt 138, litra c), vedrørende nye produktioner, og til punkt 193-204, der særligt omhandler den af parterne fremlagte økonomiske analyse. I punkt 138, in fine, i den omtvistede beslutning har Kommissionen konkluderet, at reaktionerne fra de marginale kilder, der består af lagrene, de nye miner og genbrugs-virksomhederne, ikke kan hindre, at en dominerende stilling misbruges. På samme måde har den i punkt 203 udtalt, at det var meget usandsynligt, at udbydere uden for oligopolet, lagre uden for Rusland og adgangen til genbrugs-platin ville kunne udbyde tilstrækkelige mængder til at hindre misbrug af en

fælles dominerende stilling. Denne konklusion havde imidlertid taget hensyn til Ruslands nuværende stilling som hovedudbyder på markedet ud over LPD.

- 252 For så vidt angår sagsøgerens argument om, at 37% af markedet udgørende de marginale forsyningskilder og andre forhold af betydning har bremset prisforhøjelser, har Kommissionen gjort gældende, at de sydafrikanske producenter i 1995 selv havde 63% af markedet, hvilket tal skønnes at øges betydeligt (og at nå et niveau på ca. 80%), eftersom Rusland fra 1997 ikke længere vil sælge fra sine lagre. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at en stor del af den marginale konkurrence var hypotetisk og ikke på nogen måde kunne udøve et pres på markedet før om adskillige år.
- 253 Kommissionen har endelig gjort gældende, at sagsøgeren ikke har fremlagt beviser til støtte for den opfattelse, at reserver uden for Sydafrika i teorien kunne dække den globale efterspørgsel i de næste 20 år. Sagsøgeren har heller ikke præciseret, hvilke konsekvenser sådanne »teoretisk« tilstrækkelige andre reserver ville have for markedet.

Rettens bemærkninger

- 254 Det må konstateres, at sagsøgerens opfattelse ikke underbygges af de faktiske omstændigheder.
- 255 I punkt 93, 94 og 95 i den omtvistede beslutning har Kommissionen undersøgt de potentielle grænser for en forøgelse af genbruget af platin, navnlig fra bilkatalysatorer, hvilket afhænger af omkostningerne ved indsamling af affald, eksport af motorkøretøjer til den tredje verden, hvilke køretøjer således ikke indgår i genbruget, samt af andre faktorer.

- 256 I punkt 138, litra c), har Kommissionen behørigt vurderet spørgsmålet om de fire millioner oz platin, der er oparbejdet i lagrene siden 1995.
- 257 I punkt 29-32 har den anført, hvilke grænser der gælder for tendensen til en forøgelse af substitueringen af platin med palladium.
- 258 For så vidt angår produktionen i Rusland og salget fra de russiske lagre er disse forhold gennemgået af Kommissionen i punkt 81. I punkt 123, 124, 125, 134 og 173 har den vurderet mulighederne for en udvidelse af den russiske produktion. I punkt 171 og 173 har den betragtet og siden afvist muligheden for, at Rusland kunne anvende sine lagre selektivt i et eventuelt monopolistisk forsøg på at indskrænke produktionen.
- 259 De marginale forsyningskilder, som f.eks. Stillwater i USA og Hartley i Zimbabwe, og disses planer er gennemgået i punkt 88.
- 260 Den kumulerede effekt af de forskellige marginale og alternative forsyningskilder er analyseret i punkt 138, litra c), og i punkt 202.
- 261 Det fremgår således, at Kommissionen, i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, i tilstrækkelig grad har taget hensyn til de forskellige ovennævnte oplysninger, og at den behørigt har begrundet sin beslutning i denne henseende.
- 262 Hvad angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke på behørig måde har vurderet, hvorledes prisudviklingen havde været, såfremt de af selskabet påberåbte forhold ikke forelå, skal det alene fastslås, at Kommissionen ved bedømmelsen af en fusions forventede indflydelse på markedet ikke er forpligtet

til at undersøge, hvorledes markedet tidligere ville have udviklet sig, såfremt en eller flere faktorer ikke forelå. Kommissionen er i forbindelse med sin undersøgelse ikke forpligtet til at efterprøve, om fusionen navnlig på grund af den tidligere udvikling i konkurrencevilkårene på det pågældende marked kunne danne grundlag for skabelsen af en økonomisk magtposition for en eller flere virksomheder og gøre det muligt for dem at udvise en adfærd, der havde karakter af misbrug, bl.a i form af indførelse af prisforhøjelser.

263 Det følger heraf, at sagsøgerens klagepunkter må afvises.

e) Strukturelle forbindelser

Parternes argumenter

264 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget hensyn til Rettens praksis (dom af 10.3.1992, forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, SIV m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1403, herefter »planglas-dommen«), som inden for rammerne af traktatens artikel 86 underkastede konstateringen af en kollektiv dominerende stilling en betingelse om, at der skal bestå strukturelle forbindelser mellem de to selskaber, f.eks. et teknologisk forspring ifølge aftale eller licens, som gør det muligt for dem at handle uafhængigt i forhold til deres konkurrenter, deres kunder og, i sidste instans, forbrugerne. I den foreliggende sag har Kommissionen ikke godtgjort, at der består strukturelle forbindelser, ligesom den ikke har godtgjort, at den fusionerede enhed og Amplats ville handle, som om de udgjorde én enkelt dominerende enhed. Dette er samtidig en tilsidesættelse af begrundelsespligten i henhold til traktatens artikel 190.

265 Sagsøgeren har i denne forbindelse fremhævet, at Kommissionen i den omtvistede beslutning har anført følgende strukturelle forbindelser mellem den fusionerede enhed og Amplats (punkt 156 og 157):

- forbindelser i andre industrier, bl.a. et joint venture i stålbranchen

- AAC's nylige erhvervelse af 6% af aktiekapitalen i Lonrho med en forkøbsret på yderligere 18%.

266 Denne analyse er imidlertid utilstrækkelig i tre henseender.

267 For det første vedrører ingen af disse forhold direkte platinmetalindustrien. Det første forhold vedrører specifikt forbindelser, der er etableret i andre industrier, og både det første og det andet forhold vedrører i højere grad AAC end dets datterselskab inden for platinindustrien, Amplats.

268 For det andet er disse forbindelser langt fra den type strukturelle forbindelser, der i planglas-dommen ansås for at være tilstrækkelige i henhold til traktatens artikel 86 til, at der kan antages at foreligge en fælles dominerende stilling.

269 Endelig er AAC's nylige erhvervelse af aktier i Lonrho en fjendtlig handling over for Gencor og fusionen. Den udgør i sig selv et holdepunkt for, at de forbindelser, der består mellem de forskellige selskaber, ikke hindrer en indbyrdes aggressiv konkurrence.

- 270 Kommissionen har gjort gældende, at den i tidligere beslutninger ikke altid har påberåbt sig eksistensen af økonomiske forbindelser i forbindelse med sine konstateringer af, at der forelå en kollektiv dominerende stilling, og at Retten i planglas-dommen (præmis 358) ikke gjorde økonomiske forbindelser til en nødvendig betingelse, ligesom den ikke begrænsede begrebet økonomiske forbindelser til kun at omfatte de typer strukturelle forbindelser, sagsøgeren har påberåbt sig. Kommissionen har derfor med rette kunnet fortolke dette begreb, således at det omfatter et indbyrdes afhængighedsforhold, som består inden for et snævert oligopol.
- 271 Uanset om Retten på traktatens artikel 86's område havde krævet, at der skulle foreligge økonomiske forbindelser, betyder det ikke, at det samme krav gælder i forbindelse med fusionskontrol.
- 272 Selv hvis begrebet økonomiske forbindelser skulle fortolkes mere snævert, ville der, uanset sagsøgerens forsøg på at nedtone betydningen af disse, bestå adskillige forbindelser af denne art mellem deltagerne i den påtænkte fusion og Amplats, som kunne have styrket de fælles interesser for medlemmerne af et snævert oligopol (punkt 155, 156 og 157 i den omtvistede beslutning).

Rettens bemærkninger

- 273 I planglas-dommen gjorde Retten ikke forbindelser af strukturel art, som den kun henviste til som eksempel, til et nødvendigt kriterium for, at en kollektiv dominerende stilling kan antages at foreligge.
- 274 Retten fremhævede alene (i dommens præmis 358), at der i princippet intet er til hinder for, at to eller flere uafhængige økonomiske enheder på et bestemt marked er forbundet med sådanne økonomiske bånd, at de tilsammen indtager en dominerende stilling i forhold til de øvrige virksomheder på samme marked. Den tilføjede (i samme præmis), at en sådan situation f.eks. kunne foreligge, såfremt to

eller flere uafhængige virksomheder i fællesskab på grundlag af aftale eller licens har et teknologisk forspring, som gør det muligt for dem at udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for deres konkurrenter og kunder og, i sidste instans, over for forbrugerne.

- 275 Man kan derimod ikke udlede af denne dom, at Retten har begrænset begrebet økonomiske forbindelser til kun at omfatte de strukturelle forbindelser, som sagsøgeren har angivet.
- 276 Der er i retlig eller økonomisk henseende ikke nogen grund til fra begrebet økonomisk forbindelse at undtage et indbyrdes afhængighedsforhold mellem medlemmer af et snævert oligopol, inden for hvilket de på et marked med passende kendetegn, bl.a. med hensyn til koncentrationsgraden på markedet og produktets gennemsigtighed og homogenitet, er i stand til at forudse hinandens adfærd og derfor i høj grad er tilskyndet til at samordne deres adfærd på markedet for bl.a. at maksimere deres fælles fortjeneste ved at begrænse produktionen med henblik på at hæve priserne. I en sådan sammenhæng ved enhver erhvervsdrivende, at et stærkt konkurrencepræget tiltag fra vedkommendes side for at forøge markedsandelen (f.eks. en prisnedsættelse) vil udløse det samme tiltag fra de andre parter, således at han ikke høster nogen fordel ved sin handling. Alle de erhvervsdrivende må således acceptere nedsættelsen af prisniveauet.
- 277 Denne konklusion er i endnu højere grad relevant på fusionskontrolområdet, hvis formål er at hindre, at konkurrencebegrænsende markedsstrukturer opstår eller styrkes. Sådanne strukturer kan opstå som følge både af økonomiske forbindelser i den snævre forstand, sagsøgeren har gjort gældende, og af markedsstrukturer af oligopolistisk karakter, hvor hver erhvervsdrivende kan være sig de fælles interesser bevidst og bl.a. forhøje priserne uden at skulle indgå en aftale eller benytte en samordnet praksis.
- 278 Sagsøgerens klagepunkt om, at Kommissionen ikke har konstateret, at der forelå strukturelle forbindelser, er således uden betydning for sagens afgørelse.

- 279 Kommissionen har på grundlag af den skønnede ændring af markedsstrukturen og ligheden mellem Amplats' og Implats/LPD's omkostninger med rette kunnet konkludere, at den påtænkte transaktion ville skabe en kollektiv dominerende stilling og reelt ville føre til et duopol bestående af disse to virksomheder.
- 280 Den har ligeledes i samme øjemed kunnet tage de økonomiske forbindelser, der er omhandlet i punkt 156 og 157 i den omtvistede beslutning, i betragtning.
- 281 Sagsøgeren har ikke haft grundlag for at anfægte relevansen af disse forbindelser med den begrundelse, at de ikke direkte vedrørte platinmetalindustrien og nærmere angik AAC end Amplats. Kommissionen har taget hensyn til forbindelserne mellem de største producenter af platin vedrørende virksomhed uden for produktionen af platinmetaller (punkt 156 i beslutningen) — ikke som et forhold, der beviste, at der forelå økonomiske forbindelser i den snævre forstand, sagsøgeren har givet dette begreb, men som faktorer, der medvirker til at disciplinere medlemmerne af et oligopol ved at forøge risikoen for repressalier i tilfælde af, at et medlem handler på en måde, som er uacceptabel for de andre. Dette bekræftes endvidere af en konsulents undersøgelse af Implats' konkurrencemæssige reaktionsmuligheder over for LPD og er indeholdt i dokumenter dateret den 6. maj 1994, der blev forelagt Gencor's og Implats' bestyrelser, og som er citeret i beslutningen (punkt 158). Ifølge konsulenten var et af de mulige scenarier »disciplinerende angreb og signaler — fokuserede priskrige, f.eks. Rh (rhodium)«.
- 282 Den omstændighed, at de pågældende forbindelser vedrører AAC og ikke Amplats direkte, kan ikke svække Kommissionens argumentation. Da selskabet Amplats kontrolleres af AAC, havde Kommissionen grundlag for at finde, at de forbindelser, der bestod mellem AAC og andre virksomheder, uanset om de opererede på platinmetalmarkedene eller ej, kunne have en gunstig eller ugunstig indvirkning på Amplats.

283 For så vidt angår argumentet om, at AAC's nylige erhvervelse af aktier i Lonrho er en fjendtlig handling over for Gencor og fusionen, og at den i sig selv er et holdepunkt for, at de forbindelser, der består mellem de forskellige selskaber, ikke hindrer en indbyrdes aggressiv konkurrence, bemærkes dels, at sagsøgeren ikke har fremlagt bevis for den fjendtlige karakter af denne transaktion, dels, at den nævnte transaktion, uanset de årsager, der har begrundet den, styrker forbindelserne mellem de to største konkurrenter på markedet.

284 Det undersøgte klagepunkt må således afvises.

f) Andre konkurrencemidler end den teknologiske udvikling

Parternes argumenter

285 Sagsøgeren har anført, at selv om produktions- og mineteknologien anses for at være fuldt udviklet, har Kommissionen ikke taget hensyn til andre ikke tekniske konkurrencemæssige fordele, som f.eks. disponible minerereserver, virksomhedens ledelse og de forskellige hjælpemidler hos de forskellige producenter, som giver dem en meget forskellig konkurrenceposition.

286 Kommissionen har ikke benægtet, at det er muligt, at der kan konkurreres i en sektor, hvor teknologien er fuldt udviklet. Imidlertid medfører en manglende teknologisk udvikling, at en vigtig kilde til konkurrence fjernes. Sagsøgerens argument beviser vigtigheden af forskellig ledelsesstil og forskellige ressourcer. Et af de vigtigste kendetegn ved fusionen med hensyn til dens virkning på konkurrencen er imidlertid, at den ville have elimineret en konkurrent (LPD),

hvis ledelsesstil og omkostningsstruktur var meget forskellig fra Implats' og Amplats'.

Rettens bemærkninger

- 287 I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, har Kommissionen i punkt 152 og 153 i den omtvistede beslutning taget det forhold i betragtning, at det selv i en sektor, hvor teknologien er fuldt udviklet, stadig er muligt at konkurrere ved hjælp af anvendelse af nye arbejdsmetoder og nye fremstillingsmetoder, ligesom den har taget hensyn til den omstændighed, at der var forskelle i ledelsen af de fire store platinproducenter, at udviklingen af teknikkerne for udvinding af platin er relativt langsom, og at der ikke forventes større teknologiske gennembrud, som vil kunne ændre platinindustriens produktionsstruktur grundlæggende.
- 288 Beslutningen har således taget hensyn til andre, ikke tekniske konkurrencemæssige fordele. Sagsøgerens klagepunkt må herefter afvises.

g) Hensyntagen til tredjemænds reaktioner

Sagsøgerens argumenter

- 289 Ifølge sagsøgeren har Kommissionen overset den neutrale eller positive reaktion på fusionen fra flertallet af de kunder og andre tredjemænd, som Kommissionen har kontaktet, hvilken reaktion fremgår af punkt 2.17-2.21 i svaret på meddelelsen af klagepunkter. Hvis disse erhvervsdrivende ikke var af den opfattelse, at marginale og andre faktorer på markedet havde en indflydelse på

konkurrencen og holdt en eventuel prisforhøjelse tilbage, ville de med sikkerhed have udtrykt en negativ holdning.

Rettens bemærkninger

290 Sagsøgeren har ikke fremlagt nogen oplysning, der kan bekræfte selskabets opfattelse. Den omstændighed, at Kommissionen i sin markedsanalyse har tilsluttet sig den holdning, som blev udtrykt af kunder og andre tredjemænd, der reagerede negativt på fusionen, er ikke et bevis på, at den ikke har taget hensyn til holdningen hos de tredjemænd, der havde en positiv eller neutral reaktion.

291 Selv om opfattelsen blandt kunder og andre tredjemænd kan udgøre en vigtig informationskilde med hensyn til en fusions forventede indflydelse på markedet, kan en sådan holdning ikke være bindende for Kommissionen i dennes selvstændige vurdering af fusionens indflydelse på markedet.

292 Det undersøgte klagepunkt må således afvises.

h) Tidligere oligopolistiske tendenser

Parternes argumenter

- 293 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen i forbindelse med vurderingen af eksistensen af en tidligere tendens i platinindustrien til skabelse af en kollektiv dominerende stilling har overset den omstændighed, at markedsandelene har varieret gennem tiderne (sagsøgeren har henvist til NERA-rapporten, tabellen på s. 15), og det forhold, at der, som selskabet medgiver, har været en nedgang i de største producenters markedsandele, hvilket viste, at der bestod en vis konkurrence på markedet. Endvidere er de reelle priser faldet i løbet af det sidste årti (sagsøgeren har henvist til NERA-rapporten, tabel 3.2, s. 18, bilag 10, figur 3, til svaret på meddelelsen af klagepunkter og gengivet i bilag 11 til stævningen).
- 294 Kommissionen har gjort gældende, at selv om det i beslutningen medgives, at der tidligere bestod en vis konkurrence, har der også været udvist parallel eller kartellignende adfærd.

Rettens bemærkninger

- 295 I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, fremgår det af punkt 166 og 173 samt af punkt 168-172 og punkt 204 i den omtvistede beslutning, at Kommissionen på behørig vis har taget hensyn til både bevægelserne i markedsandelene og til prisudviklingen i sin analyse af det konkurrencemiljø, som de sydafrikanske udbydere havde været en del af forud for fusionen.
- 296 Sagsøgerens klagepunkt må således afvises.

i) Konklusion

- 297 Det fremgår af det ovenstående, at det med rette er fastslået i den omtvistede beslutning (punkt 219), at fusionen ville resultere i, at der etableredes en duopolistisk dominerende stilling for Amplats og Implats/LPD på markederne for platin og rhodium, hvilket ville have til følge, at den effektive konkurrence ville blive hæmmet betydeligt inden for fællesmarkedet, jf. artikel 2 i forordning nr. 4064/89. Det følger således også heraf, at begrundelsen i beslutningen opfylder kravene i henhold til traktatens artikel 190.
- 298 Da alle sagsøgerens klagepunkter må afvises, kan de undersøgte anbringender ligeledes ikke tages til følge.

IV — Anbringenderne vedrørende dels en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, for så vidt som Kommissionen ikke har accepteret de af fusionsparterne tilbudte tilsagn, dels en tilsidesættelse af traktatens artikel 190

Parternes argumenter

- 299 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved at afvise de tilsagn, fusionsparterne har tilbudt, og at den ligeledes ikke har begrundet sit afslag tilstrækkeligt og derved har tilsidesat traktatens artikel 190.
- 300 Sagsøgeren har anført, at parterne ifølge punkt 215 i den omtvistede beslutning havde foreslået Kommissionen et foreløbigt tilsagn, der skulle tjene til at afbøde de konkurrencemæssige problemer, som transaktionen gav anledning til. Til-

sagnet blev forelagt medlemsstaterne, og det blev drøftet på Det Rådgivende Udvalgs møde den 9. april 1996.

301 Tilsagnet bestod af tre dele:

a) udvidelse af (...) kapacitet med (...) oz

b) opretholdelse af det eksisterende produktionsniveau, dvs. (...) oz p.a.

c) en »ny udbyder« på markedet.

302 Kommissionen har med urette afvist disse tilsagn (punkt 216 i den omtvistede beslutning), idet den fandt, at de var af adfærdsmæssig karakter, og at de derfor ikke kunne accepteres i henhold til forordning nr. 4064/89. Sagsøgeren har imidlertid gjort gældende, at Kommissionen tidligere har accepteret tilsagn af adfærdsmæssig karakter i henhold til denne forordning. Selskabet har i denne sammenhæng henvist til en række beslutninger, i forbindelse med hvilke Kommissionen klart har accepteret denne type tilsagn.

303 Sagsøgeren har anført, at tilsagnet blev afvist i punkt 216 i den omtvistede beslutning med den begrundelse, at »produktionen i andre skakter, ejet af den fusionerede enhed, reduceres før tiden for ganske enkelt at bevare produktionen på sit nuværende niveau på (...) oz, hvorved det samlede udbud vil blive begrænset«. Det er sagsøgerens opfattelse, at dette argument ikke giver mening. Ifølge sagsøgeren indebar tilsagnet en udvidelse af (...)’s kapacitet med (...) oz og

en fastholdelse af produktionen på det nuværende niveau. Som følge heraf ville der ikke kunne ske nogen reduktion, før den ekstra kapacitet var til rådighed.

- 304 Sagsøgeren har endvidere anfægtet Kommissionens argument (punkt 216 i den omtvistede beslutning) om, at hvis én udbyder holdt produktionen på et konstant niveau, ville dette blive signaleret til det andet medlem af oligopolet, Amplats, hvorefter priserne ville blive presset i vejret. Sagsøgeren har hævdet, at tilsagnet ikke ville medføre et loft for den fusionerede enheds produktion. Amplats kunne derfor ikke antage, at den fusionerede enhed ville reagere på en stigning i efterspørgslen ved at holde sin produktion på det gældende niveau. Under alle omstændigheder har virksomhederne ret til at oppebære et rimeligt afkast af deres økonomiske aktiviteter, for så vidt som dette ikke er urimeligt eller illoyalt ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt. Imidlertid ville de sydafrikanske myndigheder kunne gribe ind over for enhver adfærd fra den fusionerede enheds og Amplats' side, der gav et sådant afkast.
- 305 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at Kommissionen ikke på nogen måde har taget hensyn til de sydafrikanske myndigheders konstatering af, at Amplats allerede havde en dominerende stilling, i hvilken den ville blive udsat for effektiv konkurrence fra den enhed, der ville opstå som følge af fusionen. Kommissionens holdning strider således mod den betænkelighed, de sydafrikanske myndigheder gav udtryk for med kendskab til grundlaget for den eksisterende markedsstruktur.
- 306 Med hensyn til frembringelsen af en ny udbyder, som ifølge Kommissionen kun ville have en ubetydelig indflydelse, har sagsøgeren gjort gældende, at såfremt selskabet har ret i sine kritikpunkter mod Kommissionen med hensyn til dennes holdning til tilsagnet, kan dette aspekt af den omtvistede beslutning ikke opretholdes.
- 307 Sagsøgeren har også anfægtet Kommissionens udtalelse om, at tilsagnet ikke afspejlede den vækst på markedet, som alle kommentatorer er enige om vil finde sted (punkt 216 i den omtvistede beslutning). Det er sagsøgerens opfattelse, at denne holdning modsagdes af flertallet af fabrikanterne. Disse havde fremhævet,

at der var et udbudsoverskud, som ville blive udlignet i løbet af nogle år. Denne opfattelse blev støttet af mindst tre uafhængige rapporter, som var vedlagt parternes svar på meddelelsen af klagepunkter, og som Kommissionen kun kort har henvist til i den omtvistede beslutning. Set i denne sammenhæng udgjorde parternes tilsagn om at fastholde produktionen på det bestående niveau et tiltag, der kunne fjerne Kommissionens betænkeligheder.

308 Endvidere har sagsøgeren gjort gældende, at det havde været muligt at kontrollere, om de tilbudte tilsagn blev overholdt. Det havde navnlig været muligt at efterprøve, om produktionsniveauet blev holdt, idet der kunne pålægges parterne en pligt til at indberette produktionstallene til Kommissionen hvert kvartal. Disse tal ville kunne sammenlignes på årsbasis med de produktionstal, der offentliggøres i årsberetningen og årsregnskabet, som revideres. Hvad angår det andet tilbudte tilsagn, dvs. udvidelsen af (...) -projektet, ville dette, på trods af sin strukturelle art, under alle omstændigheder let kunne efterprøves ved hjælp af reviderede statusrapporter og årlige besøg på stedet. Kontrollen med overholdelsen af disse tilsagn ville således ikke have været vanskeligere end kontrollen med tilsagn, der er blevet accepteret i andre sager.

309 Endelig har Kommissionen ikke som grundlag for at afvise det tilbudte tilsagn kunnet henvise til den omstændighed, at det ville være vanskeligere at kontrollere overholdelsen heraf, idet alle produktionsanlæg tilhørende den fusionerede enhed befandt sig i Sydafrika. Hvis Kommissionen i henhold til fællesskabsretten og folkeretten har beføjelse til at forbyde en fusion, der udelukkende gennemføres uden for Fællesskabet, bør den ifølge sagsøgeren i det mindste anvende de samme regler og kriterier på en sådan fusion som dem, den anvender på en fusion inden for Fællesskabet.

310 Kommissionen har bestridt, at tilsagnet bestod i at opretholde produktionen og at udvide (...) -projektet, dvs. at øge produktionen. Ifølge Kommissionen bestod tilsagnet kun i at *fastholde* det gældende produktionsniveau, mens den nye

produktionskapacitet blev etableret. Imidlertid er det i den omtvistede beslutning (punkt 216) forklaret, hvorfor dette under alle omstændigheder ikke havde været tilstrækkeligt på et voksende marked. Sagsøgerens argument om, at Amplats ikke kunne forudsige, at den fusionerede enhed ville afstå fra at forøge produktionen som svar på en stigning i efterspørgslen, svarer til en benægtelse af, at der foreligger et oligopol. Endelig ville det af de grunde, der er anført i forbindelse med det første anbringende til støtte for annullationspåstanden, være urimeligt i denne henseende at anføre, at de sydafrikanske konkurrencemyndigheder ville have interesse i at intervenere i tilfælde af en forsætlig begrænsning af produktionen.

311 Det er Kommissionens opfattelse, at tilsagn af adfærdsmæssig karakter ikke kan accepteres. Inden for rammerne af forordning nr. 4064/89 må afhjælpningen af en økonomisk magtkoncentration på markedet, der følger af en fusion, i sig selv være af strukturel karakter. Da formålet med forordningen er at hindre, at der opstår situationer, hvor der er mulighed for konkurrencebegrænsende adfærd, som ikke indebærer en samordnet praksis, kan der alene tages hensyn til tilsagn, som bidrager til at ophæve muligheden for misbrug. Endvidere forhindrer forordningens artikel 2 Kommissionen i at godkende en fusion, der skaber eller styrker en dominerende stilling. Under disse omstændigheder er et tilsagn om ikke at misbruge en dominerende stilling utilstrækkeligt og opfylder ikke forordningens krav.

312 Kommissionen er ikke enig i sagsøgerens analyse af de tilsagn, der blev tilbudt og accepteret i tidligere sager. Et tilsagn kan anses for strukturelt, når det løser et strukturelt problem, f.eks. et problem med hensyn til adgangen til markedet. Det er i denne forbindelse ikke nødvendigt at diskutere spørgsmålet om, hvorvidt tilsagnet om udvidelsen af (...)-projektet i sig selv var strukturelt, idet det ikke på nogen måde løste det pågældende konkurrencemæssige problem.

Retten's bemærkninger

313 Det skal indledningsvis undersøges, hvilken type tilsagn der kan accepteres inden for rammerne af forordning nr. 4064/89, og nærmere bestemt, om der er et retsgrundlag for Kommissionens opfattelse, hvorefter tilsagn af adfærdsmæssig karakter ikke kan accepteres.

314 I lyset af syvende betragtning, i henhold til hvilken »der skal [...] skabes nye retlige rammer [...], der muliggør en effektiv kontrol med alle fusioner på baggrund af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet«, er hovedformålet med forordning nr. 4064/89 en kontrol af markedsstrukturen og ikke af virksomhedernes adfærd, idet den sidstnævnte kontrol i det væsentlige er forbeholdt traktatens artikel 85 og 86.

315 Forordningens artikel 8, stk. 2, bestemmer:

»Finder Kommissionen, at en anmeldt fusion, eventuelt efter at de deltagende virksomheder har foretaget ændringer, opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 2, vedtager den en beslutning, hvorved den erklærer fusionen for forenelig med fællesmarkedet.

Kommissionen kan til sin beslutning knytte betingelser og påbud med henblik på at sikre, at de pågældende virksomheder overholder de forpligtelser med henblik på at ændre den oprindelige fusionsplan, som de har påtaget sig over for Kommissionen [...]«

316 Det fremgår af disse bestemmelser samt af artikel 2, stk. 2, i samme forordning, at når Kommissionen er nået frem til den konklusion, at fusionen kan skabe eller styrke en dominerende stilling, er den forpligtet til at forbyde denne, selv om de

virksomheder, der deltager i den påtænkte transaktion, forpligter sig over for Kommissionen til ikke at misbruge den dominerende stilling.

317 Da forordningens formål er at hindre skabelsen eller styrkelsen af markedsstrukturer, der kan hæmme den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet betydeligt, kan man ikke acceptere fremkomsten af denne type situationer med det påskud, at de deltagende virksomheder forpligter sig til ikke at misbruge deres dominerende stilling, heller ikke selv om overholdelsen af dette tilsagn let vil kunne efterprøves.

318 Som følge heraf har Kommissionen i forbindelse med forordning nr. 4064/89 kun beføjelse til at acceptere tilsagn, der kan gøre den anmeldte transaktion forenelig med fællesmarkedet. De tilsagn, der tilbydes af de deltagende parter, skal med andre ord gøre det muligt for Kommissionen at konkludere, at den pågældende fusion ikke skaber eller styrker en dominerende stilling som omhandlet i forordningens artikel 2, stk. 2 og 3.

319 Det er således uden betydning, om det tilbudte tilsagn må anses for strukturelt eller adfærdsmæssigt. Det er korrekt, at tilsagn af strukturel karakter, som f.eks. nedbringelse af den fusionerede enheds markedsandel gennem salg af et datterselskab, principielt er at foretrække, henset til forordningens formål, for så vidt som de endeligt eller i hvert fald for en længere periode hindrer, at den dominerende stilling, som Kommissionen forud har identificeret, skabes eller styrkes, uden at der i øvrigt kræves kontrolforanstaltninger på mellemlang eller lang sigt. Imidlertid kan det ikke på forhånd udelukkes, at tilsagn, der ved første øjekast er af adfærdsmæssig karakter, som f.eks. afståelse fra at benytte et varemærke i en bestemt periode, overladelse af en del af den fusionerede enheds produktionskapacitet til konkurrerende tredjemænd eller mere generelt adgang til afgørende faciliteter på ikke-diskriminerende vilkår, også kan hindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling.

- 320 Man må således i hvert enkelt tilfælde undersøge de tilsagn, de deltagende virksomheder har tilbudt.
- 321 Selv om sagsøgeren i den foreliggende sag har kvalificeret tilsagnet om udvidelsen af (...) -projektet som strukturelt, har selskabet ikke bestridt, at dette tilsagn, som Kommissionen har anført i den omtvistede beslutning (punkt 216), ikke i højere grad end de andre tilbudte tilsagn, dvs. tilsagnet om opretholdelse af et bestemt produktionsniveau og tilsagnet om at frembringe en ny udbyder, kunne løse problemet med den oligopolistiske markedsstruktur, der ville blive skabt ved fusionen.
- 322 De to første tilsagn ændrer ikke ved den pågældende markedsstruktur som duopolistisk marked, men skaber blot en ramme for Implats/LPD's produktionspolitik, med hvad der kun fremstår som en forpligtelse om et minimumsniveau for produktionen, der, selv om denne kan mindske mulighederne for misbrug af en dominerende stilling i fremtiden på grundlag af udviklingen i efterspørgslen, hverken kan garantere, at et sådant misbrug ikke finder sted, eller — hvilket er vigtigere — at selve den dominerende stilling bortfalder.
- 323 Sagsøgeren kan i øvrigt ikke fastholde, at Kommissionen ikke kunne afvise tilsagnet med den begrundelse, at hvis Implats/LPD havde fastholdt sin produktion på et bestemt niveau, ville dette blive kendt af Amplats, hvorefter priserne ville blive presset i vejret. Det fremsatte argument påviser ikke på nogen måde, at de tilbudte tilsagn kunne eliminere den duopolistiske dominerende stilling, der ville blive etableret ved fusionen, og rejser kun tvivl om selve eksistensen af en dominerende stilling. På dette punkt er sagsøgerens argumenter imidlertid allerede afvist i forbindelse med anbringendet om annullation på grund af tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89 og vedrørende konstateringen af den kollektive dominerende stilling.
- 324 Hvad angår sagsøgerens argumenter om, dels at virksomhederne har ret til at oppebære et rimeligt afkast af deres økonomiske aktiviteter, dels at enhver adfærd udvist af den fusionerede enhed og Amplats, der dannede grundlag for et sådant afkast, kunne gøres til genstand for de sydafrikanske myndigheders indgriben, er

det tilstrækkeligt at bemærke, at uanset om disse argumenter er rigtige, er de ikke relevante for afgørelsen af, om det tilbudte tilsagn kunne eliminere den hindring i konkurrencestrukturen, som fusionen ville skabe.

- 325 For så vidt angår det tredje tilsagn, nemlig frembringelsen af en ny udbyder, er det tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren ikke har bestridt Kommissionens analyse, hvorefter dette tilsagn kun ville have haft en ubetydelig indflydelse på det fremtidige udbud af platin til de endelige aftagere. Sagsøgeren, som har anerkendt, at dette tilsagn alene er accessorisk, har blot fremhævet, at såfremt selskabet havde ret med hensyn til de andre kritikpunkter over for Kommissionen med hensyn til dennes holdning over for tilsagnet, kunne dette aspekt af beslutningen ikke opretholdes.
- 326 Da Kommissionen imidlertid, som fastslået ovenfor, med rette har afvist de to første tilsagn, har den ikke foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved at antage, at det tredje tilsagn, uanset dets karakter, ikke kunne accepteres, henset til dets ubetydelige indflydelse på markedet.
- 327 Under disse omstændigheder er sagsøgerens argumenter vedrørende mulighederne for at kontrollere de tilbudte tilsagn ikke relevante. Da tilsagnene som helhed ikke kan eliminere den hindring, som fusionen skaber for den effektive konkurrence, har Kommissionen med rette afvist dem, også selv om kontrollen med overholdelsen af tilsagnene ikke gav anledning til problemer.
- 328 Kommissionen har således hverken foretaget en urigtig retsanvendelse eller et åbenbart urigtigt skøn ved at afvise de tilsagn, Gencor og Lonrho tilbød med henblik på at fjerne de konkurrencemæssige problemer, fusionen gav anledning til.

329 I lyset af det ovenstående er beslutningen således tilstrækkeligt begrundet med hensyn til afvisningen af tilsagnene.

330 Der kan derfor ikke gives sagsøgeren medhold i de undersøgte anbringender.

Sagens omkostninger

331 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, pålægges selskabet at betale Kommissionens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom.

332 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit, bærer de medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Forbundsrepublikken Tyskland bør således bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Udvidede Afdeling)

- 1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.
- 2) Sagsøgeren bærer sine egne og Kommissionens omkostninger.
- 3) Forbundsrepublikken Tyskland bærer sine egne omkostninger.

Azizi

Vesterdorf

García-Valdecasas

Moura Ramos

Jaeger

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. marts 1999.

H. Jung

J. Azizi

Justitssekretær

Afdelingsformand

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder	II - 761
1. Fusionen	II - 761
Parterne i fusionen	II - 761
Den påtænkte transaktion	II - 762
2. Den administrative procedure	II - 763
Retsforhandlinger	II - 766
Parternes påstande	II - 769
Formaliteten	II - 770
Kommissionens argumenter	II - 770
Rettens bemærkninger	II - 770
Realiteten	II - 772
I—Anbringenderne vedrørende dels en tilsidesættelse af forordning nr. 4064/89, for så vidt som denne ikke giver Kommissionen kompetence til at undersøge den pågældende fusions forenelighed med fællesmarkedet, dels en tilsidesættelse af traktatens artikel 190	II - 773
Parternes argumenter	II - 773
Rettens bemærkninger	II - 781
1. Det stedlige anvendelsesområde for forordning nr. 4064/89	II - 782
2. Den omtvistede beslutnings forenelighed med folkeretten	II - 785
II— Anbringenderne vedrørende dels en tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, for så vidt som Kommissionen ikke har kompetence til at hindre fusioner, der skaber eller styrker en kollektiv dominerende stilling, dels en tilsidesættelse af traktatens artikel 190	II - 790
Sagsøgerens argumenter	II - 790
Rettens bemærkninger	II - 793
III —Anbringenderne om dels en tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, for så vidt som Kommissionen fejlagtigt har konstateret, at fusionen ville skabe en kollektiv dominerende stilling, dels en tilsidesættelse af traktatens artikel 190	II - 802
A— Den omtvistede beslutning	II - 802
B— Generelle bemærkninger	II - 804
C— Gencor's og Lonrho's påståede fælles kontrol over LPD forud for fusionen	II - 806
Parternes argumenter	II - 806
Rettens bemærkninger	II - 806
	II - 855

D— Kommissionens karakteristik af den kollektive dominerende stilling	II - 815
1. Kriteriet om markedsandel	II - 815
Parternes argumenter	II - 815
Rettens bemærkninger	II - 816
2. Ligheden af Implats/LPD's og Amplats' omkostningsstrukturer efter fusionen	II - 821
Sagsøgerens argumenter	II - 821
Rettens bemærkninger	II - 822
3. Markedets kendetegn	II - 824
a) Markedets gennemsigtighed	II - 824
Parternes argumenter	II - 824
Rettens bemærkninger	II - 825
b) Udsigten til vækst på platinmarkedet	II - 826
Parternes argumenter	II - 826
Rettens bemærkninger	II - 826
c) Balancen mellem udbud og efterspørgsel	II - 828
Sagsøgerens argumenter	II - 828
Rettens bemærkninger	II - 829
d) Marginale og alternative forsyningskilder	II - 831
Parternes argumenter	II - 831
Rettens bemærkninger	II - 833
e) Strukturelle forbindelser	II - 835
Parternes argumenter	II - 835
Rettens bemærkninger	II - 837
f) Andre konkurrencemidler end den teknologiske udvikling	II - 840
Parternes argumenter	II - 840
Rettens bemærkninger	II - 841
g) Hensyntagen til tredjemænds reaktioner	II - 841
Sagsøgerens argumenter	II - 841
Rettens bemærkninger	II - 842
h) Tidligere oligopolistiske tendenser	II - 843
Parternes argumenter	II - 843
Rettens bemærkninger	II - 843
i) Konklusion	II - 844

IV —Anbringenderne vedrørende dels en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, for så vidt som Kommissionen ikke har accepteret de af fusionsparterne tilbudte tilsagn, dels en tilsidesættelse af traktatens artikel 190	II - 844
Parternes argumenter	II - 844
Rettens bemærkninger	II - 849
Sagens omkostninger	II - 853