CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO van 6 februari 1997 *

Inhoudsoverzicht

Ontstaansgeschiedenis en inhoud van de verordening ..... I - 1383

De procedure en de beschikking ..... I - 1387

De twee beroepen: probleemstelling en opzet van de conclusie ..... I - 1391

I — De ontvankelijkheid (zaak C-30/95) ..... I - 1394

a) De gedeeltelijke nietigverklaring ..... I - 1395

b) De procesbevoegdheid ..... I - 1396

c) De mogelijkheid om op te komen tegen de overweging betreffende Potacan ... I - 1399

d) Het ontbreken van procesbelang ..... I - 1400

II — Ten gronde ..... I - 1401

a) De niet-nakoming van de verplichting tot samenwerking met de nationale autoriteiten (zaak C-68/94) ..... I - 1401

b) De gevolgen van de concentratie op de Duitse markt (zaak C-68/94) ..... I - 1404

c) De gevolgen van de concentratie voor de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen (zaken C-68/94 en C-30/95) ..... I - 1410

1) De afbakening van de relevante geografische markt ..... I - 1410

2) De mogelijkheid de verordening op concentraties toe te passen teneinde te kunnen optreden tegen collectieve machtsposities ..... I - 1417

— Het tekstuele gegeven ..... I - 1419

— Rechtsgrondslagen en bedoeling van de wetgever ..... I - 1420

— De procedurele waarborgen ..... I - 1422

— Overwegingen van economische aard en doelstellingen van de verordening ..... I - 1425

3) Het onjuiste gebruik in het onderhavige geval van het begrip collectieve machtspositie ..... I - 1428

— De concentratiegraad op de markt ..... I - 1431

— De structurele banden tussen K+S en SCPA ..... I - 1432

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

— De kenmerken van de uitgeschakelde concurrent ..... I - 1436

— De positie van de concurrenten ..... I - 1437

— De vergelijking tussen de positie van K+S/MdK en die van SCPA .... I - 1438

— De economische macht van de afnemers ..... I - 1440

— Toetredingsdrempels ..... I - 1441

— De kenmerken van de markt en van het product ..... I - 1442

— Het bestaan van parallelle gedragingen ..... I - 1442

d) Het opleggen van voorwaarden en verplichtingen die gevolgen hebben voor derden die niet bij de concentratie zijn betrokken (zaken C-68/94 en C-30/95) ..... I - 1444

1) De mogelijkheid om artikel 8, lid 2, toe te passen op ondernemingen die niet bij de concentratie zijn betrokken ..... I - 1445

2) De geschiktheid van de in casu opgelegde voorwaarden om een daadwerkelijke mededinging te handhaven ..... I - 1446

— De voorwaarde betreffende de terugtrekking van K+S uit het Kali-Export-kartel ..... I - 1447

— De voorwaarde betreffende de opzegging van de leveringscontracten tussen K+S en SCPA ..... I - 1448

Conclusie ..... I - 1449

1. Is het mogelijk de bepalingen van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [1] (hierna: „verordening"), op oligopolies toe te passen? En welke beperkingen gelden, gelet op de bepalingen van de verordening, voor de Commissie bij de beoordeling van de wettigheid van concentraties?

De zaken C-68/94 en C-30/95 bieden het Hof de gelegenheid een antwoord te geven op onder andere deze vragen, die ontegenzeglijk relevant zijn voor de toepassing van de verordening. In deze beroepen — waarvan het ene is ingesteld door de Franse regering en het andere door de Société commerciale des potasses et de l'azote (hierna: „SCPA") en de Entreprise minière et chimique (hierna: „EMC") — wordt de wettigheid van beschikking 94/449/EG van de Commissie van 14 december 1993 [2] (hierna: „beschikking"), zij het vanuit deels verschillende invalshoeken, betwist.

2. In deze beschikking heeft de Commissie een concentratie toegestaan die ertoe strekt

1 — PB L 395, blz. 1.

2 — Beschikking inzake een procedure op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (Zaak IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (PB L 186, blz. 38).

de kali- en steenzoutactiviteiten van de vennootschappen Kali und Salz AG (hierna: „K+S") en Mitteldeutsche Kali AG (hierna: „MdK") in een gemeenschappelijke onderneming van K+S en de Treuhandanstalt onder te brengen. De verklaring van verenigbaarheid is evenwel afhankelijk gesteld van de nakoming door deze ondernemingen van bepaalde voorwaarden, die in hoofdzaak bestaan uit het verbreken van de handelsbetrekkingen met SCPA en EMC.

Het beroep van SCPA en EMC (zaak C-30/95) strekt juist tot nietigverklaring van het onderdeel van de beschikking waarin die voorwaarden zijn opgenomen; het beroep van de Franse regering (zaak C-68/94) ziet tevens op andere aspecten en heeft derhalve een ruimere strekking. Niettemin acht ik het mogelijk en zelfs verkieslijk, gelet op het feit dat de procedures slechts ten dele een ander voorwerp hebben en sommige van de aangevoerde middelen en argumenten goeddeels met elkaar overeenstemmen, de zaken samen te behandelen met inachtneming van de verschillen.

3. Alvorens in te gaan op de formulering van de beschikking en daarmee over te gaan tot de bespreking van een geschil dat, gelet op de principiële vragen die het opwerpt, een belangrijke stap kan vormen in de rechtspraak inzake de mededinging, lijkt het mij echter dienstig, in te gaan op de ontstaansgeschiedenis en de wezenlijke kenmerken van de verordening, alsmede op de procedure die ter zake van de controle op concentraties moet worden gevolgd. Daardoor zal het gemakkelijker zijn, bepaalde algemene aspecten aan de orde te stellen, waar ik vervolgens naar zal verwijzen in het kader van de bespreking van de verschillende ontvankelijkheids- en gegrondheidsvragen die door de betrokken procedures worden opgeroepen.

Ontstaansgeschiedenis en inhoud van de verordening

4. Anders dan het EGKS-Verdrag (artikel 66) bevat het EG-Verdrag geen enkele specifieke bepaling inzake concentraties van ondernemingen. Deze lacune komt voort uit een duidelijke politieke wil om de versterking van de bedrijven in de Gemeenschap te bevorderen door middel van onder meer concentraties. De Commissie zelf heeft zich in een memorandum van 1 december 1965 principieel ten gunste van concentraties uitgesproken, aangezien zij deze van nut achtte voor de versterking van de Europese industrie, die op dat moment nog te zwak was om het hoofd te kunnen bieden aan de concurrentie op de internationale markt. In hetzelfde memorandum bevestigde zij voorts haar voornemen om artikel 86 in plaats van artikel 85 op concentraties toe te passen. Dit standpunt kreeg bijval van het Hof, dat in zijn arrest Europemballage en Continental Can/Commissie erkende, dat van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 sprake is, wanneer een onderneming die reeds een machtspositie op de markt bezit, deze zodanig versterkt, bijvoorbeeld door een fusie aan te gaan, „dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert". [3]

3 — Arrest van 21 februari 1973 (6/72, Jurispr. blz. 215, punt 26).

De toepassing van artikel 86 kon echter geen volledig bevredigende oplossing bieden, al was het maar omdat op grond van deze bepaling slechts achteraf, dus tegen reeds bestaande machtsposities, kan worden opgetreden, terwijl een regeling op het gebied van concentraties de voor de mededinging nadelige gevolgen met name zou moeten voorkomen. Daarom heeft de Commissie korte tijd na het arrest Europemballage en Continental Can/Commissie bij de Raad een eerste voorstel voor een verordening in die zin ingediend. Overigens getuigde haar latere praktijk van de wil om artikel 85 weer op concentraties toe te passen, waarbij zij het instrument van de „voorafgaande beoordeling" [4] hanteerde. Deze tendens lijkt bevestiging te hebben gevonden in het arrest BAT en Reynolds/Commissie [5], waarin het Hof erkende, dat het verwerven door een onderneming van een minderheidsbelang in het kapitaal van een concurrerende onderneming onder bepaalde voorwaarden kon leiden tot een beperking die onverenigbaar is met artikel 85.

5. Voornoemd arrest gaf voeding aan het debat over deze kwestie en vormde voor de Commissie de aanzet om in 1988 een nieuw voorstel in te dienen. Op basis van dit laatste voorstel heeft de Raad de verordening vastgesteld, waarvan de definitieve tekst niet vermag te verhullen dat de uitwerkingsfase door soms grondige meningsverschillen werd gemarkeerd. [6]

Ook na de vaststelling van de verordening werd de positieve benadering van concentratievormen tussen ondernemingen, die werden beschouwd als het middel waarmee de Europese industrie op doeltreffende wijze het hoofd kon bieden aan de concurrentie op de internationale markt, niet verlaten. Zo wordt in de considerans van de verordening beklemtoond, dat concentraties, die ten gevolge van de opheffing van de binnengrenzen met het oog op de verwezenlijking van de interne markt zullen toenemen, positief moeten worden beoordeeld, omdat zij aan de eisen van een dynamische mededinging beantwoorden en tot verhoging van het concurrentievermogen van de Europese industrie, verbetering van de voorwaarden voor groei en verhoging van de levensstandaard in de Gemeenschap kunnen leiden. Het proces van hergroepering en herstructurering van de industrie mag de mededinging echter niet blijvend schaden, zodat aan de hand van het gemeenschapsrecht moet kunnen worden opgetreden tegen „concentraties die de daadwerkelijke mededinging in de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan aanzienlijk kunnen belemmeren" (vijfde overweging van de considerans).

6. De verordening is vooral gebaseerd op artikel 87, voor zover zij toepassingsmodaliteiten van de artikelen 85 en 86 bevat. Daarnaast vindt de verordening echter ook

4 — Zie in deze zin bijvoorbeeld Santamaria, *Diritto commerciale communitario*, Milaan, 1995, blz. 92 e. v., die beschikking 85/78/EEG van de Commissie van 12 december 1984 (Zaak Mechaniver — PPG) (PB L 35, blz. 54) als eerste voorbeeld van deze werkwijze aanhaalt.

5 — Arrest van 17 november 1987 (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487). Zie evenwel, als een voorbeeld van de weigering om aan het arrest BAT en Reynolds/Commissie een reikwijdte toe te kennen die het belang van de zaak zelf overschrijdt, onder meer Bellamy: „Mergers outside the Scope of the New Merger Regulation. Implications of the Philip Morris Judgment", in *Fordham Corp. Law Institute*, 1988, blz. 22.

6 — Zie de samenvatting van Frignani-Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Turijn, 1996, blz. 685 en 686.

haar grondslag in artikel 235, daar in de zesde overweging van de considerans kan worden gelezen „dat de artikelen 85 en 86 (...) niet toereikend zijn om alle concentraties te dekken die onverenigbaar kunnen blijken te zijn met het door het Verdrag beoogde regime van niet vervalste mededinging".

De concentraties worden in artikel 3, lid 1, omschreven aan de hand van een tamelijk ruim begrip dat, naast fusies, situaties omvat waarin de betrokken partijen hun juridische en zelfs economische autonomie kunnen behouden. [7] Een concentratie wordt in de eerste plaats gekenmerkt, afgezien van de gevallen waarin sprake is van een fusie in technische zin, door het verkrijgen van zeggenschap, hetgeen in artikel 3, lid 3, wordt omschreven als de „mogelijk[-heid] (...) een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming" door middel van met name „eigendoms- of gebruiksrechten op alle vermogensbestanddelen van een onderneming of delen daarvan" of „rechten of overeenkomsten die een beslissende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de ondernemingsorganen". De binnen de werkingssfeer van artikel 3 vallende concentraties vallen slechts onder het toepassingsgebied van de verordening, indien zij een „communautaire dimensie" hebben. [8] De overige gevallen waarin sprake is van een concentratie, behoren daarentegen tot de bevoegdheid van de nationale autoriteiten.

7. Ingevolge artikel 2, lid 1, moet de Commissie bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de voorgenomen concentratie rekening houden „met de noodzaak op de gemeenschappelijke markt een daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen in het licht van met name de structuur van alle betrokken markten en van de bestaande of potentiële mededinging van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen" alsmede met een reeks elementen aan de hand waarvan de daadwerkelijke macht van de betrokken ondernemingen op de markt wordt vastgesteld. [9] De in deze bepaling vervatte opsomming laat de Commissie een ruime discretionaire bevoegdheid, mede doordat de bepaling geen rangorde toekent aan de verschillende in aanmerking te nemen elementen. Veelzeggend is eveneens, dat de verordening, in tegenstelling tot

7 — Woordelijk: wanneer „a) twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen fuseren b) of — één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of — één of meer ondernemingen door de verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze, rechtstreeks of middellijk zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan verkrijgen".

8 — Aan deze voorwaarde is voldaan wanneer „de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan vijf miljard ECU en de totale omzet, die elk afzonderlijk, in de Gemeenschap door ten minste twee der betrokken ondernemingen is behaald, meer dan 250 miljoen ECU bedraagt, tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt" (artikel 1, lid 2).

9 — Het gaat om „de positie op de markt van de betrokken ondernemingen, hun economische en financiële macht, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, hun toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten, het bestaan van juridische of feitelijke hinderpalen voor de toegang tot de markt, de ontwikkeling van vraag naar en aanbod van de betrokken producten en diensten, de belangen van de tussen- en eindverbruikers, alsmede de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voor zover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging".

andere antikartelwetgevingen [10], geen vermoedens van onwettigheid gerelateerd aan de marktaandelen van de ondernemingen kent, noch wiskundige criteria die bij de beoordeling kunnen worden gebruikt.

In de leden 2 en 3 van artikel 2 wordt bepaald, dat bij de beoordeling van de verenigbaarheid, die aan de hand van de voornoemde criteria wordt verricht, uiteindelijk bepalend zal zijn, of de onderzochte concentratie een machtspositie in het leven roept of versterkt „die tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd". [11]

8. De controleprocedure bestaat uit twee fasen. In de eerste fase, die wordt ingeleid door de aanmelding [12] en een maand duurt, gaat de Commissie na, of de concentratie ernstige twijfel oproept aangaande de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt. [13] Indien dit niet het geval is, of indien de concentratie niet binnen de werkingssfeer van de verordening valt, eindigt de procedure in het stadium van de eerste fase met een beschikking van de Commissie (artikel 6, lid 1, sub a en b, van de verordening). Wordt niet tijdig een beschikking gegeven, dan wordt de concentratie geacht verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te zijn verklaard (artikel 10, lid 6).

Wanneer de concentratie daarentegen ernstige twijfel oproept en de Commissie derhalve besluit een formele procedure in te leiden (artikel 6, lid 1, sub c, van de verordening), moet de beschikking binnen een termijn van vier maanden worden gegeven. Blijft de beschikking uit, dan wordt de concentratie geacht verenigbaar te zijn verklaard. In de eventuele (eind)beschikking kan de concentratie, in voorkomend geval onder voorbehoud van de nakoming van voorwaarden en verplichtingen (artikel 8, lid 2), verenigbaar dan wel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard. In het laatste geval kan de Commissie, indien de concentratie reeds tot stand is gebracht,

10 — In de Verenigde Staten heeft de „Merger Guidelines" van 1984 de zogenaamde Herfindhal-Hirschman Index (HHI) geïntroduceerd. Deze index wordt gevormd door de som van het kwadraat van de marktaandelen van alle ondernemingen die partij bij de concentratie zijn. Om de daadwerkelijke toename van de concentratiegraad op de markt ten gevolge van de concentratie vast te stellen, wordt de som van de marktaandelen van de bedoelde ondernemingen verdubbeld. Indien de HHI-index na de concentratie lager is dan 1 000, wordt de concentratie in beginsel toegestaan. Indien de index tussen 1 000 en 1 800 bedraagt, wordt de concentratie onderzocht en kan zij worden verboden wanneer zij tot een verhoging van meer dan 100 punten leidt. Indien, ten slotte, de HHI-index hoger is dan 1 800, kan de concentratie worden verboden, zelfs indien zij tot een verhoging van minder dan 50 punten leidt.

11 — De zinsnede „op significante wijze" heeft in de rechtsleer tot felle discussies geleid. Onder de meest gezaghebbende interpretaties treft men die aan, waarin de betrokken zinsnede in verband wordt gebracht met het „de minimis"-beginsel, volgens hetwelk slechts die concentraties onverenigbaar kunnen worden verklaard die tot wezenlijke gevolgen voor de mededinging leiden door deze op relevante en duurzame wijze te beperken. Zie in deze zin Langeheine: „Substantive Review under the EEG Merger Regulation", in *Fordham Corporate Law Institute*, 1990, blz. 484 e. v. Zie op dit punt ook Bellamy en Child, *Common Market Law of Competition*, 4e druk, Londen, 1993, blz. 336 e. v. Ten aanzien van de betekenis van de daadwerkelijke mededinging verwijst de rechtspraak van het Hof naar de reële voorwaarden waaronder de mededinging zich zou ontwikkelen zonder de betrokken beperking. Zie dienaangaande het arrest van 10 december 1985, ETA (31/85, Jurispr. blz. 3933, punt 11). Zie eveneens Dechery: „Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, blz. 317, met name blz. 323.

12 — De aanmelding van de concentratie dient te geschieden binnen een week na de sluiting van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming.

13 — De beoordeling van een concentratie van „communautaire" dimensie vooronderstelt uiteraard een omschrijving van de relevante economische sector. Daartoe wordt gebruikt gemaakt van de gegevens vermeld op het formulier CO, bedoeld in bijlage I bij verordening (EEG) nr. 2367/90 van de Commissie van 25 juli 1990 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen overeenkomstig verordening (EEG) nr. 4064/89 (PB L 219, blz. 5), die inmiddels is ingetrokken en vervangen door verordening (EG) nr. 3384/94 van de Commissie van 21 december 1994 (PB L 377, blz. 1). Dit formulier bevat in feite een opsomming van alle gegevens die in het kader van een aanmelding aan de Commissie moeten worden meegedeeld.

elke passende maatregel gelasten om een daadwerkelijke mededinging te herstellen (artikel 8, lid 4).

De procedure en de beschikking

9. Op 14 juli 1993 ontving de Commissie overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de verordening een aanmelding van een concentratievoornemen van de Duitse vennootschap K+S, dochteronderneming van het chemieconcern BASF, en MdK, een vennootschap waarin alle activiteiten op het gebied van de winning en verwerking van kali en steenzout in de voormalige Duitse Democratische Republiek zijn ondergebracht en waarvan de Treuhand, een publiekrechtelijke instelling die tot taak heeft de vroegere staatsbedrijven van de DDR te herstructureren, enig aandeelhouder is.

Het is wellicht zinvol hier te preciseren, dat K+S bij de aanmelding van het concentratieplan veruit de grootste Europese kaliproducent was, met meer dan 2 000 000 ton per jaar, gevolgd door MdK met 1 430 000 ton per jaar. In totaal bereikte de Duitse kaliproductie in het jaar onmiddellijk voorafgaand aan de concentratie (1992) dus een niveau van 3 500 000 ton. Op de derde plaats stond, met ongeveeer 1 000 000 ton per jaar, de productie van de Mines de potasse d'Alsace (hierna: „MPA"), welk bedrijf eigendom is van de Franse publiekrechtelijke instelling EMC, die overigens ook 100 % van het kapitaal van SCPA, de vennootschap die de betrokken producten verkoopt, in handen heeft. Daarna kwamen, met productiehoeveelheden van minder dan een miljoen ton per jaar, drie Spaanse ondernemingen, die onlangs zijn gefuseerd in een publiekrechtelijke instelling genaamd INI en hun producten via een zelfde vennootschap, te weten Coposa, verkopen. Als laatste volgde de Britse vennootschap Cleveland Potash Limited (hierna: „CPL").

10. Volgens het concentratieplan zouden alle activiteiten op het gebied van de winning en verwerking van kali en steenzout van K+S en MdK worden ondergebracht bij de Mitteldeutsche Kali AG GmbH (hierna: „MdK GmbH"), de gemeenschappelijke onderneming van K+S en de Treuhandanstalt. K+S zou al haar activiteiten uit de bedoelde sector in de gemeenschappelijke onderneming inbrengen, terwijl de Treuhand een kapitaal van meer dan een miljard DM zou inbrengen. K+S en de Treuhand zouden voor respectievelijk 51 % en 49 % in het aandelenkapitaal en de stemrechten deelnemen.

Na het plan te hebben onderzocht, heeft de Commissie op 16 augustus 1993 besloten, de in artikel 6, lid 1, sub c, van de verordening bedoelde procedure in te leiden, omdat de concentratie ernstige twijfel opriep ten aanzien van de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt. Op 14 december

1993 gaf de Commissie de beschikking waarbij zij de concentratie verenigbaar verklaarde, onder het voorbehoud evenwel van de nakoming van bepaalde voorwaarden en verplichtingen ex artikel 8, lid 2, van de verordening. [14]

11. De relevante productmarkt, zoals aangeduid in de beschikking, betreft in hoofdzaak kaliproducten voor de landbouw. [15] Het gaat om minerale meststoffen die hetzij rechtstreeks worden gebruikt, hetzij samen met andere nutriënten, met name stikstof en fosfaat, in de bodem worden ingebracht in de vorm van zogenaamde mengmeststoffen. In beide gevallen is kali niet verwisselbaar met andere nutriënten. Volgens de Commissie zijn deze producten — ongeacht de inhoud (verschillende hoeveelheden kali), de vorm (standaardproduct of kaligranulaat) of de bestemming (landbouw of industrie voor de productie van mengmeststoffen) — objectief en in hoge mate onderling verwisselbaar voor de afnemers, zodat zij zich voor een gezamenlijke beoordeling lenen. [16]

De Commissie heeft bovendien een tweede relevante markt, naast de markt van kaliproducten, onderscheiden, die wordt gevormd door alle magnesiumproducten. In dit verband heeft zij overigens vastgesteld, dat in feite slechts K+S en MdK — op communautair niveau — actief zijn in deze sector. [17] Niettegenstaande haar conclusie, dat deze vennootschappen ten gevolge van de fusie een monopoliepositie binnen de Gemeenschap zouden innemen ten aanzien van de producten magnesiumsulfaat en kieseriet, en dat de op te richten gemeenschappelijke onderneming dus, met een marktaandeel van 92 %, een machtspositie op deze specifieke markt zou innemen [18], verbond de Commissie hieraan geen enkel gevolg.

12. Ten aanzien van de kaliproducten voor de landbouw, waarop de beschikking nagenoeg geheel is toegespitst, heeft de Commissie daarentegen een onderscheid gemaakt tussen twee geografische markten: Duitsland en de rest van de Gemeenschap. [19]

Ten aanzien van de Duitse markt heeft de Commissie vastgesteld, dat de voorgenomen concentratie de machtspositie van K+S zou versterken door een feitelijk monopolie te creëren. [20] Op grond van de vaststelling, dat MdK in staat van insolventie verkeerde, waardoor deze onderneming uit de markt zou moeten uittreden indien zij niet op korte

14 — Het positieve advies van het Adviescomité voor concentraties, uitgebracht met meerderheid van stemmen ter vergadering van 3 december 1993, is bekendgemaakt in PB 1994, C 199, blz. 5.

15 — De Commissie heeft namelijk uitgesloten, dat de concentratie in de sectoren zout en industriële kali kan leiden tot het in het leven roepen of het versterken van een machtspositie waardoor de daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap of in een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zou worden belemmerd (punt 11 van de beschikking).

16 — Zie punten 13-29 van de beschikking.

17 — Zie punten 30 en 45 van de beschikking.

18 — Zie punt 69 van de beschikking.

19 — Zie punten 31-44 van de beschikking.

20 — Afgezien van de voor eigen gebruik bestemde hoeveelheden (die voor het overgrote deel uit concern-interne leveringen van K+S aan BASF bestaan) heeft K+S een marktaandeel van ongeveer 79 % en MdK van ongeveer 19 %; het gecombineerde marktaandeel van MdK GmbH bedraagt derhalve 98 % (punt 46 van de beschikking).

termijn door een andere onderneming werd overgenomen, waarna haar marktaandeel hoe dan ook zou worden overgenomen door K+S, kwam de Commissie tot de conclusie, dat de machtspositie ook tot stand zou komen indien de voorgenomen concentratie werd verboden. [21]

In deze omstandigheden was de Commissie van oordeel, dat de stellingen van partijen, die waren gebaseerd op de toepassing van de „failing company defence" (verweer van de in staat van insolventie verkerende onderneming), volgens hetwelk een concentratie niet door de bevoegde autoriteiten kon worden verboden indien een van de betrokken ondernemingen op de rand van het faillissement staat, moesten worden aanvaard. In het licht van de situatie die in Oost-Duitsland als gevolg van de sluiting van MdK zou ontstaan, moet deze conclusie volgens de Commissie immers in overeenstemming worden geacht met de eis van versterking van de economische en sociale samenhang van de Gemeenschap, waarnaar in de dertiende overweging van de considerans van de verordening [22] wordt verwezen.

13. Ten aanzien van de markt van alle lidstaten behalve Duitsland heeft de Commissie erop gewezen, dat twee ondernemingen na de voorgenomen concentratie een machtspositie zouden hebben, namelijk K+S/MdK en SCPA. [23]

De beoordeling van de Commissie is enerzijds gebaseerd op de opvatting, dat het aanbod buiten de twee belangrijkste producenten erg versplinterd is en afkomstig is van producenten die niet in staat zijn marktaandelen van het duopolie te veroveren [24], en anderzijds op het vermoeden, dat er geen daadwerkelijke mededinging tussen K+S en SCPA bestaat, zulks ten gevolge van de kenmerken van de betrokken markt, de gedragingen van de twee vennootschappen in het verleden, en ten slotte hun nauwe handelsbanden. [25] Deze banden bestaan in hoofdzaak uit: a) de samenwerking binnen het exportkartel Kali-Export GmbH, een te Wenen gevestigde vennootschap naar Oostenrijks recht, dat de afzet van de kaliproducten van zijn leden in landen buiten de Gemeenschap coördineert (dit kartel wordt gevormd door K+S, MdK, SCPA en Coposa, met elk 25 % van het aandelenkapitaal), b) de zeggenschap over een gemeenschappelijke onderneming in Canada, Potacan, waarvan K+S en EMC/SCPA elk 50 % van het aandelenkapitaal in handen hebben, en c) de vroegere handelsbetrekkingen op grond waarvan SCPA de producten van K+S in Frankrijk afzet.

21 — Zie punt 70 van de beschikking.

22 — Zie punt 95 van de beschikking.

23 — Zoals aangegeven in de punten 51 en 52 van de beschikking zouden de uit de fusie tussen K+S en MdK voortkomende onderneming en de Franse vennootschap SCPA tezamen 80 % van de kaliproductie in de Gemeenschap voor hun rekening nemen (K+S 35 %, MdK 25 % en SCPA 20 %). Met uitsluiting van het eigen gebruik van de betrokken ondernemingen en dus op grond van enkel de verkopen komt men op een totaal marktaandeel van ongeveer 50 % (K+S 17 %, MdK 8 % en SCPA 25 %). Aangezien SCPA echter ook grote hoeveelheden kali van andere producenten, waaronder producenten uit derde landen, verkoopt, komt men, wanneer alle door K+S, MdK en SCPA gecontroleerde verkopen in de lidstaten behalve Duitsland in aanmerking worden genomen, op een totaal marktaandeel van 60 % (K+S 16 %, MdK 7 % en SCPA 37 %).

24 — Zie punten 54 en 56 van de beschikking.

25 — Zie punten 57-62 van de beschikking.

14. Om deze redenen heeft de Commissie dus geoordeeld, dat de concentratie zou leiden tot een collectieve machtspositie op de gemeenschappelijke markt, Duitsland niet inbegrepen, waardoor de mededinging op significante wijze zou worden belemmerd. Teneinde te ontkomen aan de negatieve gevolgen die aan deze conclusie zijn verbonden, hebben de partijen ermee ingestemd, bepaalde verbintenissen aan te gaan, die staan vermeld in punt 63 van de beschikking en die ik hier letterlijk zal weergeven:

„— *Kali-Export GmbH, Wenen*

K+S en de gemeenschappelijke onderneming trekken zich onverwijld uit Kali-Export GmbH, Wenen, terug (...)

Ook zullen K+S en de gemeenschappelijke onderneming de bestaande vertegenwoordigingsovereenkomst met Kali-Export GmbH volgens de daarin bepaalde opzeggingsregeling opzeggen. De gemeenschappelijke onderneming zal vanaf dat tijdstip via een eigen distributieorganisatie met Kali-Export GmbH concurreren.

— *Distributie*

K+S en de gemeenschappelijke onderneming zullen, voor zover daarvan nog geen sprake is, een eigen verkooporganisatie in de Gemeenschap oprichten en hun producten via dit net verkopen naar algemeen handelsgebruik. In Frankrijk zal een verkoopnet voor alle kaliproducten met inbegrip van speciale kaliproducten worden opgericht, dat de gehele Franse markt zal bestrijken en dat zal worden afgestemd op aard en omvang van deze markt. Dit geschiedt met inachtneming van het rentabiliteitsprincipe.

De bestaande samenwerking met SCPA als distributiepartner voor de Franse markt wordt beëindigd. Daardoor zal enerzijds SCPA reeds met eigen afnemers gesloten contracten kunnen uitvoeren en zal anderzijds de gemeenschappelijke onderneming een eigen distributieorganisatie kunnen opzetten. Verkoop aan SCPA tegen normale marktcondities is mogelijk."

15. Na kennis te hebben genomen van de bezwaren van de Commissie in verband met de negatieve gevolgen van de concentratie voor de concurrentievoorwaarden in de Gemeenschap, heeft K+S bovendien de toezegging gedaan, zoals punt 65 van de beschikking vermeldt, „om uiterlijk tegen 30 juni 1994 de structuur van Potacan zodanig te wijzigen dat elke partner kali van Potacan onafhankelijk van de andere partner op de markt van de Gemeenschap kan verhandelen".

In punt 67 wordt dienaangaande echter gepreciseerd: „De Commissie heeft ervan afgezien van de toezegging inzake Potacan

een formele verplichting te maken. Zij heeft van deze toezegging kennis genomen en gaat ervan uit dat K+S zich naar beste vermogen zal inspannen om met EMC/SCPA overeenstemming te bereiken over een omvorming van Potacan die aan de hierboven beschreven eisen voldoet." In aanmerking nemend, dat EMC/SCPA geen partij in de onderhavige procedure is, en dat K+S en EMC de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming Potacan overeenkomstig verordening nr. 17 bij de Commissie hebben aangemeld, voegt de Commissie hieraan toe, dat „mocht K+S ondanks alle inspanningen er niet in slagen met EMC tot overeenstemming te komen, (...) voor de concurrentieproblemen die uit de huidige opzet van de gemeenschappelijke onderneming Potacan voortvloeien, in het kader van de overeenkomstig verordening nr. 17 aanhangige procedure een passende oplossing [zou] moeten worden gevonden".

16. Aangezien de genoemde toezeggingen naar het oordeel van de Commissie tot een verbreking van de banden tussen K+S en EMS/SCPA zouden leiden, heeft zij een beschikking, houdende verenigbaarverklaring van de concentratie gegeven, waarvan artikel 1 bepaalt: „De aangemelde concentratie tussen Kali und Salz AG, Mitteldeutsche Kali AG en de Treuhandanstalt wordt verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard, mits overeenkomstig de aangegane verbintenissen aan de in punt 63 van deze beschikking vermelde voorwaarden en verplichtingen wordt voldaan."

De twee beroepen: probleemstelling en opzet van de conclusie

17. Zoals ik reeds opmerkte, is de beschikking zowel door de Franse regering (zaak C-68/94 [26]) als door SCPA en EMC (zaak C-30/95 [27]) aangevochten. Laatstgenoemden verzoeken om gedeeltelijke nietigverklaring van artikel 1 ten aanzien van het onderdeel waarin de verklaring van verenigbaarheid van de concentratie afhankelijk wordt gesteld van de in punt 63 genoemde voorwaarden. Deze vennootschappen verzoeken voorts om nietigverklaring van de beschikking ten aanzien van het onderdeel waarin de door K+S gedane toezegging (bedoeld in punt 65) om vóór 30 juni 1994 de structuur van de vennootschap Potacan te wijzigen, wordt aanvaard.

Tot staving van hun beroep hebben deze vennootschappen zes middelen aangevoerd. In de eerste twee middelen betogen zij, dat de in punt 63 bedoelde voorwaarden geen verband houden met de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de communautaire markt. Met het derde middel verwijten zij de Commissie, de toezegging betreffende Potacan in strijd met hun rechten te hebben aanvaard. In het vierde en vijfde middel stellen zij, dat de Commissie feitelijk en rechtens heeft gedwaald, zowel bij de afbakening van de relevante geografische markt als de Gemeenschap met uitzondering van Duitsland, als bij de vaststelling van het bestaan van een gestelde collectieve machtspositie op die markt. Tot slot stellen de vennootschappen, dat de bepalingen van de verordening niet van toepassing zijn op collectieve machtsposities.

26 — In deze zaak heeft de Duitse regering aan de zijde van de Commissie geïntervenieerd.

27 — In deze zaak heeft de Franse regering geïntervenieerd aan de zijde van verzoeksters, terwijl K+S en MdK tot interventie aan de zijde van de Commissie zijn toegelaten.

18. Ik acht het van belang erop te wijzen dat, terwijl de zaak nog aanhangig was voor het Gerecht van eerste aanleg [28], SCPA en EMC een verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking hebben ingediend ten aanzien van het onderdeel waarin aan K+S de verplichting wordt opgelegd haar aandelen te verkopen en/of zich uit Kali-Export terug te trekken en de contractuele distributiebetrekkingen met SCPA te beëindigen, alsmede een verzoek tot schorsing van de door de Commissie in het kader van verordening nr. 17 ingeleide procedure met betrekking tot Potacan.

Na eerst een voorlopige beschikking te hebben gegeven [29], heeft de president van het Gerecht het verzoek van de betrokken vennootschappen bij beschikking van 15 juni 1994 [30] gedeeltelijk toegewezen en de tenuitvoerlegging van artikel 1 van de beschikking geschorst ten aanzien van het onderdeel waarin de terugtrekking van K+S en de gemeenschappelijke onderneming uit Kali-Export wordt gelast.

19. Anders dan de vennootschappen SCPA en EMC, verzoekt de Franse regering om volledige nietigverklaring van de beschikking (zaak C-68/94). Zij betoogt, dat de Commissie inbreuk heeft gemaakt op de in de verordening vastgelegde verplichting om een nauw en voortdurend contact met de autoriteiten van de lidstaten te onderhouden, dat zij de gevolgen van de concentratie voor de Duitse markt onjuist heeft beoordeeld, in het bijzonder vanuit de invalshoek van de toepassing in casu van de „failing company defence", en dat zij ook de concentratie op de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen, verkeerd heeft beoordeeld.

Met dit laatste middel, dat op zijn beurt uit verschillende onderdelen bestaat, betwist de Franse regering: a) de afbakening van de relevante geografische markt als het geheel van alle lidstaten met uitsluiting van Duitsland; b) de toepasselijkheid van de concentratieverordening op collectieve machtsposities; c) het in casu onjuiste gebruik van het begrip collectieve machtspositie; d) het opleggen van voorwaarden en verplichtingen aan derden die geen partij zijn bij de concentratie.

20. Het is duidelijk, dat de argumenten van SCPA en EMC ten aanzien van de gestelde onjuiste beoordeling van de concentratie op de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen, nagenoeg identiek zijn aan die van de Franse regering. Zoals ik reeds opmerkte, biedt dit de mogelijkheid voor een gezamenlijke beoordeling ten gronde van beide beroepen, waarbij in voorkomend geval de aandacht zal worden gevestigd op de verschillende argumenten die zijn aangevoerd.

28 — Het beroep van de vennootschappen SCPA en EMC was namelijk ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg, dat de zaak naar het Hof heeft verwezen wegens het aanhangig zijn bij deze rechterlijke instantie van het door de Franse regering tegen dezelfde beschikking ingestelde beroep (zaak C-68/94). Aangezien de twee verzoekende vennootschappen in feite om een gevoegde behandeling van beide zaken door het Hof hadden verzocht, heeft het Gerecht bij beschikking van 1 februari 1995 krachtens artikel 47, derde alinea, van 's Hofs Statuut-EG zijn onbevoegdheid vastgesteld en de zaak naar het Hof verwezen.

29 — Beschikking van 10 mei 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote en Entreprise minière et chimique/Commissie (T-88/94 R, Jurispr. blz. II-263).

30 — Société commerciale des potasses et de l'azote en Entreprise minière et chimique/Commissie (T-88/94 R, Jurispr. blz. II-401).

Alvorens over te gaan tot een uitvoerige bespreking van de door de partijen aangevoerde middelen, lijkt het mij evenwel dienstig enige korte opmerkingen van algemene strekking te maken om de principiële betekenis van de onderhavige procedure, afgezien van de aanzienlijke belangen die in het geding zijn, te beklemtonen.

21. Allereerst herinner ik eraan, dat uit de aard van het door de mededingingsregels beheerste materie voortvloeit, dat het overheidsgezag waaraan de beoordeling van de bijzonderheden van elk afzonderlijk geval is opgedragen, een ruime mate van vrijheid geniet bij het nemen van de besluiten die het het meest passend acht. Vaststaat eveneens, dat de taak van de gemeenschapsrechter op dit gebied een zekere beoordelingsvrijheid vergt ten aanzien van de economische waarde van de regelgeving. [31]

Deze opmerkingen gelden a fortiori voor concentraties, waarvan de noodzakelijkerwijs preventieve controle an sich een discretionaire beoordeling vergt van de instelling die met de uitlegging en de toepassing van de verordening is belast. In alle antitruststelsels, zelfs in die waarin sprake is van vormen van toezicht gebaseerd op structurele gegevens (het marktaandeel van de betrokken ondernemingen en de daarmee samenhangende vermoedens), kan men namelijk een tendens bespeuren om het oordeel tevens op kwalitatieve gegevens te baseren en rekening te houden met de bijzonderheden van het geval. [32] Het gebruik van „kwalitatieve" criteria mag echter niet ontaarden in een ondoorzichtige werkwijze die — het zou zinloos zijn dit te ontkennen — onverwijld zou leiden tot een aanmerkelijke beperking van de strekking van het wettigheidstoezicht. [33] Overigens lijkt dit toezicht des te noodzakelijker wanneer men in aanmerking neemt, dat de functionele tweedeling van de Commissie, die naast enquête- en onderzoeksbevoegdheid ook over beslissingsbevoegdheid beschikt, haar een nog strengere verplichting zou moeten opleggen om de rechten van de verdediging te eerbiedigen. [34]

22. De reden waarom ik deze opmerkingen maak, is dat het Hof naar aanleiding van de specifieke problemen van de onderhavige procedure een vraag van algemene strekking ter beoordeling krijgt voorgelegd met betrekking tot de grenzen van de discretionaire bevoegdheid van de Commissie [35] en de

31 — De opmerkingen van M. Trabucchi over de rol van het Hof op het gebied van de mededinging hebben nog niet aan waarde ingeboet: „Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria sulla concorrenza", in *Rivista di diritto civile*, 1973, I, blz. 497 e. v.

32 — Zie, met een verwijzing naar de Verenigde Staten, Leddy: „The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy", in *ECLR*, 1993, blz. 15.

33 — Vanuit het oogpunt van de formele wettigheid leidt deze controle tot het onderzoek van de aspecten die verband houden met de bevoegdheid, de motivering, de inachtneming van de procedurevoorschriften en de eerbiediging van de rechten van de verdediging. Vanuit het oogpunt van de materiële wettigheid daarentegen ziet de controle op de juistheid van de economische analyse, de markt, de anticoncurrentiële gevolgen en de juridische consequenties (vanuit de invalshoek van de kwalificatie van de feiten, bijvoorbeeld) die aan deze analyse zijn ontleend, uiteraard zonder daarbij inbreuk te maken op de beoordelingsvrijheid die de Commissie in het kader van de toepassing van de mededingingsregels geniet. Zie dienaangaande de opstellen van Canivet en Biancarelli in *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations* (verslagen van het door het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen georganiseerde seminarie op 22 en 23 november 1993), Luxemburg, 1994, blz. 25-38 en 55-65.

34 — Arrest van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e. a./Commissie (100/80, 101/80, 102/80 en 103/80, Jurispr. blz. 1825).

35 — Ik wijs er dienaangaande op, dat de hierboven door mij beschreven positieve benadering van concentraties bevestiging heeft gekregen in de pragmatische aanpak van de Commissie bij de toepassing van de verordening, welke aanpak wordt gekenmerkt door een voorkeur voor „onderhandelde" oplossingen, die hoe dan ook in het voordeel van de onderzochte plannen uitvallen. Tot slot heeft de Commissie frequent gebruik gemaakt van haar bevoegdheid de concentraties goed te keuren onder het voorbehoud van de nakoming van bepaalde voorwaarden en verplichtingen; daarentegen heeft zij slechts in zeer geringe mate de bevoegdheid aangewend om concentraties te verbieden. Zie op dit punt Van Bael-Bellis, *Il diritto della concorrenza nella CE*, 1995, blz. 555 en 556.

bevoegdheid van het rechtsprekend gezag op dit gebied.

Mitsdien moet het Hof met de grootste zorgvuldigheid de, zeg maar „systematische", gevolgen van zijn beslissing inschatten op met name het gebied van de rechtszekerheid, de gelijke behandeling en de waarborging van de rechten van derden, alsmede de gevolgen voor de toekomstige praktijk op het gebied van het toezicht op concentraties. In dit opzicht acht ik het niet overbodig eraan te herinneren, dat de rechterlijke controle van wezenlijk belang blijkt te zijn bij het nader bepalen van de inhoud van de voorschriften op het gebied van concentraties. Dit gaat eveneens op in stelsels waarin, anders dan in ons stelsel, sprake is van een reeds bestaand beoordelingscriterium dat als richtsnoer voor de werkzaamheid van het overheidsgezag dient, waardoor diens werkwijze helder en voorzienbaar wordt. [36]

23. Op de hiernavolgende bladzijden zal ik de excepties van niet-ontvankelijkheid onderzoeken die de Commissie ten aanzien van het beroep van de Franse vennootschappen (zaak C-30/95) heeft opgeworpen met betrekking tot a) de mogelijkheid om de beschikking, zoals verzocht, gedeeltelijk nietig te verklaren, b) de procesbevoegdheid van verzoeksters, c) de mogelijkheid de beschikking aan te vechten ten aanzien van het onderdeel waarin de Commissie kennis neemt van de door K+S gedane toezegging om de structuur van Potacan om te vormen (punt 65), en tot slot d) het procesbelang van verzoeksters.

Vervolgens zal ik mij wijden aan het onderzoek ten gronde van de beide zaken. In de eerste plaats zal ik daarbij ingaan op de twee middelen die alleen door de Franse regering zijn aangevoerd, te weten de niet-nakoming van de krachtens artikel 19 van de verordening aan de Commissie opgelegde verplichting om nauw en voortdurend contact te houden met de autoriteiten van de lidstaten (a), en de steekhoudendheid van het oordeel van de Commissie over de gevolgen van de concentratie voor de Duitse markt (b). Vervolgens zal ik de in de twee beroepen aangevoerde middelen onderzoeken met betrekking tot de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen (c). In dat verband zal ik eerst ingaan op de aspecten die verband houden met de afbakening van de relevante geografische markt (1), om mij vervolgens te buigen over de mogelijkheid om op basis van de bepalingen van de verordening tegen collectieve machtsposities op te treden (2) alsmede over de toepasselijkheid van die bepalingen op het onderhavige geval (3), mede in het licht van de door de Commissie in haar voorgaande beschikkingen uitgewerkte criteria. Tot slot zal ik de vraag aansnijden, of het geoorloofd is voorwaarden op te leggen aan niet bij de concentratie betrokken derden (d).

I — De ontvankelijkheid (zaak C-30/95)

24. Allereerst moet de gegrondheid worden onderzocht van de door de Commissie ten aanzien van het beroep van de Franse vennootschappen opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid.

36 — Zie over de ervaringen in de Verenigde Staten de opmerkingen van Hawk: „Public Private Enforcement of Merger Law in the United States", in *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*) (reeds aangehaald in voetnoot 33), blz. 81 e. v., inzonderheid blz. 83 en 84, waarin de schrijver erop wijst, dat „The Legality of Mergers is ultimately determined in the Courts according to the judicial standards developped under Section 7 of the Clayton Act, although the Guidelines are increasingly consulted."

a) *De gedeeltelijke nietigverklaring*

25. De eerste exceptie heeft betrekking op het verzoek tot gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking. De Commissie betoogt namelijk, dat de nietigverklaring van een of alle voorwaarden van de beschikking, ten gevolge waarvan de elementen zouden komen te vervallen waarop de verklaring van verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt is gebaseerd, haar onvermijdelijk zou dwingen de bestreden beschikking volledig in te trekken.

Verzoeksters betogen daarentegen, dat de litigieuze voorwaarden van de rest van de beschikking kunnen worden gescheiden, en dat de nietigverklaring van die voorwaarden uitsluitend tot gevolg zou hebben dat de beschikking onvoorwaardelijk wordt. Zij voegen hieraan toe, dat aangezien artikel 8, lid 5, van de verordening — volgens hetwelk de Commissie haar beschikking kan intrekken indien de partijen een hen opgelegde verplichting niet nakomen [37] — in casu niet toepasselijk is, de door de Commissie gevreesde situatie zich in geen geval kan voordoen.

26. Mijns inziens dient deze exceptie samen met het beroep ten gronde te worden onderzocht. Alleen op die manier kan worden nagegaan, of de eventuele nietigverklaring van de voorwaarden daadwerkelijk gevolgen kan hebben voor de rest van de beschikking, in die zin dat deze laatste in haar geheel nietig moet worden verklaard.

Aan de andere kant zou het in theorie mogelijk zijn, de door verzoeksters gevraagde „splitsing" te verrichten, ook in het licht van artikel 10, lid 5, van de verordening, dat uitdrukkelijk in de mogelijkheid van gedeeltelijke vernietiging voorziet. Te dien einde moet worden nagegaan, of is voldaan aan de voorwaarden die de communautaire rechtspraak aan de uitoefening van de bevoegdheid tot gedeeltelijke nietigverklaring stelt. Zoals het Gerecht van eerste aanleg in zijn arrest SIV e. a./Commissie [38] (hierna: „arrest Vlakglas") overwoog, dient te worden „nagegaan, of de draagwijdte van het dispositief van de beschikking, gelet op haar motivering, ratione materiae, ratione personae of ratione temporis zodanig kan worden begrensd, dat de gevolgen ervan worden beperkt, maar de essentie ervan ongewijzigd blijft". In het kader van dit onderzoek moet worden nagegaan, of, zoals het Hof overwoog, „een gedeeltelijke nietigverklaring mogelijk is, welke ook wordt gewettigd door de omstandigheid dat het een beschikking betreft die, in haar geheel genomen, in het belang van de betrokken ondernemingen is". [39]

27. Zoals ik reeds heb uiteengezet, berust het opleggen van de voorwaarden waarvan de verenigbaarheid van de concentratie afhankelijk is gesteld, op de overweging, dat de concentratie volgens de Commissie zou leiden tot het in het leven roepen van een duopolie op de communautaire markt,

37 — Deze bepaling luidt als volgt: „De Commissie kan haar beschikking uit hoofde van lid 2 intrekken: a) indien de verklaring van verenigbaarheid berust op onjuiste gegevens, waarvoor één van de betrokken ondernemingen verantwoordelijk is of wanneer zij met bedrog is verkregen, of b) indien de betrokken ondernemingen in strijd met een bij de beschikking opgelegde verplichting handelen."

38 — Arrest van 10 maart 1992 (T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr. blz. II-1403, punt 320).

39 — Arrest van 23 oktober 1974, Transocean Marine Paint/Commissie (17/74, Jurispr. blz. 1063, punt 21).

Duitsland niet inbegrepen, waardoor de mededinging nadelig zou kunnen worden beïnvloed; dit zou alleen door de inachtneming van de bedoelde voorwaarden kunnen worden voorkomen. Om de beschikking gedeeltelijk nietig te kunnen verklaren, zou derhalve moeten worden aangetoond, dat deze stelling ongegrond is, dat wil zeggen dat de concentratie niet het door de Commissie gestelde gevolg heeft, waardoor het niet noodzakelijk is dergelijke voorwaarden op te leggen om de concentratie verenigbaar te kunnen verklaren.

Dit bevestigt, dat de exceptie slechts kan worden beoordeeld in samenhang met de grond van de zaak. Op voorhand zij beklemtoond, dat een eventuele gedeeltelijke nietigverklaring hooguit tot toepassing van artikel 10, lid 5, van de verordening [40] zou kunnen leiden, dat wil zeggen dat de termijnen opnieuw gaan lopen en dat de Commissie een nieuw onderzoek inleidt.

b) *De procesbevoegdheid*

28. De Commissie stelt voorts, dat verzoeksters niet rechtstreeks en individueel door de bestreden beschikking worden geraakt. Soortgelijke argumenten zijn naar voren gebracht door de vennootschappen K+S en MdK, die van mening zijn dat zij de enige adressaten van de door de beschikking opgelegde voorwaarden zijn.

Deze exceptie is mijns inziens kennelijk ongegrond. Daar de Franse vennootschappen opkomen tegen een beschikking die formeel niet tot hen is gericht, moet worden nagegaan, of de beschikking hen rechtstreeks en individueel raakt, zoals artikel 173 eist. Ik wijs er allereerst op, dat de bestreden beschikking verzoeksters in elk geval *rechtstreeks* raakt, daar de door de Franse vennootschappen gestelde schade juist voortvloeit uit deze beschikking.

29. Ten aanzien van de noodzaak van het individueel geraakt zijn, zij eraan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak „zij die niet de adressaten zijn van een beschikking (...) slechts [kunnen] stellen dat zij individueel worden geraakt, indien deze beschikking hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat". [41] In casu spreekt voor zich, dat de feitelijke situatie van verzoeksters hen duidelijk karakteriseert ten opzichte van alle andere personen.

In de eerste plaats is het veelbetekenend, dat verzoeksters zijn gehoord tijdens de precontentieuze procedure. Uit vaste rechtspraak van het Hof en het Gerecht inzake de procesbevoegdheid van derden op het gebied van mededinging, antidumpingsrechten en steunmaatregelen blijkt namelijk, dat de

40 — Letterlijk luidt deze bepaling als volgt: „Wanneer het Hof van Justitie een arrest wijst waarbij een beschikking van de Commissie uit hoofde van deze verordening geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, zijn de in deze verordening gestelde termijnen opnieuw van toepassing vanaf de dag waarop het arrest is gewezen."

41 — Arresten van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, Jurispr. blz. 197, met name blz. 223), 19 mei 1993, Cook/Commissie (C-198/91, Jurispr. blz. I-2487), en 28 oktober 1993, Zunis Holding c. a./Commissie (T-83/92, Jurispr. blz. II-1169, punt 36).

personen waaraan een verordening of het Verdrag zelf het recht toekent deel te nemen aan een administratieve procedure, het recht hebben beroep in te stellen „ter bescherming van hun wettige belangen". [42]

30. In de tweede plaats heeft de Commissie bij de beoordeling van de mededingingssituatie op een van de twee relevant geachte markten en van de gevolgen van de concentratie hoofdzakelijk en specifiek rekening gehouden met de positie van EMC/SCPA als lid van een duopolie met K+S. [43]

31. In de derde plaats hebben alle voorwaarden die aan de bij de concentratie betrokken ondernemingen zijn opgelegd om de concentratie verenigbaar te kunnen verklaren, rechtstreeks en bijna uitsluitend betrekking op de belangen van verzoeksters, en kunnen zij hun marktpositie wezenlijk aantasten. [44] Men ontwaart reeds op het eerste gezicht, dat door een jegens een onderneming gegeven beschikking afhankelijk te stellen van de wijziging of zelfs de beëindiging van de contractuele of sociale betrekkingen met een derde vennootschap, de activiteiten van de twee betrokken rechtssubjecten, en niet alleen die van de eerstgenoemde onderneming, aanmerkelijk worden beïnvloed.

32. In dit opzicht slagen de door de Commissie aangevoerde argumenten er evenmin in, mij te overtuigen. Aan SCPA kan niet op geldige wijze elke procesbevoegdheid worden ontzegd op grond dat de andere vennootschap die lid van het uitvoerkartel Kali-Export is, te weten de Spaanse vennootschap Coposa, ook door de beschikking wordt geraakt.

Allereerst wordt SCPA ook rechtstreeks en specifiek geraakt door de andere in de beschikking opgenomen voorwaarden, die evenwel niemand anders raken. Dit volstaat om SCPA ten opzichte van elke andere persoon te karakteriseren door haar op soortgelijke wijze te individualiseren als de adressaat van de handeling. In de tweede plaats kan een persoon die onbetwistbaar (en individueel) door een beschikking wordt geraakt, niet worden belet in rechte op te treden ter bescherming van zijn belangen om de enkele reden dat een andere persoon zich in een soortgelijke situatie bevindt.

33. Aanvaarding van de hier door mij bekritiseerde stelling dreigt het recht op rechtsbescherming aan te tasten. Daarnaast wordt deze stelling mijns inziens evenmin gedragen door een correcte uitlegging van de rechtspraak inzake artikel 173, vierde alinea, van

42 — Arresten van 25 oktober 1977, Metro (26/76, Jurispr. blz. 1875, punt 13), 4 oktober 1983, FEDIOL (191/82, Jurispr. blz. 2913, punt 28 e. v.), en 28 januari 1986, Cofaz e. a./Commissie (169/84, Jurispr. blz. 391, punt 23). Zie voor meer recente rechtspraak de arresten van 18 mei 1994, BEUC en NCC/Commissie (T-37/92, Jurispr. blz. II-285, punt 36), en 24 januari 1995, BEMIM/Commissie (T-114/92, Jurispr. blz. II-147, punt 26).

43 — Arrest van 6 november 1990, Weddel/Commissie (C-354/87, Jurispr. blz. I-3847, punten 20-23), en 19 mei 1994, Air France/Commissie (T-2/93, Jurispr. blz. II-323, punt 45), waarin het Gerecht het beroep van de vennootschap Air France tegen een beschikking van de Commissie ontvankelijk verklaarde, ook vanwege de omstandigheid dat „de concurrentiepositie op de beide markten die naar aanleiding van de concentratie als de relevante markten waren geïdentificeerd, door de Commissie vooral met inachtneming van de situatie van Air France is beoordeeld".

44 — Zie, hoewel met betrekking tot een verschillend geval, het arrest Cofaz e. a./Commissie (reeds aangehaald in voetnoot 42), inzonderheid punten 28 en 29.

het Verdrag. Behoudens een te restrictieve lezing [45] wijst namelijk niets erop, dat de voorwaarde van het „rechtstreeks en individueel" worden geraakt, kenmerkend moet zijn voor een enkele persoon en niet mag zijn vervuld door verschillende rechtssubjecten die nauwkeurig en concreet kunnen worden onderscheiden door hun rechtstreeks belang bij de maatregel. Voor het ontstaan van procesbevoegdheid moet in feite aan deze voorwaarde zijn voldaan, dat wil zeggen dat de situatie van de belanghebbende op dermate specifieke wijze wordt gekenmerkt, dat hij zich daardoor ten opzichte van elke andere persoon onderscheidt, welke omstandigheid in casu niet in ernst kan worden betwist.

34. Ik wijs er voorts op, dat ook het oorzakelijke verband in casu vaststaat, in die zin dat uitdrukkelijk rekening is gehouden met de situatie van verzoeksters, zodanig zelfs dat deze bepalend is geweest voor de beschikking van de instelling en de bestaansgrond vormt van het bestreden onderdeel van de handeling. [46] Anders geformuleerd, uit de feitelijke gegevens van de zaak blijkt duidelijk, dat de karakterisering van de situatie van de verzoekende vennootschappen niet op toeval berust.

35. De verwijzing van de Commissie naar het arrest van het Gerecht in de zaak Zunis Holding e. a./Commissie [47] ten slotte, lijkt mij niet relevant. Volgens de verwerende instelling volstaat de enkele hoedanigheid van aandeelhouder van een bij een concentratie betrokken vennootschap niet om voor de procesbevoegdheid de feitelijke situatie op soortgelijke wijze te karakteriseren als die van de adressaat van een beschikking.

Te dien aanzien wijs ik er allereerst op, dat de in het arrest Zunis Holding e. a./Commissie geformuleerde beginselen golden voor de vennootschappen die aandeelhouder van de rechtstreeks bij de concentratie betrokken vennootschappen waren, een situatie dus die volstrekt anders is dan de situatie waarin EMC en SCPA zich in casu bevinden. Bovendien heeft het Gerecht in dit arrest in het geheel niet voor recht verklaard, dat de hoedanigheid van eigenaar van een aandelenpakket niet volstaat om iemands situatie te karakteriseren in de zin van artikel 173, zoals de Commissie betoogt, doch heeft het zich beperkt tot de opmerking, dat de mogelijke invloed van een handeling op de relaties tussen de aandeelhouders van een vennootschap niet volstaat en dat integendeel specifieke omstandigheden zijn vereist op grond waarvan kan worden vastgesteld, dat een van hen „rechtstreeks en individueel" wordt geraakt. Het zou niet onredelijk zijn, ook wanneer men tussen de regels van voornoemd arrest door leest, de specifieke omvang van de participatie als één van die omstandigheden op te vatten. [48]

36. De zojuist gemaakte opmerkingen gaan zowel op voor SCPA als voor EMC. Laatstgenoemde vennootschap is overigens ook

45 — Zoals het Hof in het arrest Plaumann/Commissie (reeds aangehaald in voetnoot 41) preciseerde, „[rechtvaardigen] de letter en de grammaticale betekenis van voornoemde bepaling de ruimste interpretatie (...) Bovendien [mogen] de verdragsbepalingen nopens het beroepsrecht der justitiabelen niet restrictief (...) worden uitgelegd" (Jurispr. blz. 219).

46 — Zie op dit punt Barav en Vandersanden, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Brussel, 1977, blz. 172.

47 — Reeds aangehaald in voetnoot 41.

48 — Zie arrest Zunis Holding e. a./Commissie, reeds aangehaald, punten 34-36, alsmede Cook-Kerse, *EC Merger Control*, Londen, 1996, blz. 200 en 201.

door de Commissie geïdentificeerd als de adressaat van de voorwaarde betreffende Kali-Export. In feite raakt de beschikking EMC en SCPA gezamenlijk, ook al participeert alleen SCPA in die vennootschap. De beide vennootschappen worden dus — terecht of onterecht — als een eenheid behandeld. [49] Mitsdien lijkt het op zijn minst ongerechtvaardigd om te trachten, zoals de Commissie doet, de positie van EMC te onderscheiden van die van SCPA om de procesbevoegdheid van EMC uit te sluiten; dit geldt zelfs afgezien van het feit dat EMC heeft gesteld „los van" SCPA schade te hebben geleden, vooral als gevolg van de opheffing van het exportkartel. Door deze opheffing wordt zij namelijk beroofd van haar verkoopnet voor derde landen, hetgeen haar „grootschalige" uitvoer belemmert.

Het behoeft amper betoog, dat de voorgaande overwegingen ten aanzien van de exceptie van niet-ontvankelijkheid met betrekking tot de subjectieve voorwaarden voor een beroep tegen de beschikking tevens gelden ter weerlegging van de door de tussengekomen vennootschappen aangevoerde argumenten, die met name zijn gebaseerd op het ontbreken van procesbevoegdheid van verzoeksters.

c) *De mogelijkheid om op te komen tegen de overweging betreffende Potacan*

37. In haar laatste exceptie betoogt de Commissie, dat het onderdeel van de beschikking betreffende de structuur van Potacan niet vatbaar is voor beroep, aangezien het geen bindende rechtsgevolgen teweeg kan brengen waardoor de belangen van verzoeksters kunnen worden aangetast.

Ik herinner er dienaangaande allereerst aan, dat volgens de rechtspraak van het Hof, om vast te stellen of een handeling vatbaar is voor beroep in de zin van artikel 173, rekening moet worden gehouden met de inhoud ervan, en nagegaan moet worden, of de handeling bindende rechtsgevolgen in het leven beoogt te roepen die de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zijn rechtspositie aanmerkelijke wijziging ondergaat. [50]

38. Het is inderdaad vreemd, dat de Commissie, ofschoon zij een procedure ad hoc heeft ingesteld om de verenigbaarheid van Potacan met de communautaire markt aan artikel 85 van het Verdrag te toetsen, een oplossing overweegt of sterker nog, voorstelt, die reeds besloten ligt in de onderhavige context, doordat zij in feite een van de bij de concentratie betrokken ondernemingen ertoe aanzet „zich naar beste vermogen (...) in [te] spannen om met EMC/SCPA overeenstemming te bereiken over een omvorming van Potacan" conform de door haar gestelde voorwaarden. Ik twijfel ten zeerste aan de correctheid van een dergelijke

49 — Zie punt 60 van de beschikking.

50 — Zie ter zake van de mededinging arresten van 24 juni 1986, AKZO Chemie/Commissie (53/85, Jurispr. blz. 1965), en 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, 1981, blz. 2639). Meer algemeen met betrekking tot het begrip voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 173, zie, in de zin van de tekst, arresten van 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie (C-325/91, Jurispr. blz. I-3283, punt 9), en 23 november 1995, Nutral/Commissie (C-476/93 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 28).

aanpak, die onmiskenbaar leidt tot een vermenging van procedures die, ofschoon zij qua doelstelling en rechtssubjecten verschillen, elkaar uiteindelijk over en weer beïnvloeden.

Onverminderd het vorengaande moet evenwel worden erkend, dat het hier onderzochte onderdeel van de beschikking niet lijkt te voldoen aan de voorwaarden van artikel 173 ten aanzien van het voor beroep vatbare karakter van een handeling. Meer concreet kan dit onderdeel geen bindende rechtsgevolgen voor de verzoekende vennootschappen teweegbrengen.

39. In het hier onderzochte onderdeel van de bedoelde beschikking neemt de Commissie namelijk gewoon kennis van een door K+S gedane toezegging, ook al berust deze op een uitdrukkelijke suggestie harerzijds, om het probleem Potacan op te lossen door middel van een akkoord met EMC. Aan deze laatste vennootschap is overigens geen enkele verplichting opgelegd om te onderhandelen en nog minder om de door K+S gedane voorstellen te aanvaarden. Zoals ik hierboven heb opgemerkt, zou het betrokken onderdeel van de beschikking hooguit zijdelingse gevolgen kunnen hebben voor de krachtens verordening nr. 17 ingestelde procedure [51]; het gaat hierbij echter om gevolgen die, ook al zouden zij zich daadwerkelijk voordoen, niet relevant zijn voor de beoordeling van het voor beroep vatbare karakter van de in geding zijnde handeling.

Het lijkt mij in casu evenmin mogelijk met succes een beroep te doen op de oplossing die is gekozen in het houtslijparrest [52], waarin het Hof een toezegging van de verzoekende vennootschappen heeft gelijkgesteld met een gerechtelijk bevel tot beëindiging van een inbreuk in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17, zodat daartegen in rechte kan worden opgekomen. Ik wijs erop, dat zelfs wanneer men de verschillen tussen beide zaken buiten beschouwing laat, in casu niet is voldaan aan de noodzakelijke voorwaarde voor deze oplossing, namelijk dat verzoeksters zich enkel hebben neergelegd bij een beslissing die de Commissie eenzijdig had kunnen nemen.

40. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de door de Commissie en de tussengekomen vennootschappen opgeworpen exceptie te aanvaarden, en het door de Franse vennootschappen ingestelde beroep, voor wat het hierboven onderzochte onderdeel betreft, niet-ontvankelijk te verklaren.

d) *Het ontbreken van procesbelang*

41. Tot slot hebben de interveniërende vennootschappen de ontvankelijkheid van het beroep van de Franse vennootschappen betwist wegens het gebrek aan procesbelang.

51 — Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB blz. 204).

52 — Arrest van 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e. a./Commissie (C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85, C-129/85, Jurispr. blz. I-1307, punt 181).

Zij zouden de door de beschikking als voorwaarde gestelde toezeggingen immers reeds volledig zijn nagekomen.

Dienaangaande merk ik allereerst op, dat de exceptie uit processueel oogpunt niet-ontvankelijk is, daar zij niet te berde is gebracht in de door de Commissie aangevoerde argumenten. Zij stuit in elk geval af op het door het Hof op grond van artikel 176 geformuleerde beginsel, dat ook al zou de nakoming van de bij deze bepaling opgelegde verplichting onmogelijk blijken, „[de] betrokkene [nog steeds] belang [heeft] bij het instellen van een op vernietiging gericht beroep, omdat het de grondslag voor een aansprakelijkheidsaktie zou kunnen opleveren". [53]

II — Ten gronde

42. In het kader van de beoordeling ten gronde van de zaak zal ik eerst de door de Franse regering met betrekking tot zaak C-68/94 aangevoerde middelen onderzoeken. Om te beginnen zal ik de gegrondheid beoordelen van de gestelde schending van de verplichting tot samenwerking met de nationale autoriteiten (a), waarna ik de grieven met betrekking tot de beoordeling van de concentratie op de Duitse markt zal bespreken (b). Tot slot zal ik de aspecten in verband met de gestelde onjuiste beoordeling van de concentratie op de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen, onderzoeken (c), met inbegrip van de vraag naar de wettigheid van het opleggen van voorwaarden en verplichtingen die gevolgen hebben voor derden die niet bij de concentratie zijn betrokken (d), welke aspecten in beide beroepen aan de orde zijn gesteld en die dus, in zoverre het gemeenschappelijke argumenten betreft, gezamenlijk zullen worden behandeld.

a) *De niet-nakoming van de verplichting tot samenwerking met de nationale autoriteiten* (zaak C-68/94)

43. Met dit middel verwijt de Franse regering de Commissie het in artikel 19 van de verordening neergelegde beginsel in verschillende opzichten niet in acht te hebben genomen. Volgens dit beginsel is de Commissie verplicht nauw en voortdurend contact te onderhouden met de autoriteiten van de lidstaten. De Franse regering betoogt met name, dat de gegevens betreffende de verdeling van de afzet over de verschillende producenten in elke lidstaat en, wat SCPA betreft, betreffende het onderscheid tussen de afzet van haar eigen producten en die van producten van andere ondernemingen — welke gegevens zij van wezenlijk belang acht om zowel de bezwaren van de Commissie jegens de partijen die de aanmelding hebben verricht, als van de ontwerp-beschikking met kennis van zaken te kunnen beoordelen — eerst aan de lidstaten zijn meegedeeld ter vergadering van het Adviescomité van 3 december 1993. De Franse regering heeft namelijk slechts gedeeltelijk, via een telefonische mededeling op 5 november 1993, antwoord gekregen op haar herhaalde, daartoe strekkende verzoeken. Tot

53 — Arrest van 5 maart 1980, Könecke/Commissie (76/79, Jurispr. blz. 665, punt 9).

slot stelt de Franse regering, dat de onjuistheid van de door de Commissie aan het Adviescomité meegedeelde verkoopcijfers van SCPA in België en Luxemburg in de weg heeft gestaan aan een correcte beoordeling van de concentratie door de vertegenwoordigers van de lidstaten. [54]

De Commissie roept allereerst in herinnering, dat het beginsel van nauwe en voortdurende samenwerking met de lidstaten, zoals bedoeld in artikel 19, leden 1 en 2, van de verordening, geen algemeen en absoluut beginsel is, doch moet worden verzoend met zowel de inachtneming van de bijzonder korte termijnen die de controleprocedure voorschrijft (artikel 10 van de verordening), als met de eerbiediging van het beroepsgeheim, dat in casu juist ten aanzien van de in de verschillende landen gerealiseerde afzet is ingeroepen. Voorts zou het volgens de verordening aan de Commissie staan om te beslissen, welke stukken het meest van belang zijn om aan de autoriteiten van de lidstaten te worden doorgegeven. Hoe dan ook waren haars inziens in casu zowel de autoriteiten van de lidstaten als het Adviescomité in het bezit van alle benodigde gegevens om tot een weloverwogen beoordeling van de invloed van de voorgenomen concentratie op de mededinging te kunnen komen. Tot slot kan het onjuiste cijfer dat door de Franse regering naar voren is gebracht, en dat overigens — onmiskenbaar — op een grove tikfout moet berusten, in geen geval worden geacht de analyse van het Adviescomité te ontkrachten.

44. Allereerst is het nuttig eraan te herinneren, dat de Commissie ingevolge artikel 19 van de verordening verplicht is „de bevoegde autoriteiten van de lidstaten binnen drie werkdagen een afschrift [te doen] toekomen van de aanmeldingen, alsmede, zo spoedig mogelijk, van de belangrijkste stukken die zij krachtens deze verordening ontvangt of verzendt" (artikel 19, lid 1). Voorts draagt het de Commissie op, de bedoelde procedures „in nauw en voortdurend contact met de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, die hun opmerkingen over deze procedures kunnen indienen" uit te voeren (artikel 19, lid 2). Voor zover van belang in de onderhavige zaak voorziet dit artikel in de deelname van vertegenwoordigers van de nationale autoriteiten in een Adviescomité ad hoc, dat is belast met het uitbrengen van een advies op grond van „een samenvatting van de zaak met vermelding van de belangrijkste stukken alsmede een ontwerpbeschikking" (artikel 19, lid 5).

Welnu, in casu staat vast dat de Commissie de betrokkenen zo spoedig mogelijk, zoals voorgeschreven door artikel 19, lid 1, zowel de punten van bezwaar jegens de partijen die het concentratieplan hebben aangemeld, heeft doen toekomen (14 oktober 1993), als de ontwerpbeschikking betreffende de bedoelde concentratie (26 november 1993), welk ontwerp onder meer de gegevens bevatte over de marktaandelen van de producenten in de betrokken sector op de communautaire markt. Voorts zijn op 5 november 1993 op verzoek van de Franse regering bepaalde gegevens over de afzet van de verschillende producenten in elke lidstaat aan haar meegedeeld, zij het inderdaad per telefoon. Vaststaat eveneens, dat de door de Franse regering verlangde gegevens eerst ter vergadering van het Adviescomité van 3 december 1993 volledig aan alle lidstaten

54 — De totale verkoop van SCPA in België en Luxemburg bedroeg in werkelijkheid 22 000 ton, terwijl de door de Commissie ingediende stukken melding maakten van 221 000 ton.

zijn meegedeeld, en dat een van deze gegevens, te weten de afzet van SCPA in België en Luxemburg, onjuist was.

45. In deze omstandigheden moet worden nagegaan, of, zoals de verzoekende regering heeft betoogd, de te late mededeling van de gegevens betreffende het afzetvolume van kali, gecombineerd met de onjuistheid van een van die gegevens, een schending van de aan de Commissie opgelegde verplichting tot samenwerking met de nationale autoriteiten oplevert.

Dienaangaande zij er in de eerste plaats op gewezen, dat de te late mededeling van deze gegevens in casu niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het vertrouwelijke karakter ervan, zoals de bij de concentratie betrokken partijen hebben gedaan, want dan hadden deze gegevens namelijk in het geheel niet, ook niet tardief [55], mogen worden meegedeeld. Ook een algemene verwijzing naar de beoordelingsvrijheid die de Commissie bij haar beslissing omtrent de belangrijkste stukken in de zin van artikel 19, lid 1, van de verordening geniet, kan zulks niet rechtvaardigen. Uiteraard vormt de tijdige mededeling niet een doel op zich, doch is zij noodzakelijk om een behoorlijk verloop van de procedure te garanderen. Vanuit dit gezichtspunt is het van belang te onderzoeken, of de hier bedoelde gegevens van essentieel belang waren voor de beoordeling van de mededingingbeperkende gevolgen van de concentratie, en of de te late mededeling ervan tot een vervalsing van de procedure kon leiden.

46. Ik erken, dat ik er enigszins aan twijfel, of de gegevens betreffende het afzetvolume en de verdeling van de afzet over de verschillende producenten in de sector onder de belangrijkste stukken in de zin van artikel 19, lid 1, van de verordening vallen, al zijn ze stellig van belang om een volledig beeld van de gevolgen van de concentratie te krijgen. Op dit punt valt er mijns inziens wel wat te zeggen voor de stelling van de Commissie, dat de in de ontwerpbeschikking opgenomen gegevens betreffende het marktaandeel van elke producent toereikend waren om de voorgenomen concentratie met kennis van zaken te kunnen beoordelen.

Hoe dan ook, gelet op de bijzonder korte termijnen waarbinnen de Commissie haar beschikking moet geven, en gelet op het feit dat de bedoelde gegevens op 5 november telefonisch aan de Franse regering zijn meegedeeld, kan de Commissie mijns inziens niet worden verweten, dat zij de haar bij de leden 1 en 2 van artikel 19 van de verordening opgelegde verplichtingen jegens de Franse regering niet is nagekomen. Bovendien kan de te late mededeling van deze gegevens op zich niet worden geacht de geldigheid van de beschikking aan te tasten, omdat daarvoor immers noodzakelijk is, dat de aangevoerde onregelmatigheid een schending van wezenlijke vormvoorschriften oplevert. Ik herinner op dit punt aan de vaste rechtspraak van het Hof dat, „opdat een dergelijke schending van de rechten van de verdediging tot nietigverklaring zou kunnen leiden, (...) evenwel vereist [is], dat de procedure zonder die onregelmatigheid een

55 — De Commissie heeft zelf in haar memories bevestigd, dat het voor het merendeel om eenvoudig te vinden statistische gegevens ging, en dat artikel 19 van de verordening de lidstaten hoe dan ook toegang tot het dossier verzekert.

andere afloop zou hebben gehad". [56] Welnu, in casu heeft de verzoekende regering op generlei wijze aangetoond, dat de beschikking van de Commissie anders zou hebben geluid indien geen sprake ware geweest van de gestelde schending van de verplichting tot voortdurende samenwerking met de nationale autoriteiten; de regering stelt enkel, dat deze mogelijkheid niet kon worden uitgesloten.

47. Thans moet nog de, eveneens door de Franse regering onder de aandacht gebrachte omstandigheid worden onderzocht, dat het Adviescomité alle relevante gegevens, waaronder het onjuiste gegeven, eerst ter vergadering van 5 december zou hebben ontvangen, de dag dus waarop het gevraagd werd zijn advies uit te brengen. Artikel 19, lid 5, van de verordening verlangt evenwel, dat de ontwerpbeschikking en de belangrijkste stukken tegelijk met de uitnodiging voor de vergadering aan het Adviescomité worden verstrekt, dat wil zeggen ten minste veertien dagen voor de vergadering waarin het advies wordt uitgebracht. [57]

De betrokken grief die, zoals de Commissie heeft beklemtoond, veeleer betrekking heeft op de wijze van uitnodigen en raadplegen van het Adviescomité, lijkt geen wezenlijke gevolgen te kunnen hebben voor de bestreden beschikking. In de eerste plaats is namelijk van niet te onderschatten belang, dat het Adviescomité, dat is samengesteld uit deskundigen uit de sector, op dit punt geen enkel bezwaar naar voren heeft gebracht. In de tweede plaats heeft de verzoekende regering geenszins aangetoond, dat het Adviescomité een ander advies zou hebben uitgebracht, laat staan dat de eindbeschikking van de Commissie anders zou zijn uitgevallen, indien de betrokken gegevens wel tijdig waren meegedeeld en geen vergissing hadden bevat. [58] Integendeel, de door de Commissie op dit punt aangevoerde en niet weersproken argumenten lijken een dergelijke mogelijkheid uit te sluiten.

b) *De gevolgen van de concentratie op de Duitse markt* (zaak C-68/94)

48. De Franse regering voert twee middelen met betrekking tot de beoordeling van de concentratie op de Duitse markt aan: enerzijds verwijt zij de Commissie in casu een onjuiste toepassing te hebben gegeven aan de zogenaamde „failing company defence", op grond waarvan de verwerving van een onderneming die op de rand van het faillissement

56 — Arrest van 21 maart 1990, België/Commissie (C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 48). Zie in deze zin ook onder meer arresten van 10 juli 1980, Distillers Company/Commissie (30/78, Jurispr. blz. 2229, punt 26), en 10 juli 1986, België/Commissie (234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 30).

57 — Artikel 19, lid 5, bepaalt evenwel, dat de Commissie deze termijn „op passende wijze" kan verkorten „om ernstige schade bij één of meer bij een concentratie betrokken ondernemingen te voorkomen".

58 — In dit verband is het niet overbodig eraan te herinneren, dat „de Commissie (...) zoveel mogelijk rekening [houdt] met het advies van het Comité. Zij deelt het Comité mee op welke wijze zij met het advies rekening heeft gehouden" (artikel 19, lid 6). De Commissie kan het advies van het Comité dus naast zich neerleggen, dan wel haar eigen standpunt herzien en een definitieve beschikking geven die afwijkt van de aan het Comité voor advies voorgelegde ontwerpbeschikking. Een goed voorbeeld hiervan wordt mijns inziens geboden door het geval dat uitmondde in beschikking 94/208/EG van de Commissie van 31 januari 1994 houdende verenigbaarverklaring van een concentratie met de gemeenschappelijke markt (Zaak IV/M.315 — Mannesmann/Vallourec/Ilva) (PB L 102, blz. 15). In deze zaak ging namelijk de ontwerpbeschikking waarover het Adviescomité advies had uitgebracht, in de richting van de onverenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt (zie het advies van het Adviescomité in PB 1994, C 111, blz. 6), terwijl de eindbeschikking van de Commissie vervolgens in tegengestelde zin luidde, zonder dat bekend is of dit mede ten gevolge van het minderheidsstandpunt van een deel van de leden van het Adviescomité was. Zie met betrekking tot het in de tekst onderzochte aspect ook het arrest van 10 juli 1991, Radio Telefis Eireann/Commissie (T-69/89, Jurispr. blz. II-485, punten 21-27) ten aanzien van het op basis van verordening nr. 17 ingestelde Adviescomité.

staat of failliet is verklaard, onder bepaalde voorwaarden moet worden toegestaan, daar dit niet tot een verslechtering van de concurrentie zou leiden; anderzijds verwijt zij de Commissie dat deze, ondanks het feit dat de concentratie tot het scheppen van een feitelijk monopolie (98 %) van de gemeenschappelijke onderneming op de betrokken markt leidt, geen enkele voorwaarde met betrekking tot die markt heeft verbonden aan haar toestemming voor de concentratie.

49. Wat de eerste grief betreft, herinner ik er allereerst aan, dat de Amerikaanse antitrustwetgeving de mogelijkheid erkent, zij het onder strikte voorwaarden teneinde misbruik te voorkomen, de verwerving van een in staat van insolventie verkerende onderneming toe te staan, mits de bij de concentratie betrokken ondernemingen — net als bij een evenredigheidstoetsing — kunnen aantonen dat a) de te verwerven onderneming in een situatie verkeert die waarschijnlijk op korte termijn tot haar faillissement zal leiden; b) de betrokken onderneming niet in staat is tot een interne herstructurering met enige kans van slagen in de zin van hoofdstuk 11 van de Bankruptcy Act; c) er geen andere oplossingen voorhanden zijn die minder nadelig voor de concurrentievoorwaarden zijn dan de concentratie; d) de „noodlijdende" onderneming van de markt zou verdwijnen, indien de concentratie geen doorgang vond. [59]

Naar de Commissie uitdrukkelijk in haar beschikking heeft doen blijken, heeft zij het betrokken leerstuk niet als zodanig toegepast, doch daaraan haar eigen invulling gegeven. Met name heeft zij zich, met dit leerstuk als richtsnoer, op de drie volgende criteria gebaseerd: a) MdK zou de markt hebben verlaten wanneer zij niet door een andere vennootschap was overgenomen; 2) K+S zou het marktaandeel van Mdk hoe dan ook hebben opgeslokt na diens uittreding uit de markt; 3) er waren geen alternatieve mogelijkheden waardoor de mededinging in mindere mate zou worden aangetast.

50. De Franse regering betwist in hoofdzaak de keuze van de Commissie om een leerstuk dat in en ten behoeve van een ander antitruststelsel was uitgewerkt, toe te passen onder gedeeltelijke wijziging van de criteria ervan. Met name betoogt zij, dat de Commissie op geen enkele wijze rekening heeft gehouden met de sub a en b genoemde criteria van het Amerikaanse leerstuk, dat zij naar willekeur het criterium van het opslokken der marktaandelen heeft geïntroduceerd, en dat zij tot slot niet afdoende heeft aangetoond, dat MdK in elk geval van de markt zou worden gedreven en dat er geen alternatieve mogelijkheden voorhanden waren.

Hoewel de Franse regering voorts erkent, dat het passend is om bij de beoordeling van een concentratie rekening te houden met het in de artikelen J.2 en J.3 van het Verdrag genoemde doel van economische en sociale samenhang, dat ook in de dertiende overweging van de considerans van de verordening wordt aangehaald [60], stelt zij, dat dit in geen geval mag neerkomen op een ontkenning van

59 — Zie over de „Guidelines" van 1992, Leddy (reeds aangehaald in voetnoot 32).

60 — Ik herinner eraan, dat deze overweging is geformuleerd als volgt: „dat de Commissie bij haar beoordeling moet uitgaan van het algemene kader van de verwezenlijking van de in artikel 2 van het Verdrag bedoelde fundamentele doelstellingen, daaronder begrepen de versterking van de economische en sociale samenhang van de Gemeenschap als bedoeld in artikel 130 A van het Verdrag".

het primaire doel van de controle op concentraties, te weten de bescherming van de mededinging.

51. Welnu, vaststaat dat de bij de verordening vastgestelde criteria aan de hand waarvan de verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt moet worden beoordeeld, zijn ingegeven door een strikt economische opvatting, geconcentreerd dus — en wel in hoofdzaak — op overwegingen van bescherming van de mededinging. [61] Vaststaat echter ook, zoals de Franse regering erkent, dat de dertiende overweging getuigt van de grote aandacht die is besteed aan de eisen van economische en sociale samenhang, waardoor het gerechtvaardigd zou zijn rekening te houden met doelstellingen die het Verdrag evenzo fundamenteel acht, uiteraard voor zover de bescherming van de mededinging daardoor niet in gevaar wordt gebracht.

Het spreekt bovendien voor zich, dat geen grond voor de ongeldigheid van de beschikking kan worden gezien in de omstandigheid, dat de Commissie zich heeft laten leiden door een in een ander antitrustsstelsel uitgewerkt leerstuk waarvan zij de toepassingscriteria evenwel ten dele heeft gewijzigd. Waar het hier om gaat, is dat dit leerstuk niet in strijd is met de verordening, dat de daarop betrekking hebbende analyse in de beschikking niet onjuist is, en dat de gehanteerde criteria ten slotte correct zijn toegepast.

52. Zoals uit de beschikking blijkt, achtte de Commissie het daadwerkelijk mogelijk om een betoog geconcentreerd op de failing company defence „in het kader van artikel 2, lid 2, van de concentratieverordening uit het oogpunt van *het causaal verband tussen een concentratie en het in het leven roepen of versterken van een machtspositie*" [62] in aanmerking te nemen.

Uit dit oogpunt heeft de betwiste invoering van het criterium, volgens hetwelk moet worden onderzocht of de overnemende onderneming het marktaandeel van de overgenomen onderneming hoe dan ook in handen zou krijgen, tot doel aan te tonen, dat de versterking van de machtspositie onvermijdelijk is, in die zin dat dit ook zou geschieden indien de concentratie werd verboden.

53. Ik merk dienaangaande in de eerste plaats op, dat de aangetoonde ontoegankelijkheid van de Duitse markt alsmede het ook in de beschikking naar voren gebrachte feit, dat K+S in staat is de productie zonder extra kosten te verhogen en de enige leverancier op de Duitse markt te worden, tot de onvermijdelijke conclusie leiden, dat het

61 — Zie artikel 2, lid 3. De Commissie lijkt deze koers te hebben gevolgd. Tot aan de in casu bestreden beschikking treft men namelijk geen beschikkingen aan waarin meer gewicht is toegekend aan de aangehaalde overwegingen van sociale aard dan aan de eis van instandhouding van de mededinging. Ik herinner in dit verband aan de beschikking Aérospatiale-Alenia/de Havilland, waarin de Commissie het argument van de partijen gebaseerd op het feit dat de vennootschap de Havilland waarschijnlijk van de markt zou verdwijnen, verwierp, omdat zij deze verdwijning feitelijk onwaarschijnlijk achtte ingeval de concentratie niet zou worden goedgekeurd (beschikking 91/619/EEG van de Commissie van 2 oktober 1991) (Zaak IV/M.053 — Aérospatiale-Alenia/de Havilland) (PB L 334, blz. 42).

62 — Zie punt 71 van de beschikking; cursivering van mij.

marktaandeel van MdK, indien deze de markt zou verlaten, naar K+S zou gaan; overigens wordt dit ook niet serieus betwist door de Franse regering.

De Franse regering betwist veeleer de toepassing van dit criterium. Zij betoogt, dat een onderneming die reeds een machtspositie inneemt, op deze wijze in staat zou worden gesteld deze machtspositie te versterken op grond van de enkele waarschijnlijkheid dat zij het marktaandeel van de andere op de markt aanwezige onderneming in de nabije toekomst uiteindelijk toch zal verwerven: dit zou te ver gaan en in strijd zijn met het doel van de bescherming van de mededinging. Ofschoon deze stelling op zich onweerlegbaar is, houdt zij geen rekening met het feit, dat het betrokken criterium veronderstelt dat aan twee andere voorwaarden is voldaan: de betrokken onderneming moet hoe dan ook gedoemd zijn van de markt te verdwijnen en er mogen geen alternatieve overnamemogelijkheden bestaan die minder schadelijk zijn voor de mededinging.

54. Aangaande de laatste twee criteria stelt de Franse regering evenwel, zoals ik reeds opmerkte, dat deze in casu niet correct zijn toegepast. Vooral met betrekking tot de waarschijnlijkheid dat MdK van de markt zal verdwijnen, betoogt zij, dat de Commissie op geen enkele wijze de onmogelijkheid heeft aangetoond om MdK als staatsbedrijf draaiende te houden, bijvoorbeeld door middel van steunmaatregelen die verenigbaar zijn met de artikelen 92 en 93 van het Verdrag.

Dit argument kan geen stand houden. Het is inderdaad waar, dat de Treuhand, publiekrechtelijke instelling belast met de privatisering van de ondernemingen van de voormalige DDR en eigenaar van MdK, voor 49 % deelneemt in het aandelenkapitaal van de uit de concentratie voortgekomen onderneming, en dat de Treuhand dus (en daarmee de staat) aanzienlijke financiële steun aan deze onderneming heeft verleend en nog zal verlenen. Hiertegenover staat echter, dat de analyse van de Commissie op de volgende omstandigheden is gebaseerd: a) de aanzienlijke verliezen van MdK kunnen niet blijvend door de Treuhand met overheidsmiddelen worden gedekt, aangezien deze oplossing in elk geval onverenigbaar zou zijn met de verdragsbepalingen inzake overheidssteun; b) de kosten van een eventuele herstructurering zouden in elk geval hoger zijn dan de steunmaatregelen waarin de concentratie voorziet; c) de verklaring van de Treuhand in het kader van de doorgevoerde privatiseringen, dat zij de activiteiten van MdK zal beëindigen indien zij geen particuliere onderneming bereid vindt de onderneming over te nemen. Op basis van deze bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval (privatisering van een staatsbedrijf dat volgens de normale, voor vennootschappen geldende beoordelingscriteria niet levensvastbaar kan worden geacht) heeft de Commissie derhalve gemeend over voldoende bewijzen te beschikken om te kunnen vaststellen dat MdK gedoemd was op middellange termijn van de markt te verdwijnen.

55. Tot slot ben ik van oordeel, dat de analyse van de Commissie ook bijval verdient uit het oogpunt van het ontbreken van alternatieve oplossingen die minder schadelijk voor de mededinging zijn. Het is namelijk onomstreden, zoals duidelijk uit de door de Treuhand aan de Commissie overhandigde stukken betreffende de privatiseringsprocedure blijkt, dat alle ondernemingen die belangstelling hadden getoond om MdK over

te nemen, van die overname hebben afgezien. Bovendien heeft de Commissie een aanvullend onderzoek verricht en heeft zij de betrokken ondernemingen met name het exacte bedrag meegedeeld van de financiële steun die de concentratie zou ontvangen, welke steun dus ook zou zijn verleend ingeval de onderneming door een particuliere onderneming ware overgenomen. Desalniettemin heeft geen enkele onderneming zich bereid getoond MdK over te nemen.

In deze omstandigheden kan mijns inziens worden ingestemd met de conclusie van de Commissie. Wel moet nog de omstandigheid worden onderzocht, dat de Commissie het na de sluiting van de fusieovereenkomst gedane aanbod van het Peine-concern om de mijn te Bischofferode, een van de vier in bedrijf zijnde mijnen van MdK, over te nemen, niet als een mogelijk alternatief heeft beschouwd. De reden hiervoor is, dat Bischofferode niet een wezenlijk deel van MdK is; voorts spelen ook werkgelegenheidsmotieven een rol.

56. Dit laatste aspect, dat overigens ook in de Verenigde Staten [63] van groot belang is geworden bij de toepassing van de „failing company defence", is volgens mij bepalend, vooral gelet op de herhaaldelijk aangehaalde eisen van economische en sociale samenhang.

De bijzondere aard van de context waarbinnen concentraties zich afspelen en waarvan problemen van industrieel beleid onvermijdelijk deel uitmaken, belet geenszins om bij de beoordeling van concentraties, ook in het licht van de doelstellingen van versterking van de economische en sociale samenhang als bedoeld in de artikelen 2 en 130 B van het Verdrag, op passende wijze rekening te houden met werkgelegenheidskwesties en, meer in het algemeen, met sociale vraagstukken. Dit geldt althans voor gevallen als het onderhavige, waar juist de gevolgen die de verschillende oplossingen voor de werkgelegenheid zullen hebben, aanzienlijk verschillen. [64]

57. Ik herinner er in dit opzicht voorts aan, dat ook het Gerecht van eerste aanleg in twee recente arresten, zij het met een andere context en doelstellingen, die meer concreet betrekking hadden op de analyse van de procesbevoegdheid van de vakbondsvertegenwoordigers van de werknemers in de bij de concentratie betrokken ondernemingen, heeft bevestigd, dat de aandacht die bij de toepassing van de verordening wordt besteed aan de bescherming van de mededinging in het kader van de beoordeling van de verenigbaarheid van een concentratie zeker niet uitsluit, dat op passende wijze, in het licht van artikel 2 van het Verdrag, rekening wordt gehouden met de sociale gevolgen ervan. Aldus kan de Commissie volgens het Gerecht onderzoeken, of de concentratie gevolgen kan hebben voor de situatie van de

63 — De theorie van de failing company defence is ontstaan uit de bezorgdheid over het economisch beleid en de efficiency van de ondernemingen. Nadien zijn bij de toepassing ervan echter politieke en sociale overwegingen een rol gaan spelen, die onder meer verband houden met de eis van het behoud van de werkgelegenheid. Zie daarover het arrest United States/General Dynamics Corp., 415, US 486, 507 (1974), en Areeda Turner (reeds aangehaald), vol. IV, 1980, blz. 941.

64 — Terwijl de concentratie in casu een werkzaamheid betreft die in totaal 3 000 arbeidsplaatsen vertegenwoordigt, was het bod van het Peine-concern beperkt tot de aankoop van een werkzaamheid waarmee slechts 536 arbeidsplaatsen waren gemoeid, dat wil zeggen 18 % van de door de concentratie verzekerde arbeidsplaatsen. Ofschoon het evenwicht tussen de doeleinden van mededingingsbeleid en andere doelstellingen van het Verdrag vooral een zaak van de wetgever is, is het ook terug te vinden in de rechtspraak van het Hof: zie bijvoorbeeld arrest Europemballage en Continental Can/Commissie (reeds aangehaald in voetnoot 3), alsook het arrest van 18 maart 1980, Valsabbia e. a./Commissie (154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78, 264/78, 39/79, 31/79, 83/79 en 85/79, Jurispr. blz. 907).

werknemers in de betrokken ondernemingen „waardoor het werkgelegenheidspeil of de werkgelegenheidssituatie in de Gemeenschap of in een wezenlijk gedeelte daarvan ongunstig wordt beïnvloed". [65] Het Gerecht liet in deze arresten niet na de bovengenoemde dertiende overweging van de considerans van de verordening aan te halen.

Tot slot is van belang, dat de bescherming van de werkgelegenheid in casu deel uitmaakt van een bredere context, die wordt gekenmerkt door de noodzaak om de structurele tekorten van de DDR, waar MdK is gevestigd, aan te vullen. Ook uit dit oogpunt is de beschikking dus zonder twijfel in overeenstemming met het doel van economische en sociale samenhang als bedoeld in de dertiende overweging van de considerans.

58. De tweede grief van de Franse regering, die nauw verband houdt met de zojuist onderzochte grief, heeft, zoals ik reeds opmerkte, betrekking op het feit dat de Commissie haar toestemming voor de concentratie, voor wat de Duitse markt betreft, aan geen enkele voorwaarde en/of verplichting heeft onderworpen, niettegenstaande het feit dat hierdoor een monopolie op deze markt ontstaat (98 % van de markt). Volgens de Franse regering had de Commissie de verenigbaarheid met name afhankelijk moeten stellen van de toezegging van de ondernemingen om de Duitse markt open te houden voor de concurrentie, naar het model van de beschikking Nestlé/Perrier. [66]

De Commissie brengt hiertegen in, dat de beschikking Nestlé/Perrier volstrekt niet relevant is voor de onderhavige zaak, aangezien de openstelling van de markt voor de concurrentie in casu niet afhangt van de marktstructuur, zoals in de aangehaalde zaak, maar van het gedrag van de kopers, dus van de vraag en niet van het aanbod. Zij wijst er voorts op, dat de Franse regering niet nader heeft aangegeven, tot welke toezeggingen K+S en MdK hadden moeten worden verplicht om „de markt open te stellen voor de mededinging".

59. Welnu, het is zeker waar, zoals de Franse regering stelt, dat het niet aan haar staat om oplossingen op dit punt voor te stellen, aangezien het hier gaat om een bevoegdheid van de Commissie in haar hoedanigheid van instelling belast met de toepassing van de antitrustregelgeving. Toch vormt het ontbreken van suggesties van haar zijde een indicatie voor de moeilijkheid om voorwaarden te formuleren waaraan de concentratie op de Duitse markt zou moeten voldoen om die markt open te stellen voor de concurrentie.

Dienaangaande volstaat de opmerking dat, zelfs wanneer men van oordeel zou zijn dat

65 — Arresten van 27 april 1995, CCE de la Société générale des grandes sources e. a./Commissie (T-96/92, Jurispr. blz. II-1213, punten 28 en 29), en CCE de Vittel e. a./Commissie (T-12/93, Jurispr. blz. II-1247, punten 38 en 39).

66 — Beschikking 92/553/EEG van de Commissie van 22 juli 1992 inzake een procedure op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (Zaak IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (PB L 356, blz. 1).

het openstellen van de Duitse markt voor de concurrentie, niettegenstaande de door de Commissie genoemde bijzonderheden, hoe dan ook een ingreep in de structuur van die markt vergt, dit niet wegneemt dat een oplossing zoals die waarvoor in de zaak Nestlé/Perrier is gekozen, in casu niet kon worden toegepast. Zoals ik reeds zei, bestonden er in de onderhavige zaak namelijk geen overname-alternatieven. In deze omstandigheden kunnen de bezwaren van de verzoekende regering mijns inziens het oordeel van de Commissie niet ontkrachten.

60. Resumerende, mede gelet op mijn hierboven uiteengezette betoog over de socio-economische bijzonderheden van het onderhavige geval, geef ik het Hof in overweging, het betrokken middel af te wijzen, op grond dat de beoordeling door de Commissie van de gevolgen van de concentratie op de Duitse markt in haar geheel moet worden goedgekeurd.

c) *De gevolgen van de concentratie voor de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen* (zaken C-68/94 en C-30/95)

61. Zowel de Franse regering (zaak C-68/94) als SCPA en EMC (zaak C-30/95) vechten de beschikking aan voor wat betreft de beoordeling van de concentratie op de tweede relevante geografische markt, te weten de markt omvattende alle lidstaten behoudens Duitsland. De grieven van verzoeksters hebben in feite betrekking op de afbakening van de markt, de mogelijkheid om de verordening op collectieve machtsposities toe te passen, het in casu onjuiste gebruik van het begrip collectieve machtspositie, en tot slot het opleggen van verplichtingen en voorwaarden aan derden die niet bij de concentratie zijn betrokken.

Duidelijkheidshalve zij vermeld dat, aangezien de door SCPA en EMC aangevoerde argumenten voor het merendeel ook door de Franse regering naar voren zijn gebracht (zij het aan de hand van een ruimere en meer gedetailleerde uiteenzetting), hieronder vooral zal worden verwezen naar de argumenten van laatstgenoemde regering. Uiteraard zal ik in dat verband niet verzuimen, de aandacht te vestigen op de bijzonderheden van elk beroep.

1) *De afbakening van de relevante geografische markt*

62. Het bepalen van de Gemeenschap (behalve Duitsland) als de tweede geografische markt die bij de beoordeling van de concentratie in aanmerking moet worden genomen, is volgens de Franse regering en de verzoekende ondernemingen ontoereikend gemotiveerd en gebaseerd op een onjuiste en in elk geval onvolledige analyse van de in aanmerking te nemen gegevens. De Franse regering merkt in het bijzonder op, dat de door de Commissie ter afbakening van de in geding zijnde geografische markt gehanteerde criteria haar, indien zij gelijk waren geweest aan de criteria die gewoonlijk bij de toepassing van de verordening worden gehanteerd, ertoe hadden moeten brengen

het bestaan van één enkele, de overige lidstaten van de Gemeenschap omvattende markt te ontkennen. Het zou namelijk om een zeer heterogene markt gaan, en wel om verschillende redenen.

De Commissie reageert hierop met de stelling, dat zij de Gemeenschap met uitzondering van Duitsland rechtmatig en correct als een afzonderlijke geografische markt heeft omschreven, een omschrijving waarvoor zij op grond van de specifieke aspecten van het onderhavige geval, inzonderheid de aard en de kenmerken van het betrokken product, heeft gekozen. Om deze reden is een verwijzing naar de criteria die in andere gevallen zijn toegepast, volgens de Commissie niet relevant.

63. Ik merk allereerst op, dat de omschrijving van de betrokken geografische referentiemarkt, die vóór ieder onderzoek van een vermeende anticoncurrentiële gedraging moet gebeuren, van nog groter belang is wanneer men, zoals in casu, het bestaan van een machtspositie wil aantonen. [67]

Hoewel niet kan worden ontkend, dat de Commissie op dit terrein over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt, staat het hoe dan ook aan de communautaire rechter om de juistheid en de gegrondheid te beoordelen van de in de beschikking vervatte analyse waarop de vaststelling van het bestaan van een machtspositie op de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen, is gebaseerd. [68]

64. Gepreciseerd moet worden, dat de verordening geen duidelijke aanwijzigingen verschaft voor de omschrijving van de betrokken geografische markt, en slechts in artikel 9, lid 7, de criteria behandelt aan de hand waarvan moet worden beoordeeld, of er sprake is van een afzonderlijke markt binnen een lidstaat, en of dus voldaan is aan de voorwaarden om het onderzoek van een aangemelde concentratie aan de bevoegde autoriteiten van die lidstaat op te dragen. Deze criteria zijn overgenomen in afdeling 5 van het formulier CO [69]: „De relevante geografische markt omvat het gebied waar de betrokken ondernemingen producten of diensten aanbieden, waar de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van nabijgelegen gebieden kan worden onderscheiden doordat met name de concurrentievoorwaarden in die gebieden heel anders zijn. Factoren die van belang zijn voor de identificatie van de relevante geografische markt, zijn onder andere de aard en kenmerken van de betrokken producten of diensten, het bestaan van toegangsbelemmeringen of consumentenvoorkeur, aanzienlijke verschillen met betrekking tot de marktaandelen van de ondernemingen in vergelijking met nabijgelegen gebieden of belangrijke prijsverschillen."

67 — Met betrekking tot kortweg het begrip relevante markt heeft het Gerecht in zijn arrest van 21 februari 1995, SPO e. a./Commissie (T-29/92, Jurispr. blz. II-289) beklemtoond, dat dit aspect van groter belang is voor de toepassing van artikel 86 dan voor de toepassing van artikel 85. De opmerkingen die bij die gelegenheid zijn gemaakt, gelden mijns inziens tevens voor de machtspositie die ten gevolge van een concentratie in het leven wordt geroepen.

68 — Arrest Vlakglas (reeds aangehaald in voetnoot 38), punt 360.

69 — Formulier CO, zoals voorzien bij verordening nr. 2367/90 (reeds aangehaald in voetnoot 13).

De gegevens die volgens de voorschriften van het hierboven aangehaalde formulier CO in aanmerking moeten worden genomen, kennen derhalve geen enkele volgorde van belangrijkheid waardoor een van hen als meer relevant of in elk geval van groter gewicht kan worden beschouwd dan de andere. Bijgevolg dient men voor ogen te houden dat, ook al kan de Commissie niet worden gevolgd waar zij stelt, dat de in eerdere beschikkingen toegepaste criteria niet relevant zijn voor het onderhavige geval, deze criteria niet meer dan een referentiekader vormen, aangezien de gegrondheid en de coherentie van de beschikkingen van de Commissie moeten worden beoordeeld in het licht van de specifieke context van het concrete geval.

65. Hiervan uitgaande moeten thans de verschillende argumenten worden besproken. In de eerste plaats heeft de Commissie volgens verzoeksters een markt als homogeen aangemerkt die bestaat uit landen zonder binnenlandse productie (België, Nederland, Denemarken, Griekenland), producerende landen waar de productie structureel hoger ligt dan het verbruik (Spanje, Verenigd Koninkrijk) en landen waar het verbruik de productie structureel overstijgt (Frankrijk). Hier komt nog bij, dat de aankoopstrategieën van de invoerende lidstaten wezenlijk van elkaar verschillen, zodat nagenoeg de gehele intracommunautaire handel uit eenrichtingsverkeer bestaat, in plaats van uit wederzijds handelsverkeer waardoor een daadwerkelijk homogene markt normaliter wordt gekenmerkt.

De Commissie heeft derhalve, volgens de Franse regering, totaal verschillende situaties over één kam geschoren, terwijl zij slechts een zekere homogeniteit had kunnen vaststellen onder de niet-producerende landen. Een ander bewijs van het ontbreken van homogeniteit op de onderzochte markt wordt volgens haar geleverd door het onderzoek van de marktaandelen van de leveranciers, die per land aanzienlijk verschillen, alsook door het onderzoek van de concentratie aan de aanbodzijde. Zelfs de analyse van de kenmerken van de vraag bevestigt volgens de verzoekende regering, dat er in casu geen afzonderlijke geografische markt bestaat die alle lidstaten met uitzondering van Duitsland omvat. Het oordeel van de Commissie over de onderlinge verwisselbaarheid van de producten is volgens haar namelijk onjuist, gelet op het feit dat de keuze voor een bepaald kaliproduct afhangt van de geologische bodemgesteldheid, de oppervlakte van de landbouwgrond, de gewoonten van de consumenten, het landbouwbeleid en de aanwezigheid van kali-industrieën op het gebied. [70]

66. De Commissie brengt hiertegen in, dat de omstandigheid dat producerende en niet-producerende landen tot een en dezelfde markt worden gerekend, geenszins impliceert, de relevante geografische markt onjuist is afgebakend, zoals ook de aanwezigheid van één producent in een lidstaat niet beslissend is. Bovendien sluit het bestaan van handelsstromen in één richting niet uit, dat de betrokken markt homogeen is; in de economische doctrine worden deze aspecten

70 — De verzoekende ondernemingen lijken het daarentegen met de Commissie eens te zijn dat de producten uitwisselbaar zijn. Zij betogen evenwel, dat dit afhangt van de wijze waarop de relevante productmarkt wordt omschreven, zodat dit niet van invloed is op de afbakening van de relevante geografische markt.

volkomen verenigbaar geacht. De verschillende aankoopstrategieën van de invoerende lidstaten kunnen naar het oordeel van de Commissie niet tot een andere conclusie leiden en dit geldt a fortiori voor de marktaandelen van de belangrijkste producenten in de verschillende landen, aangezien deze geen beslissende factor vormen bij de afbakening van de betrokken markt, daar zij immers kunnen afhangen van bijvoorbeeld reeds bestaande handelsbarrières of gewoonten van consumenten.

Aangaande de kenmerken van de vraag naar de betrokken producten is de Commissie van mening, dat zij hiermee voldoende rekening heeft gehouden en dat zij enerzijds een hoge mate van onderlinge verwisselbaarheid heeft vastgesteld, gelet op het feit dat de consumenten in geen enkel land, met uitzondering van Duitsland, een duidelijke voorkeur voor plaatselijke producten hebben, en anderzijds heeft geconstateerd, dat alle communautaire kaliproducenten in staat zijn de verschillende kaliproducten te produceren. In tegenstelling tot in andere gevallen, waar sprake was van een voorkeur van de consumenten voor bekende merken [71] of voor nationale producten [72], of van een uitzonderlijk zwakke vraag op een markt in een aanloopfase [73], zou in casu derhalve geen enkel element voorhanden zijn dat de conclusie rechtvaardigt, dat de structuur van de vraag het bestaan van afzonderlijke nationale markten onthult.

67. In de tweede plaats zijn verzoeksters van mening, dat het onderzoek van de Commissie naar de vervoerskosten en de prijzen op de referentiemarkt geenszins betrouwbaar is. De Commissie zou in werkelijkheid geen enkele analyse van de vervoerskosten hebben gemaakt en zich hebben beperkt tot de apodictische stelling, dat de handelsstromen niet door de vervoerskosten kunnen worden verhinderd.

Het onderzoek van de kaliprijzen in de Gemeenschap zou even ontoereikend zijn: de Commissie zou ten onrechte hebben nagelaten een vergelijkend onderzoek in te stellen naar de door de verschillende producenten in elke lidstaat gehanteerde prijzen. Ten bewijze van het ontbreken van merkbare verschillen in het prijsniveau tussen de diverse betrokken landen zou zij vijf jaar oude, dus van generlei waarde zijnde, statistieken hebben overgelegd.

68. De Commissie verwerpt de kritiek op haar analyse met het verweer, dat het ontbreken van handelsstromen tussen producerende en invoerende landen niet altijd en noodzakelijkerwijs aan de vervoerskosten te wijten is. Bovendien toont het bestaan van handelsverkeer tussen bepaalde niet aan elkaar grenzende landen (Duitsland en Portugal, Spanje en België, Duitsland en Ierland) en het ontbreken van handelsstromen tussen buurstaten (Groot-Brittannië en Nederland) volgens haar aan, dat de vervoerskosten geenszins een belemmerende factor vormen. De Commissie herinnert dienaangaande aan de overwegingen van de bestreden beschikking (punt 42), die naar haar zeggen duidelijk aan het licht brengen, dat deze kosten niet zo hoog zijn dat daardoor handelsstromen op de relevante geografische markt kunnen worden verhinderd.

71 — Beschikking 91/403/EEG van de Commissie van 29 mei 1991 (Zaak IV/M043 — Magneti Marelli/CEAc) (PB L 222, blz. 38).

72 — Beschikking van de Commissie van 6 november 1990 (Zaak IV/M004 — Renault Volvo) (PB C 281, blz. 2).

73 — Beschikking Nestlé/Perrier (reeds aangehaald in voetnoot 66).

De Commissie wijst erop, dat de prijzen die in de lidstaten met uitzondering van Duitsland worden gehanteerd, niet wezenlijk van elkaar verschillen. Het maximale verschil tussen de prijzen in de Gemeenschap zou namelijk 10 % bedragen, terwijl dit voor Duitsland zou oplopen tot 20 %.

69. Tot slot betogen de Franse regering en de verzoekende ondernemingen, dat de Commissie bij haar beoordeling van het concentratieplan op zijn minst de Franse en Spaanse markt had moeten uitzonderen, aangezien op deze markten, vanwege hun bijzondere kenmerken, concurrentievoorwaarden heersen die niet vergelijkbaar zijn met die van de andere communautaire partners. Volgens de Franse regering vertoont inzonderheid de Spaanse markt kenmerken die vergelijkbaar zijn met die van de Duitse markt, terwijl de situatie op de Franse markt zeer specifiek is, doordat de binnenlandse productie er lager is dan de binnenlandse behoefte en er slechts één grote producent aanwezig is.

Het niet afzonderen van de markt van die twee lidstaten van de markt van de rest van de Gemeenschap levert volgens verzoeksters een zeer vertekend beeld op van de concurrentievoorwaarden voor en na de concentratie, doordat een verkeerd beeld wordt gegeven van de machtsverhoudingen tussen K+S en SCPA.

70. De Commissie wijst erop, dat het bestaan van belangrijke handelsstromen, zij het maar in één richting, het ontbreken van wezenlijke prijsverschillen en de onderlinge verwisselbaarheid van de verschillende kaliproducten slechts een aansporing konden vormen om ook Spanje en Frankrijk als deel van de communautaire markt, met uitzondering van Duitsland, te beschouwen, te meer daar de in deze twee landen gehanteerde distributiemethoden identiek zijn aan die van de rest van de Gemeenschap (behalve Duitsland).

Wat Frankrijk betreft, betwist de Commissie voorts, dat de concurrentievoorwaarden op de markt van dit land anders zijn dan in de rest van de Gemeenschap. Zij preciseert, dat geen enkel belang kan worden gehecht aan de omstandigheid dat K+S en SCPA/EMC de Franse markt op kunstmatige wijze van de communautaire markt gescheiden hebben gehouden. Dit doet namelijk niets af aan het fundamenteel homogene karakter van beide markten, dat uit objectieve factoren voortvloeit.

71. Ik wijs er om te beginnen op, dat het eenzijdige karakter van de handelsstromen, dat ook door de Commissie wordt erkend, ontegenzeggelijk een belangrijke factor vormt voor het bepalen van de geografische referentiemarkt, aangezien het een vermoeden zou kunnen opleveren van het bestaan van toetredingsdrempels in de verschillende landen, drempels die de verkoop van de

producten kunnen belemmeren, waarmee het bestaan van nationale markten zou zijn aangetoond. [74] Mitsdien had de Commissie dit punt grondig moeten onderzoeken in plaats van zich te beperken tot de opmerking, dat er belangrijke handelsstromen tussen de betrokken lidstaten bestaan.

Ook wekt het enige verbazing, dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het feit, dat de belangrijkste importeurs binnen de sector aanzienlijke marktaandelen in hun eigen land en duidelijk verschillende marktaandelen in de andere landen hadden en hebben, en dat zij weinig belang heeft gehecht aan de concentratiegraad aan de aanbodzijde.

72. De lacunes die ik zojuist in het licht heb gesteld, kunnen evenwel niet de ongeldigheid van de beoordeling van de Commissie met zich meebrengen, daar deze lijkt te zijn gebaseerd op objectieve elementen die op de belangrijkste punten onbetwist zijn gebleven.

In de eerste plaats lijkt in casu niet te zijn voldaan aan de voorwaarden om te kunnen oordelen, dat de structuur van de vraag het bestaan van afzonderlijke nationale markten onthult, te meer daar in de gehele Gemeenschap met uitzondering van Duitsland sprake is van een hoge mate van onderlinge verwisselbaarheid van de kaliproducten, en de afnemers geen bijzondere voorkeur hebben voor specifieke producten die enkel bij plaatselijke producenten verkrijgbaar zijn.

73. Aangaande de beoordeling van de vervoerskosten, een element dat doorgaans als een van de belangrijkste factoren voor de omschrijving van de relevante markt wordt beschouwd, zoals het Hof verklaarde in de zaak Suiker Unie e. a./Commissie [75], kan inderdaad niet worden ontkend, dat de Commissie vaak heeft volstaan met het poneren van algemene stellingen. [76] Mijns inziens slaagt de verzoekende regering er met haar bezwaren evenwel niet in, aannemelijk te maken dat de verschillen in de kosten „toetredingsdrempels" kunnen vormen: volgens de rechtspraak van het Hof doet het er immers niet toe, dat sprake is van uiteenlopende vervoerskosten, zolang deze „niet discriminatoir" zijn. [77]

Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt ten aanzien van de analyse van het prijsniveau van de betrokken producten, dat een andere belangrijke in acht te nemen factor vormt, zoals de Commissie in eerdere zaken als haar mening heeft verkondigd. [78] Weliswaar bestaat de enige informatie die de

74 — Aan de andere kant is het wederzijdse karakter van het handelsverkeer door de Commissie altijd als een belangrijke, zij het niet doorslaggevende, aanwijzing voor het behoren tot eenzelfde geografische markt beschouwd: zie beschikking Mannesmann/Vallourec/Ilva (reeds aangehaald in voetnoot 58), punten 33-37. Zie op dit punt en in dezelfde zin ook Cook en Kerse (reeds aangehaald in voetnoot 48), blz. 145 e. v.

75 — Arrest van 16 december 1975 (40/73-48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 372).

76 — Zo stelt zij bijvoorbeeld in de beschikking, dat „de vervoerskosten (...) van geval tot geval een andere tendens te zien [geven] (...) De vervoerskosten blijken echter niet op een zodanig niveau te liggen dat daardoor handelsstromen in de Gemeenschap, Duitsland niet inbegrepen, kunnen worden verhinderd" (punt 42 van de beschikking).

77 — Zie arrest van 14 april 1978, United Brands/Commissie (27/76, Jurispr. blz. 207, punten 52 en 53).

78 — Zie bijvoorbeeld beschikking Magneti Marelli/CEAc (reeds aangehaald in voetnoot 71).

instelling ten bewijze van het ontbreken van wezenlijke prijsverschillen tussen de diverse staten heeft verstrekt, uit een paar statistische, van de FAO afkomstige gegevens met betrekking tot de periode 1987-1989, en een vermelding van de door K+S in 1992 in België, Nederland en Duitsland gehanteerde prijzen, doch hier staat tegenover, dat de Franse regering noch de verzoekende ondernemingen gegevens ter bestrijding van de analyse van de Commissie hebben overgelegd, die het tegendeel aantonen. Veeleer hebben zij bevestigd, dat er geen wezenlijk verschil tussen de prijzen bestaat, met dien verstande dat zij deze omstandigheid aan de doorzichtigheid van de markt toeschrijven en niet aan de homogeniteit ervan.

74. Overweegt men daarbij nog, dat verzoeksters de grotendeels uniforme aard van de in de verschillende staten gehanteerde distributiemethoden, waardoor het bestaan van toetredingsdrempels vergelijkbaar met die in Duitsland kan worden uitgesloten, niet hebben betwist, dan ontkomt men niet aan de conclusie, dat de analyse van de Commissie in wezen correct en voldoende gemotiveerd is.

Ook uitgaande van de argumenten die de Franse regering heeft aangevoerd om aan te tonen dat Frankrijk en Spanje autonome markten vormen, die niet over één kam mogen worden geschoren met de rest van de landen van de Gemeenschap, is het niet mogelijk tot een andere conclusie te komen, ook al is het standpunt van de Commissie niet geheel van tegenstellingen ontbloot.

75. Dienaangaande moet namelijk worden erkend, dat in het kader van het onderzoek van de zogenaamde „toetredingsdrempels" [79] het bestaan van het wettelijk monopolie van SCPA (ook al is dit beperkt tot de doorvoer van de uit derde landen afkomstige invoer), dat door de Commissie als een belangrijke toetredingsdrempel voor het Franse grondgebied is beschouwd [80], op geen enkele wijze in aanmerking is genomen om vast te stellen of Frankrijk een afzonderlijke markt kan vormen. Dit gebrek aan coherentie kan evenmin worden verklaard, zoals de Commissie stelt, door het onderscheid tussen barrières die de intracommunautaire handel belemmeren, en barrières die de handel met derde landen belemmeren. Het lijkt namelijk op zijn minst twijfelachtig, of het distributiemonopolie van SCPA gevolgen heeft voor de toegang van de producten van derde landen tot de markt van de overige lidstaten, daar bepaalde door de Franse regering overgelegde gegevens, die door de Commissie niet zijn betwist, het tegendeel aantonen. [81]

De tegenstellingen die ik zojuist onder de aandacht heb gebracht, zijn evenwel geen voldoende grond om de stelling van de Franse regering te aanvaarden: volgens de beoordelingen van de Commissie, die niet zijn weersproken, vertonen namelijk zowel Frankrijk als Spanje op het gebied van de mededinging kenmerken die vanuit het oogpunt van de onderlinge verwisselbaarheid van de producten, de openheid van de markten (bevestigd door de aanzienlijke invoervolumes), het prijsniveau en de distributie-

79 — Onder de toetredingsdrempels nemen de staatsmonopolies op het gebied van het vervoer een belangrijke plaats in: zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie van 29 april 1991 (Zaak IV/M063 — ELF/Ertoil) (PB C 124, blz. 13).

80 — Zie punt 53 van het verweerschrift.

81 — Aangehaald in punt 78 van de repliek.

systemen vergelijkbaar zijn met die van de rest van de communautaire markt. Ook voor deze twee landen is dus sprake van voldoende gegevens om de keuze van de Commissie om hen als een deel van de markt van alle lidstaten behalve Duitsland aan te merken, gerechtvaardigd te kunnen achten.

76. In het licht van de voorgaande overwegingen ben ik van oordeel, dat moet worden ingestemd met de hoofdlijnen en vooral met de einduitkomsten van de in de beschikking geëffectueerde afbakening van de geografische markt.

De Commissie had haar beoordelingen, die bij nadere bestudering niet geheel vrij van inschattingen blijken te zijn, beter kunnen en wellicht ook moeten onderbouwen. Desalniettemin lijkt mij niet op goede gronden te kunnen worden betwist, dat de concurrentievoorwaarden op de markt omvattende alle lidstaten behalve Duitsland, een zekere homogeniteit vertonen; met name lijkt de Franse regering er met haar bezwaren niet in te slagen het tegendeel aan te tonen. Aan de andere kant mag niet worden vergeten, dat de ter zake relevante „homogeniteit" van de concurrentievoorwaarden volgens de rechtspraak van het Hof niet betekent, dat de voorwaarden in de verschillende delen van het gebied dat als de relevante markt wordt aangemerkt, volkomen gelijk zijn. Van belang is veeleer, dat de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn om niet discriminatoir te zijn [82], dat wil zeggen dat zij van dien aard zijn, dat zij de marktdeelnemers in staat stellen op voet van gelijkheid met elkaar te concurreren.

77. In casu bieden de argumenten van de verzoekende regering mijns inziens geen basis voor het oordeel, dat de concurrentievoorwaarden op de door de Commissie als relevant omschreven markt niet homogeen zijn in de bedoelde zin. In deze omstandigheden geef ik het Hof in overweging, het door de Franse regering aangevoerde middel te verwerpen.

2) *De mogelijkheid de verordening op concentraties toe te passen teneinde te kunnen optreden tegen collectieve machtsposities*

78. De in de beschikking aan de toestemming voor de onderzochte concentratie verbonden voorwaarden hadden, ik herhaal het nog eens, volgens de door de Commissie gemaakte analyse tot doel de noodzakelijke voorwaarden voor een oligopolistische machtspositie van K+S en SCPA op de betrokken markt weg te nemen.

Zowel de Franse regering als SCPA en EMC, die in elk geval betwisten dat in casu sprake is van een collectieve machtspositie, betogen, dat de verordening zelfs niet van toepassing is op dit soort gevallen.

82 — Arrest United Brands/Commissie (reeds aangehaald in voetnoot 77), punten 44, 52 en 53.

79. Verzoeksters betogen namelijk, dat het alleen al uit theoretisch en algemeen oogpunt niet mogelijk is het begrip collectieve machtspositie te gebruiken in het kader van de toepassing van de voorschriften betreffende de controle op concentraties. Hiervoor zouden talloze redenen bestaan:

— in de eerste plaats verzet een tekstueel element zich hiertegen: artikel 2 van de verordening voorziet, anders dan artikel 86 van het Verdrag („een of meer ondernemingen") niet uitdrukkelijk in het geval van een collectieve machtspositie;

— in de tweede plaats staan de rechtsgrondslagen van de verordening — de artikelen 235 en 87 van het Verdrag — noch de bedoeling van de wetgever toe, de concentratiebepalingen toe te passen op situaties waarin sprake is van een oligopolistische machtspositie;

— een andere bevestiging wordt geboden door de procedurele waarborgen die de verordening aan derden biedt; met name zouden de ondernemingen die partij zijn bij een collectieve machtspositie doch niet bij de concentratie, over onvoldoende middelen van bescherming beschikken.

80. De Commissie antwoordt hierop:

— de inhoud van de verordening, met name het feit dat niet uitdrukkelijk is voorzien in het geval dat een machtspositie door „meer ondernemingen" wordt ingenomen, staat op generlei wijze toe, de toepassing ervan uit te sluiten voor gevallen waarin collectieve machtsposities in het leven worden geroepen of versterkt; in dit verband is niet zonder belang, dat artikel 2, lid 3, doordat het de gevolgen van de concentratie op de daadwerkelijke mededinging in aanmerking neemt, de machtspositie aan de concentratie koppelt en niet aan de betrokken ondernemingen;

— uit de rechtsgrondslagen van de verordening blijkt, dat de verordening ertoe strekt een lacune in de mededingingsregels van de artikelen 85 en 86 op te vullen voor wat de controle op oligopolistische machtsposities betreft; de voorstukken noch de door de Franse regering aangehaalde verklaringen bieden een aanknopingspunt voor het oordeel, dat de Raad heeft willen uitsluiten dat de verordening wordt toegepast om collectieve machtsposities te veroordelen of te elimineren;

— een beschikking waarbij een concentratie wordt toegestaan, bindt uitsluitend de ondernemingen die de concentratie hebben aangemeld; aangezien de handeling waarmee de in de zin van de verordening

ingeleide procedure wordt beëindigd, geen enkel nadeel aan derden mag berokkenen, ook niet wanneer zij deel uitmaken van de in geding zijnde collectieve machtspositie, is het onjuist te spreken van een gebrek aan (voldoende) waarborgen voor derden; in elk geval worden de rechten en belangen van derden in ruime mate beschermd door de procedurele toepassingsmodaliteiten van de verordening;

— de mogelijkheid om een concentratie te verbieden die het oligopolistische kader van de markt versterkt, komt voort uit de economische theorie volgens welke de mededinging op een oligopolistische markt in elk geval nadelig wordt beïnvloed wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan; om een daadwerkelijke mededinging te verzekeren is het derhalve onontbeerlijk de verordening toe te passen op collectieve machtsposities.

— Het tekstuele gegeven

81. Allereerst merk ik op, dat de stelling van verzoeksters moeilijk kan worden betwist: de verordening, en inzonderheid artikel 2 ervan, bevat geen enkele verwijzing, zelfs geen indirecte, naar het begrip oligopolistische machtspositie. Dit is des te veelzeggender wanneer men in aanmerking neemt, zoals verzoeksters hebben onderstreept, dat artikel 86 van het Verdrag daarentegen — uitdrukkelijk — voorziet in de onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van het maken van misbruik van een machtspositie door „een of meer ondernemingen".

Artikel 2, lid 3, dat inderdaad, overeenkomstig de stelling van de Commissie, de machtspositie aan de concentratie koppelt en niet aan de betrokken ondernemingen, verwijst duidelijk naar de machtspositie van de concentratie en niet naar de machtspositie waarbij ondernemingen zijn betrokken die geen partij bij de concentratie zijn. In deze omstandigheden zou het al te gemakkelijk zijn het welbekende adagium ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit aan te halen.

82. Al kan het tekstuele gegeven niet tot een andere conclusie leiden dan dat de verordening uitsluitend beoogt concentraties te ontmoedigen die een machtspositie van een enkele onderneming in het leven roepen of versterken, en geen betrekking heeft op concentraties die tot een machtspositie van meer ondernemingen leiden [83], toch kan de letter van artikel 2 van de verordening niet beslissend worden geacht, aangezien deze bepaling moet worden gelezen in het licht van de verordening in haar geheel en van de ratio ervan.

83 — Zie in deze zin bijvoorbeeld Siragusa-Subiotto: „Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica delle decisioni della Commissione", in *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, I, 233, inzonderheid blz. 271 en 272. Het standpunt van sommigen is genuanceerder, aangezien zij zich beperken tot het onderstrepen van de moeilijkheid de tegenovergestelde stelling te aanvaarden. Zie aldus onder meer Cook en Kerse (reeds aangehaald in voetnoot 48), blz. 134 e. v.; Korah, *EC Competition Law and Practice*, Londen, 1994, blz. 242; Bellamy en Child, *Common Market Law of Competition*, Londen, 1993, blz. 343 en 344.

Zodoende ben ik bij de andere, door verzoeksters aangevoerde argumenten beland, die betrekking hebben op de rechtsgrondslagen, de bedoeling van de wetgever (zoals blijkende uit de voorstukken en tot uiting komende in de tekst van de verordening) en de procedurele waarborgen, alsook de overwegingen van economische aard die door de Commissie naar voren zijn gebracht, welke overwegingen nauw verbonden zijn met de doelstellingen van de mededingingsvoorschriften.

— Rechtsgrondslagen en bedoeling van de wetgever

83. Laat ik terstond opmerken, dat ik niet de stelling van verzoeksters onderschrijf, dat de keuze van de rechtsgrondslagen er op zich voor zou pleiten dat de verordening niet van toepassing is op collectieve machtsposities. In beginsel kunnen de artikelen 87 en 235 hiertoe namelijk worden aangewend. Omgekeerd kan mijns inziens geen beroep worden gedaan op de omstandigheid dat de verordening in hoofdzaak op artikel 235 in plaats van op artikel 87 is gebaseerd, noch op het onderdeel van de verklaring van de Raad en de Commissie betreffende artikel 22 van de verordening, waarin de toepasselijkheid van de artikelen 85 en 86 op concentraties wordt uitgesloten. [84]

84 — Afgezien van het feit, dat mondelinge verklaringen volgens vaste rechtspraak van het Hof van beperkte waarde zijn (zie bijvoorbeeld arrest van 26 februari 1991, Antonissen, C-292/89, Jurispr. blz. I-745, punt 18), en dat de betrokken verklaring hoe dan ook niet aldus kan worden uitgelegd, dat zij de toepassingssfeer van de artikelen 85 en 86 beperkt, staat buiten kijf dat een dergelijke verklaring in geen geval kan worden gebruikt om tot de conclusie te komen, dat de door artikel 87 van het Verdrag geboden rechtsgrondslag in feite een beperkte strekking heeft, waardoor het niet mogelijk zou zijn het begrip collectieve machtspositie aan artikel 86 te koppelen.

Het behoeft geen betoog, dat moeilijk te bedenken valt, welke andere mogelijkheden er zijn om preventief op te treden tegen collectieve machtsposities die door concentraties in het leven worden geroepen of versterkt, tenzij men van oordeel zou zijn — doch dit zou onredelijk zijn — dat het Verdrag zelf een dergelijke mogelijkheid uitsluit.

84. Anders dan de Commissie slaag ik er echter niet in, uit een dergelijke conclusie af te leiden, dat de verordening in haar huidige formulering daadwerkelijk toestaat tegen collectieve machtsposities op te treden. Dienaangaande volsta ik met de opmerking, dat de omstandigheid dat de gekozen rechtsgrondslag stellig bepaalde bevoegdheden kan attribueren, op zich nog niet betekent, dat deze bevoegdheden ook daadwerkelijk zijn toegekend. Dit neemt echter niet weg, dat wanneer men zich op deze rechtsgrondslag baseert, bepaalde bevoegdheden zijn voorzien en andere niet.

Uiteindelijk gaat het erom te weten, of de tekst van de verordening uitdrukkelijk of zelfs stilzwijgend bevestigt, dat aan de Commissie de bevoegdheid is toegekend om tegen collectieve machtsposities op te treden. Welnu, volgens mij biedt de tekst, in zijn geheel bezien, eerder steun voor een beperkte uitlegging van artikel 2.

85. In deze zin pleit bijvoorbeeld, zoals de verzoekende ondernemingen hebben betoogd, de formulering van de vijftiende

overweging van de considerans van de verordening, luidens welke „van concentraties die, wegens het beperkte marktaandeel van de betrokken ondernemingen, een daadwerkelijke mededinging niet kunnen belemmeren, kan worden vermoed dat zij met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn" en „zulk een indicatie met name aanwezig is wanneer het marktaandeel van de betrokken ondernemingen (...) 25 % [niet] overschrijdt". Volgens de verzoekende ondernemingen zou de keuze van dit percentage niet passend zijn, indien de verordening ook van toepassing ware op collectieve machtsposities. [85]

Welnu, niet kan worden ontkend, dat het vermoeden van onverenigbaarheid van een machtspositie wegens een totaal marktaandeel dat hoger is dan 25 %, zoals dat in de overweging staat vermeld, niet is overgenomen in de bepalingen van de verordening. [86] En het staat eveneens vast, dat de marktaandelen in de krachtens de verordening gegeven beschikkingen slechts het uitgangspunt vormen voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie, aangezien talloze andere factoren in aanmerking moeten worden genomen. [87] Zo men aan de vijftiende overweging van de considerans per se een bepaalde strekking wil toekennen, zou het niet onredelijk zijn deze overweging op te vatten als een aanwijzing over de bedoeling van de wetgever om de verordening niet mede van toepassing te doen zijn op collectieve machtsposities, aangezien een marktaandeel van 25 % beslist aan de lage kant is om op een oligopolie betrekking te kunnen hebben. [88]

86. Hier komt nog bij, dat de voorstukken veeleer de bedoeling van de wetgever lijken te bevestigen om de verordening *niet* op collectieve machtsposities toe te passen. Immers, ook al kennen wij terdege de wil van de Commissie — waarvan zij gedurende het proces van de totstandkoming van de handeling blijk heeft gegeven en die zij herhaald tot uiting heeft gebracht — om de betrokken verordening op oligopolies toe te passen [89], hier staat tegenover dat de Commissie heeft beklemtoond, dat de huidige formulering van artikel 2, lid 3, het resultaat is van een moeilijk compromis dat juist ten aanzien van het vraagstuk van de collectieve machtsposities is bereikt. [90]

Het is dienstig hier te onderstrepen, dat uit een vergelijking tussen het laatste gewijzigde

85 — Zie in deze zin ook Cook en Kerse (reeds aangehaald in voetnoot 48), blz. 134.

86 — Dit is door de Commissie beklemtoond in bijvoorbeeld de beschikking van 18 december 1991 (Zaak IV/M165 — Alcatel/AEG Kabel) (PB C 6, blz. 23), punt 22.

87 — Zie bijvoorbeeld beschikking 94/359/EG van de Commissie van 21 december 1993 (Zaak IV/M358 — Pilkington-Techint/SIV) (PB L 158, blz. 24). Ik herinner er overigens aan, dat het marktaandeel ook in de rechtspraak van het Hof inzake artikel 86 niet noodzakelijkerwijs een beslissende factor is — ook al vormt het, in zoverre het groter of gelijk is aan 80 %, een significante indicatie voor een machtspositie — doch tezamen met andere factoren in aanmerking moet worden genomen: zie in deze zin onder meer arrest van 5 oktober 1988, Alsatel (247/86, Jurispr. blz. 5987, punt 19).

88 — Op dit punt voorziet bijvoorbeeld de Duitse wet inzake beperkingen van de mededinging, die juist gebaseerd is op een structurele opvatting in samenhang met een stelsel van vermoedens uitgaande van de marktaandelen van de ondernemingen, in een drempel van tenminste 50 %. Meer concreet bepaalt sectie 23, artikel 2, lid 2, van deze wet: „Voor het toezicht op concentraties wordt een groep ondernemingen eveneens geacht een machtspositie in te nemen wanneer:
1. sprake is van drie of minder ondernemingen die het grootste marktaandeel in handen hebben en in totaal een marktaandeel van 50 % vertegenwoordigen, of
2. sprake is van vijf of minder ondernemingen die het grootste marktaandeel in handen hebben en in totaal een marktaandeel van twee derde van de markt vertegenwoordigen, tenzij deze aantonen dat op grond van de concurrentievoorwaarden ook na de concentratie een significante mededinging tussen hen kan worden verwacht, of wanneer de groep ondernemingen geen machtspositie inneemt ten opzichte van de overige concurrenten (...)"

89 — Hiertoe volstaat een verwijzing naar het *Zestiende verslag over het mededingingsbeleid*, van 1986, met name punt 333 daarvan.

90 — Zie blz. 36 van de dupliek.

voorstel van de Commissie [91] en de definitieve tekst blijkt, dat de verwijzing naar de hinderpalen voor het behoud en de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging, zoals vervat in het eerstgenoemde voorstel, nadien is vervangen door het begrip „machtspositie", een begrip dat onbetwistbaar doet denken aan de tekst van artikel 86. In deze omstandigheden dient men in gedachten te houden, dat de definitieve tekst de vrucht is van een weloverwogen keuze die, zoals door de Commissie is erkend, bepaald is door de moeilijkheid om op dit punt tot overeenstemming te komen.

87. Wellicht valt het te betreuren, dat de Raad tot zijn besluit is gekomen, terwijl sommigen van zijn leden wel en anderen niet achter dat besluit stonden, doch hieraan kan niemand iets veranderen, tenzij de wetgever zelf. De stelling van de Commissie dat deze situatie, bij gebreke aan een bepaling die de toepasselijkheid van de verordening op collectieve machtsposities uitdrukkelijk uitsluit, betekent dat het vraagstuk is opengelaten, lijkt mij niet overtuigend. In elk geval kan de Commissie mijns inziens niet op goede gronden stellen, dat zij bevoegd is vraagstukken op te lossen die door de lidstaten bewust onopgelost zijn gelaten.

Om het duidelijker te stellen, een ander standpunt zou erop neerkomen, dat een subsidiariteitscriterium sui generis wordt geaccepteerd op grond waarvan de Commissie, telkens wanneer zij dit passend of noodzakelijk acht, het werk van andere instellingen, en met name die van de wetgever, zou kunnen aanvullen. Uit dit oogpunt zou het ongetwijfeld meer in overeenstemming met de spelregels zijn, dat de Commissie het initiatief neemt om de verordening in de hierboven uiteengezette zin te doen wijzigen. Bij ontstentenis van een dergelijk initiatief zou ik niet dan met de grootst mogelijke aarzeling durven te stellen, dat de Commissie en het Hof in het kader van de toepassing en/of de uitlegging van een regeling bevoegd zijn, de daarin voorkomende lacunes die op een weloverwogen keuze van de wetgever berusten, op te vullen. [92]

88. Tot slot lijken ook de voorstukken te bevestigen, dat de wil van de wetgever, zoals deze in de tekst van de verordening tot uiting komt, in de richting gaat van de niet-toepasselijkheid ervan op collectieve machtsposities. Deze vaststelling is hier evenwel niet van beslissend belang. Het blijft namelijk een feit, dat de voorstukken hooguit enige aanwijzingen kunnen verschaffen doch niet bepalend zijn, daar voor een correcte uitlegging van een bepaling moet worden uitgegaan van de letter en het doel van de betrokken tekst.

— De procedurele waarborgen

89. En hiermee kom ik aan bij de bespreking van een aspect dat in deze context zonder twijfel van fundamenteel belang is. Zowel de Franse regering als de verzoekende ondernemingen betogen namelijk, zoals ik reeds

91 — COM(88) 734/Rev. def.

92 — Reeds M. Trabucchi (aangehaald in voetnoot 31), blz. 503, verklaarde onder een verwijzing naar de rechtspraak inzake de mededinging, dat „de veelvuldige verwijzing naar de economische gegevens en de betekenis die daaraan wordt gehecht in het kader van rechterlijke beslissingen geenszins in strijd zijn met *de essentiële functie van het Hof, die eruit bestaat het Verdrag en het daaruit afgeleide recht te eerbiedigen en te doen naleven* (...) Wanneer de norm bestaat, moet zij volledig worden nageleefd (...)"

opmerkte, dat het ontbreken van de wil en de onmogelijkheid om de verordening op collectieve machtsposities toe te passen, op beslissende wijze worden bevestigd door het ontbreken in de bepalingen van de verordening van procedurele waarborgen ter bescherming van de rechten van de ondernemingen die, ook al zijn zij niet bij de concentratie betrokken, aan een collectieve machtspositie deelnemen.

In het kader van het onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep van de verzoekende ondernemingen heb ik reeds het gebrek aan onderbouwing onderstreept van de stelling van de Commissie, dat de handeling ter beëindiging van de krachtens de verordening ingestelde procedure alleen de partijen bij de concentratie bindt, zodat in geen enkel geval nadeel kan worden berokkend aan derden. Zonder andere voorbeelden aan te halen getuigt het onderhavige geval nu juist op buitengewoon veelzeggende wijze van het tegendeel. [93]

90. Het gaat er hier dus om, vast te stellen of de procedurele waarborgen waarin de verordening ter bescherming van derden voorziet, adequaat kunnen worden geacht, ook in het geval dat de „derden" partij zijn bij het oligopolie waarop de beschikking van de Commissie betrekking heeft.

Om te beginnen zij erop gewezen, dat de deelname van derden aan de procedure, zoals voorzien bij de verordening, geen passende bescherming van de rechten van de verdediging lijkt te kunnen verzekeren in het hier bedoelde geval. In de eerste plaats zijn de ondernemingen die vermoed worden partij bij het oligopolie te zijn, maar niet bij de concentratie zijn betrokken, geen adressaat van enige specifieke informatie. In de tweede plaats vindt het horen van derden overeenkomstig artikel 18, lid 4, uitsluitend plaats ingeval de Commissie of de bevoegde autoriteiten van de lidstaten het noodzakelijk achten ook andere natuurlijke personen of rechtspersonen te horen (waaronder uiteraard de ondernemingen moeten worden begrepen die niet bij de concentratie betrokken zijn), dan wel op hun eigen initiatief, indien zij aantonen daarbij voldoende belang te hebben. Het gaat dus, zoals verordening nr. 2367/90 [94] (die ratione temporis op het

93 — Immers, het is maar al te duidelijk, dat de schade die de verzoekende ondernemingen door de beschikking hebben geleden, het rechtstreekse gevolg is van de handelwijze die de bij de concentratie betrokken ondernemingen overeenkomstig de eisen van de Commissie hebben gevolgd. Overigens is dit reeds bevestigd door de in kort geding geadieerde president van het Gerecht van eerste aanleg. In de beschikking van 15 juni 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote en Entreprise minière et chimique (aangehaald in voetnoot 30), waarbij de tenuitvoerlegging van artikel 1 van de bestreden beschikking werd geschorst ten aanzien van het onderdeel waarin de beschikking de terugtrekking uit de vennootschap Kali-Export oplegt, merkt de president op, dat niet kan worden uitgesloten, dat door de betrokken voorwaarde „de rechten van derden kunnen worden geschaad, in casu die van de twee andere vennoten van Kali-Export (...) die geen partij bij de procedure voor de Commissie waren" (punt 28).

94 — Reeds aangehaald in voetnoot 13. Deze verordening regelt namelijk op soortgelijke wijze als verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB blz. 2268), uitsluitend het horen van de bij de concentratie betrokkenen (artikelen 13 en 14), terwijl voor derden — zoals, volgens de Commissie, in casu de verzoekende ondernemingen — is voorzien in een stelsel van hoorzittingen op hun verzoek en zonder enige procedurele waarborg (artikel 15). De Franse regering heeft dienaangaande beklemtoond, dat deze hoorzittingen in de praktijk uit eenvoudige contacten met de ambtenaren van de Commissie bestaan, die geenszins kunnen voldoen aan de eisen van informatie en bescherming van de personen die volledig bij de procedure zijn betrokken, zoals de „partijen" bij het oligopolie dat ten gevolge van de concentratie zou zijn ontstaan. Gepreciseerd zij, dat verordening nr. 2367/90 is vervangen door verordening nr. 3384/94 (aangehaald in voetnoot 13), welker bepalingen in bepaalde opzichten meer bescherming bieden. Voor zover in de onderhavige zaak van belang, is de probleemstelling echter in wezen ongewijzigd gebleven. Immers, ook al kunnen derden die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, krachtens artikel 16 van de nieuwe verordening aan een officiële hoorzitting deelnemen, hier staat tegenover dat deze mogelijkheid tot de discretionaire bevoegdheid van de Commissie behoort.

onderhavige geval van toepassing is) bevestigt, om een niet-dwingende procedure van informele aard, daar zij plaatsvindt zonder dat de vertegenwoordigers van de autoriteiten van de lidstaten eraan deelnemen en zonder de plechtige vorm en de waarborgen die voor het horen van de partijen zijn voorzien. Het gaat, kortom, om een procedure ter bescherming van de rechten van de echte „derden" (in alle betekenissen van het woord), doch niet van degenen die „partij" zijn bij de machtspositie.

91. De door de Franse regering gemaakte analyse, waarin de procedurele modaliteiten waarin verordening nr. 2367/90 krachtens artikel 18, lid 4, van de verordening voorziet, zijn vergeleken met het mechanisme waarin is voorzien voor de krachtens de artikelen 85 en 86 ingeleide procedures, reikt verder dan de enkele bevestiging van ontoereikendheid van de waarborgen die zijn verleend voor het recht van verweer van de ondernemingen die wel partij zijn bij een oligopolie, doch niet bij de concentratie. [95]

Uit deze analyse blijkt immers duidelijk, dat de ondernemingen die deelnemen aan een oligopolie dat in het leven zou worden geroepen of versterkt door een concentratie waarbij zij geen partij zijn, anders dan de ondernemingen die een collectieve machtspositie in de zin van artikel 86 innemen, als „derden" worden behandeld, met alle onvermijdelijk negatieve gevolgen van dien op het gebied van de rechten van de verdediging.

92. Welnu, het is onnodig eraan te herinneren, dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging in administratieve procedures een waarde van de communautaire rechtsorde is waar niemand om heen kan. Zoals het Hof namelijk herhaaldelijk heeft verklaard, „moet de eerbiediging van de rechten der verdediging in iedere procedure tegen een persoon, die tot een voor deze laatste nadelige handeling kan leiden, worden beschouwd als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij gebreke van een bijzondere regeling in acht moet worden genomen". [96]

In dit licht zou enige waarde kunnen worden gehecht aan de stelling van de Commissie, dat aangezien de eerbiediging van de rechten van de verdediging een fundamenteel recht is, het eventuele ontbreken van procedurele waarborgen ad hoc in de verordening niet van belang is voor de toepasselijkheid van de verordening op collectieve machtsposities. De derden en de partijen zouden in elk geval

95 — Zoals de Franse regering opmerkt (blz. 20-23 van het verzoekschrift), is de procedure van artikel 86 namelijk, overeenkomstig de verordeningen nr. 17 (aangehaald in voetnoot 51) en nr. 99/63 (aangehaald in de voorgaande voetnoot), steeds contradictoir ten opzichte van de ondernemingen die worden geacht een machtspositie in te nemen; zij worden van meet af aan geïnformeerd over de jegens hen ingeleide procedure en in de gelegenheid gesteld zich te verweren.

96 — Arrest België/Commissie (reeds aangehaald in voetnoot 56), punt 46. Dit betekent, zoals het Hof heeft onderstreept, dat „de persoon tegen wie de Commissie een administratieve procedure heeft ingeleid, tijdens die procedure behoorlijk in staat moet zijn geweest zijn standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie der gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op het gemeenschapsrecht heeft gestaafd". Zie in dezelfde zin arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punten 9 en 11).

ten volle recht hebben op de noodzakelijke bescherming.

93. Ofschoon deze stelling beslist een zekere suggestieve waarde heeft, kan ik haar niet onderschrijven. Ook al moeten de rechten van de verdediging hoe dan ook worden geëerbiedigd, los van de verschillende, uitdrukkelijk daartoe strekkende bepalingen voor elk voorkomend geval, dit neemt niet weg dat het paradoxaal zou zijn de Commissie toe te staan zich onder een dergelijke dekmantel te verschuilen wanneer zij bij het vaststellen van een regeling ad hoc op het betrokken gebied, wat verordening nr. 2367/90 ongetwijfeld is, niet in de nodige waarborgen heeft voorzien voor degenen die door de toepassing van de betrokken regeling kunnen worden benadeeld.

Ik geef toe, dat het Hof dit probleem zou kunnen oplossen door te verklaren, dat het volstaat de voor de partijen bij de concentratie voorziene waarborgen uit te breiden tot de partijen bij het gestelde oligopolie. Dit neemt echter niet weg, dat het ontbreken van een bepaling in deze zin in de verordening slechts vermag te bevestigen, zoals verzoeksters hebben betoogd, dat de verordening niet bestemd is, of in elk geval volgens de bedoeling van de wetgeving niet bestemd was, om op collectieve machtsposities te worden toegepast. Tot slot behoeft het amper betoog, dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging, waarop verzoeksters (volgens de Commissie) hoe dan ook aanspraak hadden kunnen maken, in casu zeker niet is gewaarborgd. [97]

— Overwegingen van economische aard en doelstellingen van de verordening

94. Thans moet nog worden ingegaan op de door de Commissie aangevoerde argumenten van economische aard, die nauw verband houden met het doel een daadwerkelijke mededinging te verzekeren.

Zakelijk weergegeven, luidt de stelling van de Commissie, dat het absoluut noodzakelijk is oligopolistische situaties [98] aan toezicht te onderwerpen, aangezien de schade die hierdoor aan de mededinging zou kunnen worden toegebracht, op zijn minst even ernstig is als die welke door een individuele machtspositie wordt veroorzaakt. De toepasselijkheid van de verordening op collectieve machtspo-

97 — Het is immers wenselijk in herinnering te roepen, dat de vertegenwoordigers van de verzoekende vennootschappen, na herhaalde verzoeken van hun zijde, eerst op 1 december, dat wil zeggen twee dagen voor de vergadering van het Adviescomité, dus toen de teerling reeds was geworpen, door de ambtenaren van de Commissie zijn ontvangen. Ook al zou het waar zijn dat, zoals de Commissie stelt — doch door verzoeksters wordt ontkend — de vertegenwoordigers van SCPA op 3 november 1993 door de ambtenaren van de instelling zijn ontvangen, dan nog doet dit niets af aan de situatie, aangezien de grote „ondoorzichtigheid" van de gehele procedure voor derden blijft staan. Dit geldt des te meer, nu de Commissie bevestigt, dat eerst op 1 december met de vertegenwoordigers van de Franse vennootschap is gesproken over de door K+S gedane toezeggingen.

98 — Deze eis zou bevestiging vinden in de omstandigheid, dat in de belangrijkste antitruststelsels de controlevoorschriften voor concentraties eveneens worden toegepast op oligopolistische machtsposities: zie voor een vergelijkende analyse Briones: „Oligopolistic dominance: is there a common approach in different juridictions? A Review of the decisions adopted by the Commission under the Merger Regulation" in *ECLR*, 6, 1995, blz. 334 e. v.

sities zou uiteindelijk berusten op de noodzaak om oligopolies te controleren met het oog op het behoud van de mededinging. [99]

95. Ik merk te dien aanzien om te beginnen op, dat de bezorgdheid van de Commissie terecht is, met name bezien in het licht van de economische en juridische gevolgen van oligopolistische situaties. Het behoeft immers amper betoog, dat het oligopolie, dat wil zeggen de markt bestaande uit een handvol ondernemingen [100], negatieve gevolgen kan hebben die sterk gelijken op die welke in het algemeen aan een monopolie worden toegeschreven. [101] Hier komt nog bij, dat het enerzijds onloochenbaar is, dat er een zeker verband bestaat tussen concentratie en economische macht in de zin van de macht om de prijzen te verhogen door de productie tegen te houden en zodoende extra winst te maken, terwijl anderzijds niet kan worden ontkend, dat concentraties het concurrentievervalsend samenspannen van concurrenten en het aannemen van parallelle gedragingen, ook zonder dat deze onderling zijn afgestemd, in de hand kunnen werken.

De Commissie heeft voorts beklemtoond, dat het probleem evenmin zou kunnen worden opgelost met een beroep op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, gelet op de omstandigheid dat deze artikelen niet de mogelijkheid bieden te allen tijde en in alle gevallen doeltreffend tegen oligopolies op te treden. Soms kan het oligopolie namelijk niet onder het kartelverbod worden gebracht, aangezien, zoals het Hof in het arrest Houtslijp heeft gepreciseerd, parallel gedrag — dat in feite de kern van het begrip oligopolie vormt — „enkel als bewijs voor een afstemming kan worden aangemerkt, indien de afstemming de enige aannemelijke verklaring ervoor is. Want al verbiedt artikel 85 van het Verdrag elke vorm van concurrentievervalsende samenspanning, het ontneemt de marktdeelnemers niet het recht, hun beleid op intelligente wijze aan te passen aan het geconstateerde of te verwachten marktgedrag van hun concurrenten." [102] Anderzijds vindt het gebruik van artikel 86 zijn grenzen in de aard van deze bepaling, te weten een bepaling die enkel gevolgen kan hebben voor reeds bestaande machtsposities.

96. De lacunes waarop ik zojuist de aandacht heb gevestigd, volstaan mijns inziens echter niet om de toepassing van de verordening op oligopolistische machtsposities te rechtvaardigen. Ook het arrest Houtslijp

99 — Precies daarom achten sommige auteurs het allerminst uitgesloten, dat de verordening ook kan worden toegepast op oligopolistische machtsposities, aangezien de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd door meer ondernemingen die gezamenlijk in staat zijn onafhankelijk van hun concurrenten en afnemers op te treden. Zie bijvoorbeeld Jones, Gonzales-Diaz, *The EEC Merger Regulation*, Londen, 1992, blz. 168 e. v., alsook Venit: „The Evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast", in *International Mergers and Joint Ventures, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1991, blz. 519, met name blz. 540 e. v.

100 — Sinds de pionierstudie van Cournot op dit terrein, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Parijs, 1848, heeft de economische theorie van het oligopolie aanleiding gegeven tot een groot aantal opzienbarende publicaties. Zie de samenvatting bij Pigassou, *Les oligopoles et le droit*, Parijs, 1983, Cap. III, blz. 151-260.

101 — Areeda en Turner, *Antitrust Law*, vol. III, Boston/Toronto, 1978, blz. 359: „oligopoly with monopoly-like results". Deze stelling vindt steun in de economische theorie volgens welke in dergelijke situaties dezelfde voorwaarden voor de uitoefening van de economische macht gelden, waardoor de toepassing van de antitrustbepalingen op monopolies wordt gerechtvaardigd, en volgens welke het oligopolie zelfs de bron van veel grotere gevaren voor de mededinging kan zijn dan individuele machtsposities, aangezien de laatstgenoemden ertoe neigen mettertijd af te nemen onder invloed van de concurrentiedruk van de minder belangrijke ondernemingen, terwijl een sterk oligopolie in bepaalde omstandigheden gedurende een lange periode kan standhouden. Zie daarover Scherer en Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990.

102 — Arrest Houtslijp (reeds aangehaald in voetnoot 52), punt 71.

bevat volgens mij geen elementen die in de door de Commissie gewenste richting wijzen: het feit dat er parallelle gedragingen bestaan die niet op grond van artikel 85 [103] kunnen worden bestraft, betekent op zich niet, dat deze gedragingen hoe dan ook moeten worden bestraft, en kan vooral niet de door de Commissie voorgestelde ruime uitlegging van de verordening rechtvaardigen.

Overigens blijkt uit de voorgaande overweging heel duidelijk de onsamenhangendheid van het door de Commissie in casu ingenomen standpunt. Zoals we hebben gezien, beroept de Commissie zich erop, dat de door de artikelen 85 en 86 geboden normatieve instrumenten niet geschikt zijn om tegen oligopolies op te treden, hetgeen de extensieve interpretatie van artikel 2, lid 3, van de verordening zou rechtvaardigen. Dit neemt niet weg, dat het optreden van de Commissie tegen het vermeende duopolie K+S/SCPA/EMC, welbeschouwd, bestond uit een „bevel" aan het adres van eerstgenoemde onderneming om haar contractuele betrekkingen met de twee andere ondernemingen te verbreken. Waarom in deze omstandigheden, dat wil zeggen wanneer er duidelijke tekenen zijn die op een „onderlinge afstemming" wijzen, geen gebruik maken van artikel 85? [104]

97. Tot slot merk ik op, dat ook de bij de toepassing van de verordening gevolgde praktijk, waarnaar in de loop van de procedure herhaaldelijk is verwezen, geen argumenten biedt die voor een andere oplossing pleiten. In feite is de toepasselijkheid van de verordening op oligopolies in de beschikking Nestlé/Perrier, waarin de Commissie niet onder stoelen of banken heeft gestoken dat zij een autonoom begrip „collectieve machtspositie" wilde uitwerken, hoofdzakelijk gebaseerd op artikel 3, sub g, van het Verdrag. [105]

Vaststaat inderdaad, dat deze bepaling in de eerste overweging van de considerans van de verordening in algemene zin wordt aangehaald, en dat zij, gelet op haar doel om een daadwerkelijke mededinging te beschermen, noodzakelijkerwijs betrekking heeft op alle gevallen waarin de mededinging wordt vervalst, ongeacht of dit aan één dan wel aan meer ondernemingen is te wijten. Hier staat echter tegenover, en dit mag men niet uit het oog verliezen, dat deze bepaling volgens haar formulering slechts toepasselijk is „onder de voorwaarden en volgens het tijdschema waarin dit Verdrag voorziet".

98. De hierboven door mij onderzochte factoren werpen talloze twijfels op omtrent de

103 — Zie over dit vraagstuk, met al de implicaties ervan, de uitvoerige conclusie van advocaat-generaal Darmon bij het arrest Houtslijp (Jurispr. 1993, blz. I-1445). Zie tevens, voor een recente uitputtende studie van de rechtspraak hierover, Soames: „An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference", in *ECLR*, 1996, blz. 24.

104 — Mogelijkerwijs is het antwoord op deze vraag gelegen in de noodzaak snel op te treden. Een bevestiging van deze stelling zou bijvoorbeeld kunnen worden gevonden in de omstandigheid, dat een van de aanvankelijk voorziene verbintenissen, te weten die met betrekking tot de onderneming Potacan, die nadien is omgezet in een informele oplossing die ik hierboven (bij de behandeling van de ontvankelijkheid) heb besproken, in feite het voorwerp vormde van een krachtens verordening nr. 17 ingeleide procedure.

105 — Beschikking 92/553 (reeds aangehaald in voetnoot 66). In deze beschikking voegt de Commissie daaraan toe dat, indien de verordening niet van toepassing was op oligopolistische situaties, hieruit zou volgen, dat de nationale autoriteiten, die vóór de invoering van de verordening tegen deze situaties hadden kunnen optreden aan de hand van hun nationale bepalingen, hun toezichthoudende rol op dit gebied volledig zouden hebben opgegeven „zonder dat in plaats daarvan daar op communautair niveau een regeling zou zijn getroffen" (punt 115).

mogelijkheid om het begrip collectieve machtspositie te hanteren in het kader van de bepalingen van de concentratieverordening. Resumerend ben ik van oordeel, dat de bepalingen van de verordening niet van toepassing zijn op oligopolistische machtsposities en dat deze uitlegging het meest in overeenstemming is met zowel de formulering van de verordening als de logica die eraan ten grondslag ligt, alsook, meer algemeen, met de algemene opzet van het stelsel. De tegenovergestelde oplossing zou tal van negatieve gevolgen hebben, ook al valt er in economisch opzicht wat voor te zeggen. Met name zou zij uiteindelijk tot onzekerheid leiden, gelet op het ontbreken van een normatief en/of regelgevend referentiekader vergelijkbaar met dat in andere antitruststelsels. Dit zou bovendien in strijd zijn met het herhaaldelijk bekrachtigde vereiste, dat het gemeenschapsrecht duidelijk en zijn toepassing voorzienbaar moet zijn voor de jusitiabelen. [106]

Uiteraard kan en mag, zoals ik hiervoor heb opgemerkt, de bezorgdheid van de Commissie over de negatieve gevolgen van de niettoepassing van de verordening op oligopolies voor de bestrijding van anticoncurrentiële gedragingen niet over het hoofd worden gezien. Het zou mijns inziens evenwel correcter zijn deze bezorgdheid in haar eigenlijke kader te plaatsen en haar het voorwerp te maken van een wijzigingsvoorstel strekkende tot aanvulling van de relevante bepalingen.

106 — Arrest van 22 februari 1984, Kloppenburg (70/83, Jurispr. blz. 1075, punt 11).

3) *Het onjuiste gebruik in het onderhavige geval van het begrip collectieve machtspositie*

99. Met dit middel beroepen zowel de Franse regering als de verzoekende vennootschappen zich op een aantal feitelijke en rechtsdwalingen die bij de beoordeling van de concentratie op de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen, zouden zijn begaan.

In het algemeen verwijt de Franse regering de Commissie, dat zij bij de beoordeling van het bestaan van een collectieve machtspositie niet de criteria heeft gehanteerd die in de rechtspraak met betrekking tot artikel 86 zijn uitgewerkt, en evenmin de in haar eerdere beschikkingen vastgelegde criteria, die trouwens soepeler zijn dan die van de gemeenschapsrechter. Voorts voert de Franse regering tot staving van haar stelling een aantal concrete punten van kritiek aan, die alle betrekking hebben op de in de beschikking in aanmerking genomen analyse-elementen, terwijl zij tegelijkertijd het belang onderstreept van de criteria die de Commissie niet in aanmerking heeft genomen. Naar haar oordeel brengen deze argumenten duidelijk de dwalingen ten aanzien van het bestaan van een collectieve machtspositie, waardoor de beschikking wordt gekenmerkt, aan het licht, en tonen zij in elk geval de onvoldoende motivering ervan aan.

De verzoekende vennootschappen, die eveneens met soortgelijke argumenten als die van de Franse regering bepaalde in de beschikking in aanmerking genomen factoren betwisten, beroepen zich vooral op het ontbreken van bewijs van de zijde van de Commissie van het bestaan van een causaal verband tussen de concentratie en de gestelde creatie van een collectieve machtspositie.

100. De Commissie brengt hiertegen in, dat de door haar in de bestreden beschikking gehanteerde criteria geenszins in tegenspraak zijn met die welke zij in eerdere beschikkingen heeft gehanteerd. Om in casu het bestaan van een collectieve machtspositie vast te stellen, zou zij namelijk vooral drie criteria hebben gehanteerd: de concentratiegraad op de markt die uit de concentratie zou voortvloeien, de structurele gegevens betreffende de aard van de markt en de kenmerken van het product, en de structurele banden tussen de betrokken ondernemingen.

Voorts betoogt de Commissie, dat het onderhavige geval zich door een aantal specifieke kenmerken onderscheidt van andere gevallen waarin zij is opgetreden. In de eerste plaats bestond er ook vóór de concentratie geen daadwerkelijke mededinging tussen de twee belangrijkste leveranciers van kaliproducten, wegens de afwezigheid van K+S op de Franse markt en de bestaande banden tussen deze onderneming en SCPA. In de tweede plaats zouden K+S en SCPA zich door de verhoging van hun concurrentievermogen als gevolg van de concentratie met MdK in een machtspositie ten opzichte van de andere kalileveranciers bevinden.

101. Meer algemeen antwoordt de Commissie op de bezwaren van de Franse regering, dat de met betrekking tot artikel 86 uitgewerkte criteria, ofschoon zij in de beschikking niet ontbreken, niet beslissend zijn op het gebied van de controle op concentraties. In deze context kan het bestaan van een collectieve machtspositie — anders dan hetgeen zich afspeelt in het kader van artikel 86, waar de machtspositie vooral aan de hand van de marktaandelen wordt gedefinieerd — slechts worden vastgesteld aan de hand van een op de toekomst gerichte analyse. De marktaandelen zouden dus slechts een uitgangspunt vormen; voor het overige zou het van essentieel belang zijn, na te gaan of de huidige en potentiële concurrenten in staat zijn tegenwicht te bieden aan de eventuele machtspositie van de nieuw gevormde onderneming. Het is juist op basis van een dergelijke analyse, dat een aantal concentraties krachtens de verordening zijn goedgekeurd niettegenstaande de aanzienlijke marktaandelen die ermee gemoeid waren en ondanks het feit dat de concentratie vrijwel zeker tot een onverenigbaarverklaring met artikel 86 zou hebben geleid.

Aangaande de criteria die zij in haar beschikkingspraktijk heeft geformuleerd, merkt de Commissie in de eerste plaats op, dat de beschikkingen waarop de Franse regering zich baseert, met uitzondering van de beschikking Nestlé/Perrier [107], alle van latere datum zijn dan de bestreden beschikking. In de tweede plaats zouden de kenmerken van elk concreet geval er de oorzaak van zijn, dat aan bepaalde criteria meer gewicht wordt toegekend dan aan andere, of dat een bepaald criterium beslissend wordt geacht. Bijgevolg is het wegens de bijzonderheden van het onderhavige geval dat de Commissie de genoemde criteria van doorslaggevend belang heeft geacht.

102. Ik herinner er om te beginnen aan, dat het begrip collectieve machtspositie, zoals dit is uitgewerkt in verband met artikel 86 van het Verdrag, en waarvan de inhoud erop neerkomt, dat de machtspositie waaruit het misbruik kan voortvloeien, zowel door een

107 — Beschikking aangehaald in voetnoot 66.

enkele als door meer ondernemingen kan worden ingenomen, in de loop van de jaren nader is ingevuld. [108] Inzonderheid heeft het Gerecht in het arrest Vlakglas gepreciseerd, dat twee of meer ondernemingen een collectieve machtspositie innemen wanneer zij, niettegenstaande hun onafhankelijkheid, door bijzonder nauwe economische banden verenigd op de markt optreden, bijvoorbeeld doordat zij tezamen over een technologische voorsprong beschikken die hen in staat stelt zich „in een belangrijke mate onafhankelijk te gedragen" jegens „hun concurrenten, hun afnemers, en, uiteindelijk, de consumenten". [109] Het Hof heeft dit begrip in grote lijnen bekrachtigd in het arrest Almelo e. a., waarin het verklaarde, dat de collectieve machtspositie met zich meebrengt, dat de betrokken ondernemingen „door zodanige banden met elkaar verenigd zijn, dat zij hun optreden op de markt kunnen coördineren". [110]

Voor de criteria die in de beschikkingspraktijk op dit gebied zijn uitgewerkt, klopt het inderdaad, zoals verzoeksters betogen, dat de Commissie in het kader van de beoordeling van concentraties een begrip „collectieve machtspositie" heeft uitgewerkt dat ruimer is dan en in elk geval deels afwijkt van het begrip dat in de rechtspraak met betrekking tot artikel 86 is omschreven. Dienaangaande moet evenwel worden erkend, dat ofschoon de verordening naar dezelfde elementen verwijst als die welke het Hof heeft gebruikt om het bestaan van een collectieve machtspositie vast te stellen, zij daarvan geen omschrijving geeft, aldus de mogelijkheid open latend om „structurele" beoordelingen de doorslag te laten geven en dus een begrip te hanteren dat in zekere mate autonoom is ten opzichte van het begrip dat in het kader van artikel 86 is uitgewerkt. [111]

103. Hoewel de invoering van een nieuw begrip „collectieve machtspositie" dat afwijkt van het in de rechtspraak inzake artikel 86 uitgewerkte begrip, kon worden gerechtvaardigd door de specifieke aard van de controle op concentraties, is het duidelijk dat dit het risico met zich meebrengt, dat de toepassing van dat begrip op de concentratieregeling nog problematischer en minder voorspelbaar wordt. Bovendien is het zo, dat al voorziet artikel 2, lid 1, van de verordening niet in een rangorde van de in aanmerking te nemen factoren — waarbij ik erken, dat de in deze bepaling genoemde criteria voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt ook van toepassing zijn op het hier bedoelde geval — dit niet wegneemt, dat

108 — Desalniettemin leek het Hof aanvankelijk terughoudend te zijn om het begrip collectieve machtspositie te erkennen, zulks mede vanwege de moeilijkheid om, nu de wet hierover zwijgt, de elementen te bepalen die noodzakelijk zijn voor een concrete definiëring van dit begrip. Zo leek het bij een gelegenheid de toepassing van artikel 86 voor te behouden aan gevallen waarin sprake is van individuele machtsposities. In het arrest Hoffmann-La Roche (reeds aangehaald in voetnoot 96) bevestigde het Hof namelijk, dat „een machtspositie (...) eveneens [moet] worden onderscheiden van het voor oligopolistische situaties kenmerkend parallel gedrag: in een oligopolie is er wederzijdse gedragsbeïnvloeding, terwijl een onderneming die een machtspositie inneemt, haar gedrag goeddeels eenzijdig bepaalt". Zie in dit verband Korah: „Concept of a dominant position within the meaning of Article 86", in *Common Market Law Review*, 1980, blz. 395, met name blz. 398.

109 — Arrest Vlakglas (reeds aangehaald in voetnoot 38), punt 358. Zie in dezelfde zin ook arrest Hoffmann-La Roche (reeds aangehaald in voetnoot 96), punten 38 en 48.

110 — Arrest van 27 april 1994 (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477). Het Hof heeft de in dit arrest geformuleerde beginselen nadien herhaald in zijn arrest van 17 oktober 1995, DIP-SpA e. a. (C-140/94, C-141/94 en C-142/94, Jurispr. blz. I-3257, punten 24-26). Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Fennelly bij dit arrest, die er onder meer op wees, dat het begrip collectieve machtspositie niet kan worden gebruikt als een substituut voor het gebrek aan rechtstreeks bewijs van het bestaan, en nog minder van het misbruik, van een machtspositie (punt 64).

111 — Zie in deze zin Venit (reeds aangehaald in voetnoot 99), blz. 527 e. v., met name blz. 530-531. Een dergelijke opinie vindt eveneens bevestiging in de opvatting dat het begrip „belemmerde mededinging" in artikel 2, lid 3, van de verordening de Commissie de vrijheid laat een nieuw machtspositiebegrip uit te werken, gebaseerd op een waarschijnlijkheidsonderzoek in relatie tot de kenmerken van de markt. Zie Brittan: „The Law and Policy of Merger Control in the EEC", in *European Law Review*, 1990, blz. 354.

de Commissie de genoemde criteria niet buiten beschouwing mag laten, en dat de discretionaire bevoegdheid die zij op grond van de verordening heeft, niet tot willekeur mag leiden. Kortom, uitgesloten moet in elk geval worden, dat de Commissie de criteria die zij per geval het meest passend acht, mag *verzinnen*.

In deze omstandigheden kan de praktijk van de Commissie, die ontegenzeggelijk ingewikkeld en niet geheel ontbloot van tegenstrijdigheden is, toch een nuttig instrument blijken te zijn om een eventueel gebrek aan samenhang en eventuele tegenstrijdigheden in de beschikking en in het verweer van de Commissie aan het licht te brengen en om zodoende, mede aan de hand hiervan, te kunnen concluderen, of de in casu gehanteerde criteria juist zijn. Indien het probleem aldus wordt gesteld, kan de Commissie mijns inziens niet op goede gronden staande houden, dat geen rekening behoeft te worden gehouden met de criteria en beoordelingen die in beschikkingen van latere datum dan de in geding zijnde beschikking zijn vervat. In feite vormt de praktijk van de Commissie, of het nu eerdere beschikkingen — zoals die in de zaak Nestlé/Perrier waarop verzoeksters zich veelvuldig hebben beroepen [112] — of latere beschikkingen betreft, zeker geen maatstaf voor de wettigheid van de bestreden beschikking; zij vormt evenwel op zijn minst een aanduiding van de methode die de Commissie tot op heden bij de toepassing van de verordening op collectieve machtsposities heeft gehanteerd.

104. Thans zal ik overgaan tot de bespreking van de kritiek van zowel de Franse regering als de verzoekende ondernemingen op de criteria die in de beschikking zijn toegepast ter bevestiging van het bestaan van een collectieve machtspositie die naar verwachting tot een significante wijziging van de mededinging zal kunnen leiden.

Ik acht het zinvol terstond na de concentratiegraad op de markt het vraagstuk van de structurele banden te behandelen dat, naar de Commissie zelf heeft erkend, het essentiële element vormt waarop zij zich heeft gebaseerd om het bestaan van een collectieve machtspositie van K+S/MdK en SCPA vast te stellen. Vervolgens zal ik de andere in de beschikking gehanteerde criteria onderzoeken en zal ik mij buigen over het belang van de criteria die wel in andere beschikkingen, maar niet in de onderhavige beschikking zijn toegepast.

— De concentratiegraad op de markt

105. Het oordeel van de Commissie is met name gebaseerd op de verhoging van de (reeds hoge) concentratiegraad op de markt. Deze concentratiegraad kan volgens de Commissie in de toekomst leiden tot versterking van een collectieve machtspositie die de mededinging op significante wijze kan belemmeren.

112 — Dienaangaande zij overigens opgemerkt, dat de in de beschikking Nestlé/Perrier gehanteerde formulering en methodiek niet verschoond van kritiek lijken te zijn, voornamelijk omdat zij ertoe strekken een criterium voor de controle op collectieve machtsposities uit te werken dat juridisch nogal vaag omlijnd is. Zie op dit punt de opmerkingen van Winckler en Hansen: „Collective dominance under the EC Merger Control Regulation", in *Common Market Law Review*, 1993, 30, blz. 787 e. v., met name blz. 828, dat „if the standard used in Nestlé/Perrier is, as suggested, one of ‚probability' or ‚facilitation', then the Commission has not explained in sufficient detail what types of economic conduct („collective abuses") it wishes to avoid making ‚much easier'" (deze stelling verwijst naar punt 120 van de beschikking).

De Franse regering en de verzoekende ondernemingen betwisten deze beoordeling met de stelling, dat de verhoging niet van wezenlijke aard is, gelet op het feit dat de marktaandelen van K+S en SCPA ten gevolge van de concentratie van 54 % naar 61 % zijn gegaan. De Franse regering betoogt bovendien, dat de analyse van de Commissie blijk geeft van willekeur, aangezien daarin ten eerste geen rekening is gehouden met het feit dat het aantal kalileveranciers ten gevolge van de concentratie is gedaald van 10 naar 9, en ten tweede de rol van twee belangrijke producenten, CPL en Coposa, niet naar behoren in aanmerking is genomen. Tot slot zou de analyse van de Commissie niet betrouwbaar zijn, omdat de marktaandelen op twee verschillende manieren zijn berekend al naar gelang van het gewenste resultaat: volgens de ene methode wordt uitsluitend het afzetvolume van de verschillende producenten in de Gemeenschap in aanmerking genomen, terwijl volgens de andere methode de op de Franse markt gerealiseerde afzet onder het afzetvolume van SCPA wordt begrepen, waardoor het afzetvolume van K+S dienovereenkomstig wordt verlaagd.

106. Allereerst zij opgemerkt, dat de kwantitatieve stijging van de marktaandelen van de betrokken ondernemingen, waarop de Commissie in de beschikking op bijna overdreven wijze heeft gehamerd, op zich onvoldoende is om te kunnen vaststellen, dat een collectieve machtspositie in het leven is geroepen, zoals het Gerecht overigens in het arrest Vlakglas zeer duidelijk heeft opgemerkt. Dit geldt des te meer voor de onderhavige zaak, waarin de concentratie slechts tot een toename van 7 % heeft geleid. Bijgevolg moet worden erkend, dat de toename van de concentratiegraad op de markt ten gevolge van de overname niet van bijster groot belang is, daar zij zowel wat betreft het aantal op de markt aanwezige concurrenten (verschoven van 10 naar 9) als wat betreft de toename van het totale marktaandeel van K+S en SCPA op dezelfde markt, gering is. In deze omstandigheden lijkt het belang dat in de beschikking aan dit criterium is gehecht, buitensporig. [113] In elk geval toont de op dit punt gemaakte analyse hooguit aan, dat de concentratiegraad op de markt niet van dien aard is, dat het bestaan van een collectieve machtspositie daardoor a priori moet worden uitgesloten.

— De structurele banden tussen K+S en SCPA

107. Partijen zijn het erover eens, dat het centrale element van de bestreden beschikking wordt gevormd door de vaststelling, dat „er tussen de twee ondernemingen reeds lang bijzonder nauwe banden bestaan" [114], waardoor wordt vermoed dat er geen daadwerkelijke mededinging tussen de twee ondernemingen bestaat. Diezelfde banden vormden de beslissende factor waarop de Commissie zich voor haar eigen oordeel heeft gebaseerd, te meer daar de als voorwaarde gestelde verbreking van deze banden haars inziens het gevaar voor een collectieve machtspositie kon wegnemen.

113 — Zie punten 52-56.

114 — Punt 57 van de beschikking.

108. Volgens de Franse regering heeft de Commissie een aantal beoordelingsfouten gemaakt bij het onderzoek van de structurele banden tussen K+S en SCPA: in werkelijkheid vermogen deze banden het causale verband tussen de concentratie en het in het leven roepen van een duopolie tussen K+S/SCPA niet aan te tonen, omdat zij onvoldoende bewijs opleveren, dat ten gevolge van de bedoelde concentratie de voorwaarden konden worden geschapen voor concurrentievervalsend samenspannend gedrag van de twee ondernemingen. In het bijzonder: 1) zijn de betrokken banden van geringe invloed op Frankrijk, niettegenstaande de vaststelling van de Commissie dat de Gemeenschap met uitzondering van Duitsland de relevante markt vormt; 2) had de beschikking ook de Spaanse onderneming Coposa tot het oligopolie moeten rekenen [115]; 3) vormt de zwakke aanwezigheid van K+S op de Franse markt geen voldoende bewijs van het bestaan van een machtspositie van deze onderneming en SCPA; 4) is niet aangetoond, dat de overname van MdK door K+S een duopolistische machtspositie van K+S en SCPA in het leven kan roepen.

De verzoekende ondernemingen concentreren zich met name op dit laatste aspect door bepaalde inhoudelijke tegenstrijdigheden in het standpunt van de Commissie onder de aandacht te brengen, inzonderheid de omstandigheid dat de concentratie volgens deze instelling een collectieve machtspositie op de relevante markt in het leven zou hebben geroepen en niet enkel zou hebben versterkt.

115 — Ik herinner eraan, dat dit de vennootschap is die de door bepaalde Spaanse ondernemingen, die onlangs in een publiekrechtelijke instelling genaamd INI zijn opgegaan, geproduceerde kali verkoopt.

109. Aangaande het eerste argument merk ik op, dat de betrekkingen tussen de betrokken ondernemingen inderdaad uitsluitend de Franse markt rechtstreeks of indirect raken. Mitsdien zouden deze betrekkingen enkel op deze markt geacht kunnen worden de daadwerkelijke concurrentie tussen K+S en SCPA te kunnen beïnvloeden. Dit geldt in de eerste plaats voor het verbreken van de distributiebanden tussen K+S en SCPA, die uitsluitend betrekking hadden op de Franse markt. Maar dit geldt voorts ook voor de deelname aan het Kali-Export-kartel. Volgens de Commissie kan deze deelname, ofschoon zij niet de afzet op de communautaire markt, doch uitsluitend de export naar derde landen betreft, toch van invloed zijn op de afzet in Frankrijk. Bij gebrek aan bewijsmateriaal kan deze stelling niet worden geverifieerd [116]; indien zij echter bewezen was, zou hierdoor hooguit het ontbreken van daadwerkelijke mededinging tussen K+S en SCPA op de Franse markt worden aangetoond, dat wil zeggen een markt die naar het oordeel van de Commissie zelf niet de relevante markt vormt. Hieruit volgt dat, indien de stelling van de Commissie gegrond was, ook de deelname aan het exploitatiekartel op communautair niveau enkel gevolgen zou hebben voor de Franse markt die, ik herhaal het, geen relevante markt is in de zin van de beschikking.

In dit opzicht lijkt de conclusie van de Franse regering gegrond, dat de Commissie niet heeft aangetoond, in hoeverre de

116 — In feite heeft de Commissie in haar memories gesteld, dat zij in de punten 57, 59, 61 en 67 van de beschikking afdoende heeft aangetoond, dat van dergelijke wederzijdse beïnvloeding sprake is. Bij lezing van deze punten blijkt echter, dat de Commissie zich hierin heeft beperkt tot het onderstrepen van de bestaande structurele banden tussen K+S en SCPA.

overname van MdK door K+S bepalend zou zijn voor het ontstaan van een duopolie dat de mededinging op de communautaire markt, met uitzondering van Duitsland, kan belemmeren. Het volstaat namelijk niet, zich daartoe te baseren op de betrekkingen tussen K+S en SCPA in Frankrijk, welk land geen zelfstandige markt vormt.

110. Aangaande de Spaanse vennootschap Coposa betoogt de Franse regering daarentegen, dat de Commissie die vennootschap ten onrechte van het gestelde oligopolie tussen K+S en SCPA heeft uitgesloten. In elk geval kan de Commissie volgens haar niet, ten bewijze van de juistheid van de afbakening van de geografische markt als de markt omvattende de Gemeenschap met uitzondering van Duitsland, stellen dat Coposa in aanzienlijke mate naar Frankrijk exporteert, en vervolgens, ditmaal om het bestaan van een collectieve machtspositie aan te tonen, verklaren dat Coposa in geringe mate in Frankrijk aanwezig is en dat haar afzet hoe dan ook gekanaliseerd wordt.

Dienaangaande zij meteen gezegd, dat ik niet erg onder de indruk ben van het door de Commissie gevoerde verweer, dat de banden tussen K+S en SCPA van dien aard zijn, dat hun betrekkingen zich daardoor van die van alle andere producenten onderscheiden en dat het eventuele inbegrijpen van Coposa in het oligopolie in elk geval niet bepalend is voor de beschikking, daar dit immers slechts tot een versterking van de collectieve machtspositie zou leiden. Het spreekt immers voor zich, dat de exacte vaststelling van de partijen bij een oligopolie vooraf dient te gaan aan de beoordeling ervan, evenals aan het onderzoek van de buiten dit oligopolie heersende concurrentievoorwaarden. [117] Op basis van de beschikbare gegevens en met toepassing van de criteria die zijn gehanteerd om K+S en SCPA als onderdeel van de collectieve machtspositie aan te merken, lijkt het in casu derhalve moeilijk om Coposa van dit oligopolie uit te sluiten. In dit verband volstaat het echter eraan te herinneren, dat Coposa ook deelneemt aan het Kali-Exportkartel en dat haar afzet in Frankrijk hoofdzakelijk via SCPA plaatsvindt.

111. Om het ontbreken van concurrentie tussen K+S en SCPA en dus het bestaan van een collectieve machtspositie op hun niveau aan te tonen, lijkt mij evenmin van beslissend belang, dat zoals de regering in haar derde argument betoogt, K+S slechts in geringe mate aanwezig is in Frankrijk en voor een deel van haar afzet in dat land gebruik maakt van het distributienet van SCPA. De eerste omstandigheid zou namelijk aan verschillende oorzaken te wijten kunnen zijn, bijvoorbeeld de structuur van de Franse markt, de voorkeuren van de consumenten of de handelsstrategie van de Duitse vennootschap. Indien men aan dit aspect meer belang zou willen toekennen, zou men zich overigens dienen af te vragen, waarom soortgelijke situaties, namelijk de afwezigheid op belangrijke nationale markten, blijken op te gaan voor alle grote producenten in de sector, en met name, waarom de Commissie in de

117 — Dienaangaande herinner ik er bij wijze van voorbeeld aan, dat op de lijst van in het kader van de controle op concentraties te verifiëren gegevens, die in 1990 is opgesteld door het Bundeskartellamt (in de Engelse versie gepubliceerd in *Fordham Corporate Law Institute*, 1991, blz. 161 e. v.), het ontbreken van concurrentie tussen de deelnemers aan een oligopolie en de „externe" concurrenten als een wezenlijk element wordt beschouwd om het oligopolie als een machtspositie te kunnen aanmerken.

bestreden beschikking, de afwezigheid van SCPA op de Duitse markt niet heeft toegeschreven aan de banden met K+S, maar aan de specifieke structuur van deze markt.

Wat de afzet van producten van K+S via SCPA betreft, moet worden beklemtoond dat, ook al vindt een groot deel van de Franse invoer van producten van K+S via SCPA plaats, het om een dermate geringe hoeveelheid gaat (1,4 % van de relevante markt), dat dit geen voldoende bewijs vormt van de gegrondheid van de stelling van de Commissie.

De Commissie wijst er dienaangaande op, dat de concentratie inderdaad tot het ontstaan van de gemeenschappelijke machtspositie van K+S/MdK en SCPA heeft geleid, daar zij de structuur van de markt aanmerkelijk heeft gewijzigd. De Commissie legt vooral de nadruk op de volgende elementen: a) Mdk neemt 25 % van de totale kaliproductie in de Gemeenschap voor haar rekening; b) ten tijde van het geven van de beschikking werd de productiecapaciteit van MdK slechts voor 50 % benut; c) het marktaandeel van 7 % ten slotte is een cruciale factor, daar het aanbod buiten het concern K+S/MdK en SCPA versplinterd is en het marktaandeel van dit concern volgens de analyse van de Commissie verder zal groeien.

112. En hiermee kom ik bij het laatste argument van de Franse regering, dat betrekking heeft op de gevolgen van de aankoop van MdK door K+S. Inzonderheid betoogt de Franse regering, dat de Commissie geenzins heeft aangetoond, dat deze overname heeft geleid tot een duopolistische machtspositie die schadelijk is voor de mededinging. De verzoekende ondernemingen hebben een soortgelijk argument aangevoerd, waarbij zij vooral het accent legden op de innerlijke tegenstrijdigheid van het standpunt van de Commissie, die enerzijds de „failing company defence" heeft toegepast, uitgaande van de veronderstelling dat MdK hoe dan ook van de markt zou verdwijnen daar zij in een onomkeerbare crisissituatie verkeerde, en anderzijds heeft geoordeeld, dat de overname van MdK door K+S — en de daaruit voortvloeiende concentratie — zou leiden tot het in het leven roepen van een duopolistische machtspositie die de mededinging kan belemmeren.

113. Ik merk allereerst op, dat die stellingen van de Commissie de bezwaren van verzoeksters niet weerleggen. Zowel de Franse regering als de ondernemingen beroepen zich namelijk op het ontbreken van causaal verband tussen *het in het leven roepen* van een oligopolistische machtspositie en de concentratie, daar MdK volgens de analyse van de Commissie hoe dan ook gedoemd was van de markt te verdwijnen. Hoe kon de overname van MdK een collectieve machtspositie in het leven roepen wanneer het marktaandeel van deze onderneming — met of zonder concentratie — als gevolg van haar verdwijning hoe dan ook zou worden overgenomen door de andere marktdeelnemers in de sector?

Zelfs wanneer men ervan uit zou gaan, dat de analyse van de Commissie correct is, en dat

dus niet redelijkerwijs kan worden aangenomen, dat het marktaandeel van MdK op de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen, vrijwel zeker naar K+S zou zijn gegaan [118], waardoor niet is voldaan aan een van de criteria voor de toepasselijkheid van de failing company defence, dan nog blijft het een feit, dat de stelling van de Commissie nogal zwak lijkt vanuit de — volstrekt onontbeerlijke — invalshoek van het causaal verband tussen de concentratie en het creëren van een gemeenschappelijke machtspositie van K+S en SCPA. Hieruit volgt, dat het gewicht dat in dit verband is toegekend aan het marktaandeel van 7 % dat MdK op de relevante geografische markt bezit, geenszins beslissend is.

— De kenmerken van de uitgeschakelde concurrent

114. Volgens de Franse regering heeft de Commissie verzuimd, zoals zij ook in de beschikking Nestlé/Perrier deed, de kenmerken te analyseren van de concurrent die ten gevolge van de concentratie uit de markt zou worden gedreven, dus van MdK. Het onderzoek van deze kenmerken zou naar het oordeel van deze regering noodzakelijkerwijs tot de conclusie hebben geleid, dat het verdwijnen van MdK van de markt van geen enkele invloed op de concentratie kon zijn, temeer daar het een onderneming betrof die volgens de analyse van de Commissie hoe dan ook gedoemd was, zij het op middellange termijn, van de markt te verdwijnen.

Voor het argument van de Franse regering valt wel wat te zeggen. In de beschikking in de zaak Nestlé/Perrier, waarin de van de markt gedreven concurrent (Perrier) goed was voor een marktaandeel dat tussen 35,9 en 44,2 % schommelde, oordeelde de Commissie, dat „de vermindering van drie naar twee producenten (duopolie) (...) niet slechts een kosmetische verandering van de marktstructuur [is]. De concentratie zou leiden tot de eliminatie van een grote concurrent die de grootste capaciteitsreserves en afzetvolumes op de markt heeft. De bronnen en merken van Perrier zouden tussen de beide resterende producenten worden verdeeld. Bovendien zou de vermindering van drie naar slechts twee nationale producenten concurrentiebeperkend parallel gedrag, dat tot misbruik zou kunnen leiden, aanzienlijk gemakkelijker maken." [119] Aldus had de Commissie de nadruk gelegd op de strekking en de gevolgen van de overname van Perrier, welke onderneming vanwege haar omvang en haar marktaandeel van essentieel belang was voor een daadwerkelijke mededinging.

115. In het onderhavige geval daarentegen lijkt de analyse in de beschikking op zijn minst enige lacunes te vertonen. Zelfs zonder buitensporig veel belang te willen hechten aan het marktaandeel van MdK op de communautaire markt (7 %) [120], kan men niet anders dan enige twijfel hebben omtrent de daadwerkelijke invloed van de verdwijning van MdK op de op de markt heersende concurrentie. Bovendien wordt in de beschikking met geen woord gerept van de „indrukwekkende productiecapaciteit" van MdK, die

118 — Zie punt 79.

119 — Beschikking 92/553 (reeds aangehaald in voetnoot 66), punt 120.

120 — Dit marktaandeel is overigens gelijk aan dat van de vennootschap SIV, wier overname door Pilkington en Techint onvoorwaardelijk werd goedgekeurd bij beschikking 94/359 (reeds aangehaald in voetnoot 87).

de Commissie in haar verweerschrift ter sprake heeft gebracht [121], en die overigens moeilijk te verenigen lijkt met opvatting dat de onderneming een economisch niet meer levensvatbare eenheid [122] vormt. Tot slot bevat de beschikking geen enkele aanwijzing, dat MdK, ook los van zijn daadwerkelijke gewicht, een wezenlijke rol speelt bij het behoud van de mededinging.

Kortom, naar mijn oordeel heeft de Commissie niet aangetoond, dat het verdwijnen van MdK van de communautaire markt, Duitsland niet inbegrepen, leidt of op zijn minst bijdraagt tot het in het leven roepen van een duopolie van K+S/MdK en SCPA dat de mededinging op significante wijze kan belemmeren.

— De positie van de concurrenten

116. De Franse regering voert aan, dat de in de beschikking gemaakte analyse van de positie van de op de relevante markt aanwezige concurrenten ontoereikend is en tegenstrijdigheden bevat. Zij onderstreept met name het incoherente gedrag van de Commissie, die aan de ene kant de marktpositie van CPL en Coposa bagatelliseert, en aan de andere kant bij de afbakening van de relevante geografische markt juist de nadruk legt op de uitvoer van Spanje en het Verenigd Koninkrijk naar de andere lidstaten. De regering betwist bovendien de stelling van de Commissie, dat de kanalisering van de invoer uit derde landen via SCPA aantoont, dat de concurrentiedruk van deze landen op het duopolie nagenoeg nihil is.

Ook uit dit oogpunt brengt het argument van de Franse regering bepaalde objectieve lacunes in de beschikking aan het licht.

117. Allereerst kan de Commissie niet worden gevolgd waar zij als bewijs voor het ontbreken van concurrentiedruk op het gestelde oligopolie aanvoert, dat de invoer van derde landen in Frankrijk over SCPA dient te lopen. [123] Vóór alles vormt de Franse markt namelijk geen zelfstandige markt in de in casu relevante zin. Bijgevolg mag voor de beoordeling van de concentratie niet uitsluitend rekening worden gehouden met de Franse markt, maar moet veeleer, en in elk geval, het grondgebied in aanmerking worden genomen dat in de beschikking als de relevante markt is aangeduid, namelijk de gehele Gemeenschap met uitzondering van Duitsland.

121 — Zie blz. 32.

122 — Zie punt 76 van de beschikking.

123 — Zie blz. 33 en 34 van het verweerschrift en blz. 54 van de dupliek.

Evenzo ontoereikend en tegenstrijdig lijken de overwegingen van de Commissie over het belang van de invoer uit het GOS, die volgens de door de Franse regering verstrekte en door de Commissie niet betwiste gegevens [124] geleidelijk zou zijn opgelopen tot 11 % van de afzet binnen de Gemeenschap, hetgeen zeker geen onbeduidend percentage is. Daarnaast moet in aanmerking worden genomen, dat de marktaandelen van de negen producenten die na de concentratie op de markt zijn overgebleven, van dien aard zijn, dat de concurrenten van het gestelde duopolie van K+S/MdK en SCPA ontegenzeggelijk enig gewicht in de schaal leggen. [125]

— De vergelijking tussen de positie van K+S/MdK en die van SCPA

118. In haar kritiek op de criteria die in casu zijn toegepast voor de vaststelling van het bestaan van een oligopolistische machtspositie, bestrijdt de Franse regering voorts zowel het buitensporige gewicht dat de Commissie aan het totale marktaandeel van K+S en SCPA heeft toegekend, als het feit dat buiten beschouwing is gelaten, dat de twee ondernemingen niet symmetrisch zijn, hetgeen in eerdere beschikkingen daarentegen als een belangrijke factor werd beschouwd om het bestaan van een oligopolistische machtspositie te ontkennen.

De Commissie wijst erop, dat een marktaandeel van 60 % wel degelijk het bestaan van een collectieve machtspositie aantoont, met name wanneer er, zoals in casu, een aanzienlijk verschil bestaat met de marktaandelen van de concurrenten. Ofschoon zij erkent, dat er aanzienlijke verschillen bestaan tussen de betrokken ondernemingen, betwist zij de theorie, dat een duopolie slechts denkbaar zou zijn bij ondernemingen met gelijksoortige kenmerken.

119. Aangaande eerstgenoemd aspect merk ik allereerst op, dat de Commissie in het verleden heeft geoordeeld, dat het niet mogelijk is drempels vast te stellen waarvanaf een collectieve machtspositie kan worden vermoed, en dat zij in elk geval in recente beschikkingen [126] concentraties heeft toegestaan waarvan de samengevoegde marktaandelen vergelijkbaar waren met die welke in casu zijn berekend. Hieruit volgt dat, al is het theoretisch onmogelijk geen enkel belang toe te kennen aan een marktaandeel van 60 %, dat marktaandeel niet, althans niet alleen, beslissend kan zijn en een bewijs kan vormen voor het bestaan van een oligopolistische machtspositie.

Hier komt nog bij, dat de door de Commissie aangehaalde precedenten uit de rechtspraak niet ter zake dienend zijn, daar zij betrekking hebben op individuele machtsposities [127], hetgeen rechtvaardigt dat een marktaandeel tussen 45 en 80 % als vermoe-

124 — Zie blz. 42 van de dupliek.

125 — Zie de gegevens in de tabel op blz. 43 van de repliek van de Franse regering, die door de Commissie niet zijn betwist.

126 — Zie, bijvoorbeeld, beschikking 94/359 (reeds aangehaald in voetnoot 87).

127 — Bedoeld zijn het arrest Hoffmann-La Roche (reeds aangehaald in voetnoot 96) en de arresten van 9 november 1983, Michelin/Commissie (322/81, Jurispr. blz. 3461), en 3 juli 1991, AKZO/Commissie (62/86, Jurispr. blz. I-3359).

den geldt. Overigens wordt het marktaandeel in deze arresten altijd geanalyseerd in samenhang met andere factoren, zoals het verschil (van ten minste 50 %) tussen de eerste en tweede onderneming die op de markt actief zijn.

120. Evenmin kan ik de mening van de Commissie delen ten aanzien van het tweede aspect dat hier ter sprake is gebracht, te weten het buiten beschouwing laten van het ontbreken van symmetrie tussen de ondernemingen die worden vermoed aan de collectieve machtspositie deel te nemen.

In de eerste plaats merk ik op, dat de Commissie het — in casu onbetwiste [128] — ontbreken van symmetrie tussen de betrokken ondernemingen in andere zaken beslissend heeft geacht om het bestaan van een duopolie uit te sluiten [129], zowel uit oogpunt van de marktaandelen, in hun totaal en in relatie tot de markten van de verschillende landen bezien, als van de „economische macht" en, ten slotte, van de productiecapaciteit. In dit verband zij eraan herinnerd, dat de Commissie in de beschikking Nestlé/Perrier de gevolgen van de symmetrie van de betrokken ondernemingen en de redenen waarom dit element bij de beoordeling van de gevolgen van de concentratie in aanmerking werd genomen, heeft gepreciseerd. [130] Zij wees er daarbij inzonderheid op, dat de symmetrie van de ondernemingen een duidelijk ontmoedigend effect op de mededinging heeft en onderling afgestemde feitelijke gedragingen vergemakkelijkt. Bijgevolg ben ik van oordeel, dat het verweer van de Commissie, die zich ertoe beperkt aan te voeren dat het verschil tussen K+S en SCPA niet relevant is voor het bestaan van een duopolie, geen hout snijdt. Mijns inziens heeft de Commissie evenmin terecht geoordeeld, dat de door haar gevolgde praktijk bij de toepassing van de verordening in casu volstrekt niet ter zake doet. Al vormt de praktijk geen dwingend referentiekader, maar kan zij naar gelang van het concrete geval worden aangepast, toch is zij ook niet volledig zonder belang, vooral wanneer uit niets blijkt dat zij niet ter zake dienend is.

121. Het vorengaande betoog stelt in het licht, dat de beoordeling en de toepassing van de door de Commissie uitgewerkte criteria een aantal lacunes en tegenstellingen vertonen die mij tot de conclusie voeren, dat de beschikking een consistente motivering ontbeert. De Commissie is er namelijk niet in geslaagd, zelfs niet op basis van haar praktijk, op adequate wijze aan te tonen, dat de voorgenomen concentratie een collectieve machtspositie van K+S/MdK en SCPA op de relevante markt in het leven zou roepen.

Derhalve zal ik slechts kort ingaan op de argumenten die de Franse regering heeft aangevoerd met betrekking tot de andere elementen die in de beschikking in aanmerking zijn genomen. Meer concreet zal ik stilstaan bij de wijze waarop de economische macht

128 — Zie verweerschrift van de Commissie, blz. 37-58.

129 — Bijvoorbeeld in de beschikking Pilkington-Techint/SIV (reeds aangehaald in voetnoot 87), punt 55. Daarentegen werd in de beschikking Mannesmann/Vallourec/Ilva (reeds aangehaald in voetnoot 58) de symmetrie van de bij de concentratie betrokken ondernemingen, met marktaandelen van respectievelijk 36 en 33 %, door de Commissie als een prikkel gezien om tot onderling afgestemde gedragingen te komen.

130 — Beschikking reeds aangehaald in voetnoot 66, punt 123.

van de afnemers, de toetredingsdrempels, de kenmerken van de markt en het product en de parallelle gedragingen zijn onderzocht.

— De economische macht van de afnemers

122. De Franse regering verwijt de Commissie, dat zij op generlei wijze rekening heeft gehouden met de economische macht van de afnemers, inzonderheid dat zij heeft nagelaten de aard en het gewicht van de kaliproducenten en -importeurs te analyseren, hetgeen tot de conclusie had kunnen (en moeten) leiden, dat het hoogst onwaarschijnlijk was, dat een oligopolistische machtspositie van K+S/MdK en SCPA in het leven zou worden geroepen.

De Commissie erkent het belang van de economische macht van de afnemers als een „tegenwicht" voor het duopolie, dus een element dat parallelle gedragingen kan ontmoedigen. Zij voegt hier evenwel aan toe, dat dit slechts een van de vele factoren is die in aanmerking moeten worden genomen om tot een alomvattende beoordeling van de gevolgen van de in geding zijnde concentratie te komen.

123. Welnu, het is onbetwistbaar dat in casu op geen enkele wijze melding is gemaakt van het gewicht en de kenmerken van de verschillende types afnemers van de onderzochte producten. Derhalve kan niet worden vastgesteld, of, zoals de Franse regering betoogt, de grote multinationals die mengmeststoffen produceren, daadwerkelijk een zodanige koopkracht hebben dat zij de leden van het oligopolie kunnen verhinderen hun positie te versterken, dan wel of het, zoals de Commissie stelt, de „bulkblenders", dat wil zeggen de ondernemingen die zich met het mengen van meststoffen bezighouden, zijn die een belangrijke plaats onder de afnemers innemen. Evenmin wordt nader aangegeven, of deze „bulk-blenders" daadwerkelijk kleine en middelgrote ondernemingen zijn die niet bij machte zijn een adequate druk op de producenten uit te oefenen, dan wel of, zoals de verzoekende regering betoogt, het gaat om dochterondernemingen van de grote multinationals. Het spreekt voor zich, dat een antwoord op deze vraag noodzakelijk was om te kunnen vaststellen, of de afnemers daadwerkelijke economische macht hebben.

Het standpunt van de Commissie lijkt derhalve zwak, temeer daar de onderhandelingsmacht van de klanten ontegenzeggelijk een belangrijke factor is voor het bepalen van de concurrentievoorwaarden, daar zij anticoncurrentieel gedrag kan ontmoedigen. Overigens moet de analyse van de Commissie in zowel de zaak Pilkington-Techint/SIV als in de zaak Nestlé/Perrier in deze zin worden uitgelegd. [131]

131 — In laatstgenoemde beschikking (reeds aangehaald in voetnoot 66) werd het gewicht van de afnemers, na een nauwgezet onderzoek dat in casu ontbreekt, geacht geen daadwerkelijke druk op de producenten te kunnen uitoefenen (zie met name punten 77-89).

124. Wegens de hierboven genoemde onzekerheden kunnen andere door de Franse regering aangevoerde aspecten, ofschoon zij samenhangen met de kenmerken van de afnemers, buiten beschouwing worden gelaten. Voor de duidelijkheid voeg ik hier enkel nog aan toe, dat de overweging van het Gerecht in het arrest Vlakglas, dat de Commissie „niet verplicht is in haar beschikkingen elk door de betrokken ondernemingen aangevoerd argument te bespreken" [132], anders dan de Commissie zelf in de loop van de procedure heeft betoogd, niet voor de stelling van de Commissie pleit.

De economische macht van de afnemers is namelijk geen argument dat door verzoeksters tijdens de administratieve fase is ingeroepen en niet in de beschikking is overgenomen, doch een belangrijk analyse-element om te kunnen vaststellen, of er sprake is van een oligopolistische machtspositie. Als zodanig moet dit aspect noodzakelijkerwijs worden onderzocht en vertoont de beschikking bij gebreke daarvan een lacune die de grondslag ervan kan aantasten. Overigens heeft het Gerecht in het zojuist aangehaalde arrest onder verwijzing naar artikel 86 verklaard, dat de analyse van de marktaspecten die de Commissie volgens verzoeksters niet in aanmerking had genomen, „onmisbaar [was] ter beoordeling van de vraag van de machtspositie" [133], waarmee het bevestigde, dat de Commissie haar vaststellingen op een zo volledig en uitputtend mogelijk onderzoek moest baseren.

— Toetredingsdrempels

125. Aan de Commissie wordt verweten, dat zij in het onderdeel van de beschikking over het bestaan van een collectieve machtspositie heeft nagelaten, het bestaan van toetredingsdrempels te onderzoeken, een factor die in de beschikkingspraktijk van de Commissie van groot belang wordt geacht. Dit zou des te meer onverklaarbaar zijn, daar het ontbreken van dit soort hinderpalen in de beschikking is beklemtoond met het oog op de afbakening van de relevante geografische markt.

In feite erkent de Commissie het ontbreken van toetredingsdrempels in de Gemeenschap. Zij voegt hier evenwel aan toe, dat er in casu twee soorten toetredingsdrempels voor de ondernemingen van derde landen bestaan, te weten: de antidumpingmaatregelen voor de invoer uit het GOS en het wettelijk monopolie van SCPA, krachtens hetwelk alle invoer in Frankrijk van derde landen over deze onderneming loopt.

126. Ik zeg meteen, dat ik er sterk aan twijfel, of de zojuist genoemde elementen toetredingsdrempels kunnen vormen. Voor de antidumpingrechten geldt dit zeker niet, daar deze, naar de Commissie zelf erkent, tot het herstel van de mededinging strekken en niet tot het belemmeren van het handelsverkeer. [134] Hier komt nog bij, dat hun daad-

132 — Arrest Vlakglas (reeds aangehaald in voetnoot 38), punt 363.

133 — Idem, punt 363.

134 — Zie blz. 61 van de dupliek.

werkelijke invloed op de invoer op geen enkele wijze, laat staan aan de hand van objectieve gegevens, is aangetoond. Verre van dat: de in de beschikking vervatte beoordelingen van de verschillende nationale markten (punt 64) doen veeleer het tegendeel vermoeden.

Wat het monopolie van SCPA betreft, merk ik voorts op, dat men dienaangaande wederom op het euvel stuit waarop reeds herhaaldelijk is gewezen, te weten de neiging van de Commissie om haar analyse te beperken tot Frankrijk, als ware de Franse markt de relevante geografische markt in de zin van de beschikking. Ik voeg hieraan toe dat, zelfs zonder stil te staan bij de draagwijdte van de gevolgen van een dergelijk monopolie, het — door de Commissie zelf erkende [135] — bestaan in verschillende landen van de Gemeenschap van dermate omvangrijke invoerstromen uit derde landen dat deze een overwegend deel van de markt uitmaken, veeleer tot de conclusie leidt, dat het bestaan van toetredingsdrempels niet is aangetoond.

— De kenmerken van de markt en van het product

127. Aangaande de kenmerken van de markt en van het product ten slotte, die gewoonlijk als belangrijke analyse-elementen worden beschouwd, beperk ik mij ertoe, met de Franse regering op te merken dat geen van de beoordelingen van de Commissie, die overigens nogal laconiek zijn, een grondige en nauwgezette analyse bevat van de door K+S en SCPA gehanteerde prijzen [136], een element dat van essentieel belang is om de doorzichtigheid van de markt (die, zoals bekend, uniform gedrag vergemakkelijkt) vast te stellen en de elasticiteit van de vraag te beoordelen, noch van de structuur van de kosten van beide ondernemingen, elementen die, indien zij van elkaar verschillen, concurrentie kunnen bevorderen.

Het behoeft geen vermelding, dat een dergelijke nalatigheid ten aanzien van beslissende aspecten de door de Commissie gemaakte analyse alsook de uitkomsten ervan aan waarde doet inboeten. Mitsdien ben ik van oordeel, dat niet nader behoeft te worden ingegaan op de andere genoemde „structurele" elementen, zoals de homogeniteit van het product, waaromtrent ik het standpunt van de Franse regering overigens niet deel, zoals ik reeds heb uitgelegd in het kader van het onderzoek van de afbakening van de relevante geografische markt.

— Het bestaan van parallelle gedragingen

128. De beoordelingen van de Commissie dienaangaande zijn geenszins overtuigend, zoals de Franse regering terecht heeft

135 — Zie blz. 61 van de dupliek.

136 — Zie in dit verband mijn opmerkingen over de afbakening van de relevante geografische markt.

betoogd. De omstandigheden waaraan de Commissie bewijskrachtige elementen wil ontlenen om het bestaan van de gemeenschappelijke machtspositie van K+S/MdK en SCPA aan te tonen, blijken in werkelijkheid niet van betekenis te zijn, vooral wanneer men ze vergelijkt met de omstandigheden die in andere beschikkingen zijn benadrukt.

Het is namelijk overduidelijk, dat de overeenkomst tussen K+S en SCPA die in 1973 onverenigbaar met artikel 85 [137] is verklaard, als een te vage aanwijzing moet worden beschouwd om — meer dan twintig jaar later — het vermoeden te wettigen, dat er geen mededinging tussen K+S en SCPA bestaat. [138] Ook de overwegingen over de zwakke positie van K+S op de Franse markt zijn uit dit oogpunt niet beslissend en kunnen zeer wel een andere verklaring hebben, zoals ik heb beklemtoond bij mijn bespreking van de structurele banden tussen K+S en SCPA.

129. Deze opmerkingen vinden bovendien steun in het feit, dat de elementen die daartoe in eerdere beschikkingen in aanmerking zijn genomen, van een geheel andere aard waren. In de beschikking Nestlé/Perrier bijvoorbeeld stelde de Commissie, na de zeer geringe prijsconcurrentie te hebben beklemtoond, een grote overeenkomst vast tussen de prijzen die door de drie bij de concentratie betrokken producenten werden toegepast, alsmede de ontwikkeling van middelen van doorzichtigheid waardoor coördinatie van het prijsbeleid en wederzijdse controle daarop werden vergemakkelijkt. [139] Voorts heeft de Commissie in diezelfde zaak, als aanwijzing voor de banden tussen de betrokken ondernemingen, hun reactie op de overnamepoging van een buitenstaander in aanmerking genomen, welke reactie werd beschouwd als „een gemeenschappelijk optreden ter afschrikking van marktpenetratie". [140] In de zaak Pilkington-Techint/SIV daarentegen oordeelde de Commissie, dat afspraken tussen de betrokken ondernemingen die in 1988, dus slechts vijf jaar vóór de beschikking, en door het Bundeskartellamt slechts een paar maanden vóór de beschikking, waren veroordeeld, parallelle anticoncurrentiële gedragingen konden bevorderen. [141]

Reeds op het eerste gezicht blijkt, dat het hier gaat om elementen die een veel grotere relevantie en bewijskracht hebben dan die welke in het onderhavige geval in aanmerking zijn genomen.

130. In het licht van de voorgaande overwegingen ben ik van oordeel, dat de Commissie haar criteria voor de vaststelling van het bestaan van een collectieve machtspositie in casu niet consistent heeft toegepast. En dat is nog niet alles: ook al erken ik, zoals ik hierboven heb overwogen, dat het mogelijk is

137 — PB 1973, L 217, blz. 3. Zie dienaangaande punt 57 van de beschikking.

138 — En dit geldt ook zonder vanuit systematisch oogpunt rekening te houden met het beginsel dat is verwoord in het arrest Vlakglas, waarin werd verduidelijkt, dat „[het] voor het bewijs van een inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag (...) niet voldoende [is] de feiten die een inbreuk op artikel 85 opleveren, ‚te recycleren', en hieruit af te leiden, dat de partijen bij een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging gezamenlijk een groot marktaandeel bezitten, dat zij door dit enkele feit een collectieve machtspositie bezitten en dat hun ongeoorloofd gedrag misbruik van die collectieve machtspositie vormt" (arrest reeds aangehaald in voetnoot 38, punt 360).

139 — Zie punten 59, 121 en 122 van de beschikking.

140 — Zie punt 127 van de beschikking.

141 — Beschikking 94/359 (reeds aangehaald in voetnoot 87), punt 32. Het is niet overbodig hieraan toe te voegen, dat het betrokken element niet werd geacht te kunnen leiden tot het opleggen van voorwaarden, laat staan tot het weigeren van de toestemming voor de concentratie.

het begrip collectieve machtspositie aan te passen aan de bijzonderheden van de controle op concentraties en aan de kenmerken van elk afzonderlijk geval, dit neemt niet weg, dat de Commissie in het kader van de controle op concentraties de nodige gegevens moet verstrekken ten bewijze van het causaal verband tussen de concentratie en de collectieve machtspositie [142].

In het onderhavige geval is van dergelijke gegevens geen spoor te vinden. Integendeel, sommige niet onbelangrijke aanwijzingen vormen een aansporing om de stelling van de Commissie te verwerpen. Kortom, mijns inziens heeft de Commissie geenszins aangetoond, dat de onderzochte concentratie een gemeenschappelijke machtspositie van K+S/MdK en SCPA in het leven roept die de mededinging op significante wijze kan belemmeren.

d) *Het opleggen van voorwaarden en verplichtingen die gevolgen hebben voor derden die niet bij de concentratie zijn betrokken* (zaken C-68/94 en C-30/95)

131. De beoordeling van het middel inzake de onwettigheid van het opleggen van verplichtingen aan derden bij de concentratie, veronderstelt uiteraard in de eerste plaats, dat de collectieve machtspositie relevant is voor de toepassing van de verordening, en in de tweede plaats dat de Commissie het bestaan van een collectieve machtspositie daadwerkelijk heeft aangetoond.

Gelet op mijn eerdere bevindingen, in het bijzonder ten aanzien van het gebruik van het begrip collectieve machtspositie in het onderhavige geval, behoeft dit middel geen bespreking. Voor de volledigheid acht ik het echter zinvol, ook bij de door verzoeksters dienaangaande aangevoerde argumenten stil te staan.

132. De Franse regering betoogt dat, ook al zou de verordening van toepassing zijn op collectieve machtsposities, zij niet toestaat de verklaring van verenigbaarheid afhankelijk te stellen van voorwaarden en verplichtingen die, zoals in casu, de positie van niet bij de concentratie betrokken derden rechtstreeks raken. Zij voert daartoe aan, dat de Commissie op grond van artikel 8, lid 2, van de verordening van de aanmeldende ondernemingen uitsluitend toezeggingen kan aanvaarden die de concentratie in enge zin betreffen, en geen toezeggingen die vooral gevolgen hebben voor derden.

De verzoekende ondernemingen, die het met de Franse regering eens zijn dat het onmogelijk is om in het kader van de verordening voorwaarden en verplichtingen op te leggen

142 — Ware dit niet het geval, dan zou de vaststelling, of er sprake is van een voor de mededinging schadelijke collectieve machtspositie uiteindelijk afhangen van een onderzoek dat enkel op vermoedens is gebaseerd, los van enig concreet element, en dat dus absoluut niet betrouwbaar is.

die gevolgen hebben voor derden, betogen in hoofdzaak, dat ook al zou het bestaan van een collectieve machtspositie in casu bewezen worden geacht, dit niet wegneemt dat de opgelegde voorwaarden geschikt noch passend zijn om een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te handhaven.

De bevoegdheid tot wijziging van het concentratieplan kan dus, bij gebreke van een uitdrukkelijk daartoe strekkende bepaling, niet worden opgevat als een meer algemene bevoegdheid tot herstructurering van een gehele markt en/of industriële sector.

1) *De mogelijkheid om artikel 8, lid 2, toe te passen op ondernemingen die niet bij de concentratie zijn betrokken*

133. Allereerst zij opgemerkt, dat de stelling van de Franse regering slechts kan worden bijgetreden. Artikel 8, lid 2, van de verordening staat de Commissie namelijk enkel toe de verklaring van verenigbaarheid te onderwerpen aan „voorwaarden en verplichtingen (...) die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de door hen ten opzichte van de Commissie aangegane verbintenissen om het oorspronkelijke concentratieplan te wijzigen, nakomen". Uit die formulering kan worden opgemaakt, dat het geenszins tot de bevoegdheden van de Commissie behoort, op te treden tegen producenten die niet bij de concentratie zijn betrokken, ook al is zij van oordeel, dat deze tezamen met de aanmeldende ondernemingen een oligopolie vormen.

Met andere woorden, artikel 8, lid 2, van de verordening beperkt de bevoegdheid van de Commissie uitdrukkelijk en duidelijk tot de bevoegdheid om toezeggingen van de betrokken ondernemingen te aanvaarden „om het oorspronkelijke concentratieplan te wijzigen"; deze bepaling sluit derhalve elke mogelijkheid uit om structurele wijzigingen door te voeren van het concurrentiële kader waarbinnen de concentratie zich afspeelt.

134. Deze oplossing wordt mijns inziens niet ernstig weerlegd door de argumenten van de Commissie dat: a) bij de beschikking slechts voorwaarden en verplichtingen aan de bij de concentratie betrokken ondernemingen zijn opgelegd om de nakoming van de toezeggingen van de aanmeldende partijen te verzekeren; b) het verbieden van een concentratie op grond dat de betrokken voorwaarden de belangen van derden zouden kunnen raken, in strijd is met de doelstellingen van de verordening en zich niet verdraagt met het evenredigheidsbeginsel.

Wat dit laatste aspect betreft, verwijs ik naar mijn opmerkingen bij de bespreking van de toepasselijkheid van de verordening op collectieve machtsposities, gelet op de overwegingen van economische aard en de doelstellingen van deze verordening. [143] Aangaande het eerstgenoemde aspect volstaat de opmerking dat, ook al brengt de controle op concentraties naar haar aard mee, dat de toezeggingen van de aanmeldende partijen gevolgen — ook indirecte — kunnen hebben voor derden, zoals de Commissie heeft betoogd, in casu geen sprake is van voorwaarden die gevolgen hebben voor derden, doch veeleer van voorwaarden die derden objectief en subjectief raken, en zulks op zijn minst in

143 — Zie punten 94-98 hierboven.

dezelfde mate als de partijen bij de concentratie. Ook de door de Commissie aangevoerde praktijk kan de probleemstelling niet verleggen: in de daar bedoelde beschikkingen werden namelijk geen voorwaarden opgelegd die derden rechtstreeks raakten, zodat deze niet te vergelijken zijn met de bestreden beschikking. [144] Bovendien blijft het een feit, dat „een eenvoudige praktijk hoe dan ook niet [kan] prevaleren boven de verdragsregels" [145], noch, voeg ik hieraan toe, boven de bepalingen van een handeling van afgeleid recht die duidelijk afwijkt van de praktijk van de Commissie. Zoals ik reeds bij een andere gelegenheid heb opgemerkt, zou het namelijk paradoxaal zijn te erkennen, dat een inbreuk op de voorschriften door de loutere herhaling ervan geoorloofd wordt!

de verordening bedoelde doel niet kunnen worden bereikt.

SCPA en EMC beroepen zich, kortom, op het willekeurige karakter van de aan de bestreden beschikking verbonden voorwaarden, die op generlei wijze betrekking hadden en hebben op het concentratieplan, doch uitsluitend betrekking hebben op de contractuele betrekkingen tussen vennootschappen, die objectief en subjectief losstaan van het genoemde plan en zich bovendien in een ander geografisch kader afspelen dan de relevante markt. [146]

2) *De geschiktheid van de in casu opgelegde voorwaarden om een daadwerkelijke mededinging te handhaven*

135. Dit punt is met name naar voren gebracht door de verzoekende ondernemingen, die betogen dat deze voorwaarden noodzakelijk noch passend zijn om een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te handhaven; met deze voorwaarden als zodanig zou het in artikel 2, lid 2, van

136. In dit verband merk ik om te beginnen op, dat aan het nut van de bedoelde voorwaarden voor de mededinging kan worden getwijfeld, zowel wegens het reeds genoemde geografische onderscheid tussen het voorwerp van de voorwaarden en de relevante markt, als wegens het ontbreken van het bewijs dat deze voorwaarden geschikt zijn om te verzekeren dat de concentratie in overeenstemming is met de bepalingen van de verordening. Vanuit deze invalshoek dient mijns inziens te worden ingestemd met het oordeel van de verzoekende ondernemingen, dat de Commissie zich bij het bepalen van de krachtens artikel 8, lid 2, van de verordening op te leggen voorwaarden moet baseren op

144 — De Commissie beroept zich met name op de beschikkingen van 4 mei 1993, zaak KNP/BT/VRG (PB L 217, blz. 35); 19 december 1991, zaak Courtaulds/SNIA (PB C 333, blz. 16), en 31 juli 1991, zaak Varta/Bosch (PB L 320, blz. 26).

145 — Arrest van 9 april 1994, Frankrijk/Commissie (C-327/91, Jurispr. blz. I-3641, punt 36).

146 — De draagwijdte van deze voorwaarden toont veeleer aan, dat de Commissie, indien zij dit nodig had geacht, met andere middelen, met name artikel 85, had kunnen optreden tegen de vermeende deelnemers aan het oligopolie (SCPA/EMC en K+S), zoals zij overigens, heeft gedaan in een parallelle zaak betreffende de gemeenschappelijke Canadese dochteronderneming Potacan, die het voorwerp vormt van een onderzoek uit hoofde van verordening nr. 17 (reeds aangehaald in voetnoot 51).

ernstige en grondige beoordelingen en niet op hypothetische overwegingen als die welke zij ter rechtvaardiging van de in casu opgelegde voorwaarden heeft aangevoerd.

Aangezien ik het beroep van de verzoekende ondernemingen eerder in mijn betoog nietontvankelijk heb geacht voor zover het strekt tot nietigverklaring van de voorwaarden betreffende de gemeenschappelijke onderneming Potacan, zal ik hierna kort ingaan op de voorwaarden betreffende de terugtrekking uit de vennootschap Kali-Export en de opzegging van de leveringscontracten. Ten aanzien van de punten die ik reeds uitputtend heb besproken in het kader van de analyse van de structurele banden tussen K+S en SCPA [147], zal ik uiteraard volstaan met een verwijzing.

— De voorwaarde betreffende de terugtrekking van K+S uit het Kali-Export-kartel

137. De verzoekende ondernemingen betogen in de eerste plaats, dat het bestaan van Kali-Export en de deelname van K+S, MdK en SCPA in het kapitaal van deze onderneming niet het minste gevolg kunnen hebben voor de concurrentievoorwaarden in de Gemeenschap. In elk geval heeft de Commissie geenszins aangetoond, dat de deelname van K+S aan het Kali-Export-kartel de mededinging nadelig beïnvloedt.

De Commissie brengt hiertegen in, dat de structuur van de betrokken markt zodanig was, dat niet kon worden uitgesloten dat de samenwerking van K+S en SCPA binnen het Kali-Export-kartel indirect van invloed was op het anticoncurrentiële gedrag van de leden van het kartel op de communautaire markt. Zij betoogt in het bijzonder, dat a) K+S een zeer zwakke positie heeft op de Franse markt, b) CPL eerst nadat zij het Kali-Export-kartel had verlaten, toegang tot de Franse markt heeft gekregen, waardoor haar verkoop op deze markt in zes jaar steeg met 13 %, en c) Coposa een zwakke positie heeft op de Franse markt, waar overigens een aanzienlijk deel van de door haar geproduceerde kali door SCPA wordt afgezet.

138. De hierboven uiteengezette argumenten van de Commissie kunnen de bezwaren van de verzoekende ondernemingen naar mijn oordeel niet weerleggen. De Commissie heeft namelijk niet aangetoond, dat de zwakke positie van K+S op de Franse markt terug te voeren is tot haar lidmaatschap van het exportkartel Kali-Export, terwijl dit, zoals de verzoekende ondernemingen hebben beklemtoond, zeer wel door historische en geografische omstandigheden zou kunnen worden verklaard. Trouwens, ook al kunnen de beginselen inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 niet op concentraties worden toegepast, zoals de Commissie heeft betoogd, dit neemt niet weg, dat de Commissie haar beoordeling zeker niet kan baseren op gewone vermoedens en waarschijnlijkheden. Zij moet in elk geval aantonen, dat de betrokken voorwaarden noodzakelijk zijn ter waarborging van het behoud van een daadwerkelijke mededinging.

147 — Zie punten 107-113 hierboven.

In casu heeft de Commissie evenwel niet alleen niet overtuigend uiteengezet, hoe het ontbreken van samenwerking binnen het kartel, dat zijn werking buiten de communautaire markt ontvouwt, een daadwerkelijke mededinging op de communautaire markt zonder Duitsland, kan waarborgen, doch zij heeft evenmin aangetoond, dat de zwakke positie van K+S of Coposa op de Franse markt terug te voeren is tot hun lidmaatschap van het betrokken kartel. Dat CPL haar uitvoer naar Frankrijk eerst heeft verhoogd na haar terugtrekking uit het Kali-Export-kartel, kan uiteraard worden toegeschreven aan een keuze van CPL om zich op de communautaire markt te concentreren, of, zoals verzoeksters hebben gesteld zonder door de Commissie te zijn weersproken, aan de exploitatiemoeilijkheden waarmee deze onderneming gedurende haar lidmaatschap van het Kali-Export-kartel te kampen heeft gehad.

— De voorwaarde betreffende de opzegging van de leveringscontracten tussen K+S en SCPA

139. Naar het oordeel van de verzoekende ondernemingen heeft de Commissie geenszins aangetoond, hoe en waarom de opzegging van de leveringscontracten tussen K+S en SCPA het behoud van een daadwerkelijke mededinging op de communautaire markt zonder Duitsland, kunnen garanderen. Volgens deze ondernemingen hebben deze banden in werkelijkheid slechts gevolgen voor de Franse markt.

Bovendien zouden de bedoelde banden bestaan uit een contract van 28 juni 1985 over de distributie van producten die geen kali doch kieseriet bevatten. Voor het overige zou SCPA zich beperken tot de aankoop van kali die door EMC wordt gebruikt of die voor verkoop buiten de Franse markt is bestemd. Tot slot koopt SCPA van K+S magnesiumbevattende kaliproducten die in Frankrijk worden verkocht, doch blijkens de beschikking maken deze producten geen deel uit van de relevante productmarkt.

140. Gelet op de hierboven beschreven situatie, die overigens niet is weersproken door de Commissie, die zich in feite heeft beperkt tot het onderstrepen van het belang van het opzetten door K+S van een eigen distributienet op de Franse markt, is het overduidelijk, dat K+S en SCPA geen bevoorrechte relatie hadden voor de distributie van kaliproducten. Toch lijkt het mij niet overbodig eraan te herinneren, dat de formulering van de beschikking K+S ertoe heeft gebracht haar enige bestaande distributieband met SCPA te verbreken; het gaat hier om de kieseriet-overeenkomst die, het zij herhaald, betrekking heeft op een product dat volgens de beschikking niet onder de relevante markt valt.

Meer dan welke andere beoordeling ook bevestigt die omstandigheid de gegrondheid van verzoeksters' stelling betreffende de rechtstreekse invloed van de beschikking op hun belangen; daarnaast versterkt zij de twijfel over het nut van de voorwaarden die zijn opgelegd om de duopolistische machtspositie die door de concentratie in het leven zou zijn geroepen, uit te schakelen.

Conclusie

141. Uit een en ander blijkt mijns inziens, dat in het onderhavige geval fouten zijn gemaakt bij de uitlegging en de toepassing van de concentratieverordening.

Thans moet worden uitgemaakt, of deze fouten een grond opleveren om de volledige beschikking dan wel slechts op de verzoekende ondernemingen betrekking hebbende voorwaarden nietig te verklaren. Om de redenen die ik hieronder zal uiteenzetten, ben ik van oordeel, dat de laatste oplossing het meest passend is.

142. Allereerst stelt de Commissie ten onrechte, dat gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking het institutionele evenwicht zou aantasten omdat de communautaire rechter niet bevoegd is om de beschikking van de Commissie te wijzigen en zich in haar plaats te stellen bij de beoordeling van de concentratie.

Ik beperk mij in dit verband tot de opmerking, dat de bevoegdheid van het Hof om een in subjecta materia gegeven beschikking slechts gedeeltelijk nietig te verklaren uit de verordening zelf en uit vaste rechtspraak van het Hof [148] voortvloeit. Het zou overigens paradoxaal zijn te stellen, dat de uitoefening door het Hof van een bevoegdheid die hem uitdrukkelijk is toegekend, inbreuk maakt op de prerogatieven en bevoegdheden van de Commissie. Ik wijs er veeleer op, dat voor een gedeeltelijke nietigverklaring moet zijn voldaan aan de ter zake in de rechtspraak geformuleerde voorwaarden, die er uiteindelijk toe strekken te verzekeren, dat de gedeeltelijke nietigverklaring niet tot gevolg heeft dat de bestreden beschikking volledig van haar inhoud wordt beroofd. [149]

143. Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel, dat het mogelijk is de beschikking gedeeltelijk nietig te verklaren en dat voor deze oplossing kan worden gekozen

148 — Arrest van 20 maart 1957, Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e. a./Hoge Autoriteit (2/56, Jurispr. blz. 11).
149 — Zie in deze zin arrest van 28 juni 1972, Jamet/Commissie (37/71, Jurispr. blz. 483, punten 11 en 12).

ongeacht welk van de door partijen aangevoerde en door mij gegrond geachte middelen het Hof aanvaardt. Of het Hof nu neigt naar de principiële niet-toepasselijkheid van de verordening op collectieve machtsposities, dan wel oordeelt, dat er geen sprake is van een collectieve machtspositie of dat deze in elk geval niet afdoende is aangetoond, daardoor vervalt immers de premisse op grond waarvan de Commissie de bestreden voorwaarden aan de verzoekende ondernemingen heeft opgelegd. Deze zijn namelijk opgelegd om te voorkomen, dat de concentratie een oligopolistische machtspositie in het leven roept die de mededinging op de communautaire markt kan belemmeren.

Deze opmerkingen gelden mijns inziens ook voor het geval dat het Hof, na de problemen in verband met de toepassing van de verordening op oligopolies te hebben opgelost en het bestaan van een collectieve machtspositie te hebben vastgesteld, tot de bevinding zou komen dat artikel 8, lid 2, van de verordening de Commissie niet toestaat voorwaarden op te leggen die rechtstreekse gevolgen hebben voor de belangen van niet bij de concentratie betrokken derden. Hetzelfde resultaat zal uiteraard worden bereikt, indien de betrokken voorwaarden ongeschikt worden bevonden om een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te handhaven. Ook indien de betrokken voorwaarden ongeschikt worden geacht om het behoud van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te garanderen, zal het de beste oplossing zijn, deze voorwaarden nietig te verklaren en dus de beschikking gedeeltelijk nietig te verklaren.

144. Kortom, in alle hypothesen die ik zojuist heb onderzocht, is het mogelijk de voorwaarden nietig te verklaren zonder de beschikking elke inhoud te ontnemen. [150] Het is in dit opzicht wellicht zinvol, te wijzen op de volstrekte objectieve autonomie van de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de communautaire markt — in het kader waarvan de litigieuze voorwaarden zijn opgelegd — ten opzichte van de beoordeling van de Duitse markt, een autonomie op grond waarvan het dictum ratione materiae kan worden beperkt om te voldoen aan de door de rechtspraak op dit gebied gestelde voorwaarden.

Aan de andere kant zou de gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking evenmin tot een ingrijpende wijziging van de strekking van de beschikking kunnen

150 — In dit geval zou men zich overigens kunnen voorstellen, dat de Commissie, nu de in artikel 10, lid 5, van de verordening bedoelde termijnen opnieuw ingaan, nieuwe en andere voorwaarden vaststelt, of uitvoeriger en nauwkeuriger aantoont, dat de aanvankelijke voorwaarden de mededinging gunstig konden beïnvloeden. Deze mogelijkheid lijkt mij echter weinig waarschijnlijk, al is zij in theorie zeer wel denkbaar. Zij veronderstelt immers een nieuw onderzoek van een concentratie die reeds effect heeft gesorteerd, waardoor een beoordeling tegen de achtergrond van de voorgaande status quo ook zeer moeilijk wordt.

leiden. Ik voeg hieraan toe, dat de bestreden beschikking in casu in haar geheel genomen in het belang van de betrokken ondernemingen is, hetgeen volgens de rechtspraak van het Hof een belangrijke factor vormt om een beroep tot gedeeltelijke nietigverklaring toe te wijzen. [151]

145. Wat de kosten betreft, geef ik het Hof in overweging, deze, voor wat zaak C-68/94 betreft, over de partijen te verdelen krachtens artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering. Ten aanzien van zaak C-30/95 ben ik daarentegen op grond van dezelfde bepaling van oordeel, dat de Commissie, omdat zij op de voornaamste punten in het ongelijk is gesteld, moet worden verwezen in de kosten, daaronder begrepen die van de interveniërende ondernemingen. De in de betrokken zaken interveniërende regeringen dienen evenwel hun eigen kosten te dragen.

146. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

— *in zaak C-68/94:*

a) artikel 1 van beschikking 94/449/EG van de Commissie van 14 december 1993 inzake een procedure op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (Zaak IV/M308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) nietig te verklaren voor zover de verklaring van verenigbaarheid van de concentratie daarin afhankelijk wordt gesteld van de nakoming van de in punt 63 genoemde voorwaarden en verplichtingen;

b) het beroep voor het overige te verwerpen;

c) de kosten over de partijen te verdelen, met dien verstande dat de Duitse regering de kosten van haar interventie draagt;

— *in zaak C-30/95:*

a) de beroepen van de vennootschappen SCPA en EMC ontvankelijk te verklaren, met uitzondering van het middel inzake de toezegging betreffende de Canadese vennootschap Potacan;

151 — Arrest Transocean Marine Paint/Commissie (reeds aangehaald in voetnoot 39), punt 21.

b) artikel 1 van beschikking 94/449/EG van de Commissie van 14 december 1993 inzake een procedure op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (Zaak IV/M308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) nietig te verklaren voor zover de verklaring van verenigbaarheid van de concentratie daarin afhankelijk wordt gesteld van de nakoming van de in punt 63 genoemde voorwaarden en verplichtingen;

c) de Commissie te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen de kosten van de interveniërende ondernemingen. De Franse regering dient haar eigen kosten te dragen.