II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 14 december 1993

inzake een procedure op grond van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad

(Zaak IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(94/449/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [1], inzonderheid op artikel 8, lid 2,

Gezien het besluit van de Commissie van 16 augustus 1993 om in de onderhavige zaak een procedure in te leiden,

Na de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunt ten aanzien van de door de Commissie aangevoerde bezwaren kenbaar te maken,

Gezien het advies van het Adviescomité voor concentraties [2],

Overwegende hetgeen volgt:

(1) De onderhavige aanmelding betreft het voornemen om de kali- en steenzoutactiviteiten van Kali und Salz AG, hierna „K+S" genoemd, en van Mitteldeutsche Kali AG, hierna „MdK" genoemd, in een gemeenschappelijke onderneming van K+S en de Treuhandanstalt, hierna „Treuhand" genoemd, onder te brengen.

(2) Na onderzoek van de aanmelding heeft de Commissie vastgesteld dat de voorgenomen operatie binnen het toepassingsgebied van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad, hierna „Concentratieverordening" genoemd, valt en dat er aanleiding bestaat voor ernstige twijfel met betrekking tot de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt. Bij besluit van 16 augustus 1993 heeft de Commissie derhalve overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder c), van de Concentratieverordening de procedure ingeleid.

(3) Bij schrijven van 5 augustus 1993 heeft de Commissie de betrokken partijen in kennis gesteld van haar besluit tot verlenging, overeenkomstig artikel 7, lid 2, en artikel 18, lid 2, van de concentratieverordening, van de schorsing van de totstandbrenging van de aangemelde concentratie in haar geheel tot zij een definitieve beschikking heeft gegeven.

I. PARTIJEN

(4) K+S, een dochteronderneming van het chemieconcern BASF, houdt zich hoofdzakelijk bezig met de produktie van kali (met inbegrip van speciale produkten), van industrieprodukten op basis van kali en zout en van zout alsmede met de verwijdering van afvalstoffen. In MdK zijn de kali- en steenzoutactiviteiten in de voormalige Duitse Democratische Republiek ondergebracht. De enige aandeelhouder van MdK is de Treuhand, een publiekrechtelijke instelling die tot taak heeft de vroegere staatsbedrijven van de voormalige Duitse Democratische Republiek te herstructureren teneinde deze concurrerend te maken en te privatiseren.

[1] PB nr. L 395 van 30. 12. 1989, bz. 1 (gerectificeerde versie in PB nr. L 257 van 21. 9. 1990, blz. 13).
[2] PB nr. C 199 van 21. 7. 1994, blz. 5.

II. HET CONCENTRATIEVOORNEMEN

(5) MdK wordt tot een besloten vennootschap (GmbH) omgevormd. In deze vennootschap zal K+S haar kali- en steenzoutactiviteiten onderbrengen als inbreng in natura. De Treuhand zal een financiële bijdrage van 1 044 miljoen DM verstrekken, waarvan 196 miljoen DM aan het eigen vermogen worden toegevoegd en 848 miljoen DM aan de financiële reserves met het oog op investeringen, herstellingen en de dekking van te verwachten verliezen. Aan de aldus tot stand gebrachte gemeenschappelijke onderneming zal K+S voor 51 % en de Treuhand voor 49 % in het aandelenkapitaal en in de stemrechten deelnemen.

(6) Indien de verliezen van de gemeenschappelijke onderneming hoger zouden zijn dan in het door de partijen overeengekomen bedrijfsplan voorzien, worden deze in de boekjaren 1993, 1994 en 1995 voor 90 %, in 1996 voor 85 % en in 1997 voor 80 % tot een maximum van in totaal 150 miljoen DM door de Treuhand gedragen. De door de Treuhand aan de gemeenschappelijke onderneming te verstrekken subsidies zijn door de Duitse bondsregering overeenkomstig de communautaire regels inzake overheidssteun bij de Commissie aangemeld. Over de verenigbaarheid hiervan met genoemde regels zal in een afzonderlijke procedure worden beslist.

III. CONCENTRATIE

(7) K+S en de Treuhand zullen gezamenlijk zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming MdK GmbH hebben. K+S beschikt weliswaar over 51 % van de stemrechten en zal krachtens de aan de fusie ten grondslag liggende kaderovereenkomst de zaken van de onderneming leiden, maar voor een reeks met de markt verband houdende strategische beslissingen is de goedkeuring van de Treuhand vereist. K+S en de Treuhand hebben te zamen een gedetailleerd bedrijfsplan voor de gemeenschappelijke onderneming voor de komende vijf jaar opgesteld. Voor iedere belangrijke afwijking van de hierin opgenomen maatregelen is de goedkeuring van een meerderheid van drie vierde van de aandeelhoudersvergadering vereist, waarmee de Treuhand in zoverre een vetorecht heeft. Daarnaast heeft de Treuhand met name bij de volgende besluiten eveneens een recht van veto : vervreemding en verwerving van ondernemingen en bedrijven, verwerving en vervreemding van terreinen voor een waarde van meer dan (...)(1) miljoen DM, het sluiten van langlopende overeenkomsten, voor zover met de verbintenissen van de gemeenschappelijke onderneming meer dan (...)(2) miljoen DM gemoeid is, vaststelling van de jaarlijkse begroting en het opnemen en verstrekken van leningen. Over het geheel genomen gaan dus de gevallen waarin de goedkeuring van de Treuhand vereist is, veel verder dan de gebruikelijke bescherming van een minderheid, en heeft de Treuhand derhalve een beslissende invloed op het marktgedrag van de gemeenschappelijke onderneming.

(8) De gezamenlijke zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 3, lid 3, van de Concentratieverordening leidt evenmin tot coördinatie van het concurrentiegedrag van de betrokken partijen, aangezien zowel K+S als de Treuhand zich uit hun kali- en steenzoutactiviteiten terugtrekken en deze activiteiten alleen nog door de gemeenschappelijke onderneming worden voortgezet. De operatie komt derhalve neer op een concentratie in de vorm van een concentratieve gemeenschappelijke onderneming in de zin van genoemd artikel 3.

IV. COMMUNAUTAIRE DIMENSIE

(9) Het BASF-concern, waarvan de totale omzet overeenkomstig artikel 5, lid 4, van de Concentratieverordening relevant is voor K+S, behaalde in het afgelopen boekjaar een totale omzet over de gehele wereld van ongeveer 22 miljard ecu, terwijl de omzet in de gehele Gemeenschap ongeveer 13 miljard ecu bedroeg. De bedrijfsomzet in de Gemeenschap die overeenkomstig artikel 5 aan de Treuhand moet worden toegerekend, bedroeg eveneens meer dan 250 miljoen ecu. Aangezien de Treuhand een onderneming is in de zin van de Concentratieverordening, moet de omzet van de ondernemingen waarin deze rechten heeft in de zin van artikel 5, lid 4, eveneens aan haar worden toegerekend. Het mag buiten beschouwing worden gelaten of artikel 5 in het licht van de twaalfde overweging van genoemde verordening in beperkende zin moet worden geïnterpreteerd in gevallen waarbij ondernemingen van de Treuhand betrokken zijn, aangezien de Treuhand in het onderhavige geval zelf een rechtstreeks betrokken onderneming is. Maar zelfs wanneer men ervan zou uitgaan dat er binnen de Treuhand een aantal economische gehelen met zelfstandige beslissingsbevoegdheid als bedoeld in de twaalfde overweging bestaan, dan zou het laagst denkbare organisatieniveau waarop van dergelijke economische gehelen sprake kan zijn, dat van de directoraten zijn. De ondernemingen van het in dit geval bevoegde Directoraat „Bergbau, Steine, Erden" (Mijnbouw, stenen, aarde) behaalden echter in het afgelopen boekjaar binnen de Gemeenschap een omzet van meer dan 3 miljard ecu.

(10) Het BASF-concern behaalde het afgelopen boekjaar minder dan twee derde van zijn omzet in de gehele Gemeenschap in Duitsland, de Lid-Staat waar het zijn hoogste omzet maakte. Daarmee is voldaan aan de voorwaarden van artikel 1, lid 2, van de Concentratieverordening waarvan afhangt of de voorgenomen operatie een communautaire dimensie

(1) Zakengeheim.
(2) Zakengeheim.

heeft. Na aanvankelijk voorbehoud hebben inmiddels ook de Treuhand en de Duitse Bondsregering nog in de eerste fase van het onderzoek uitdrukkelijk verklaard dat de voorgenomen fusie huns inziens binnen het toepassingsgebied van de Concentratieverordening valt.

V. BEOORDELING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 2 VAN DE CONCENTRATIEVERORDENING

(11) De aangemelde concentratie betreft hoofzakelijk de volgende produktgroepen :

— kaliprodukten voor de landbouw (K_2O-gehalte tot 62 %), die 54 % van de totale omzet van K+S en 81 % van de totale omzet van MdK uitmaken ;

— kaliprodukten voor industriële toepassingen (industriële kali, K_2O-gehalte meer dan 62 %), die 3 % van de totale omzet van K+S uitmaken ;

— magnesiumprodukten (8 % van de totale omzet van K+S en 3 % van die van MdK),

— zout (9 % van de totale omzet van K+S en 15 % van die van MdK).

De Commissie gaat ervan uit dat de concentratie in de sectoren industriële kali en zout niet leidt tot het in het leven roepen of versterken van een machtspositie waardoor de mededinging in de Gemeenschap of in een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zou worden belemmerd. Voor industriële kali berust deze conclusie op het feit dat de activiteiten van MdK in deze produktiesector duidelijk slechts marginaal zijn, zodat volgens de huidige inzichten geen merkbare versterking van het feitelijke monopolie van K+S voor deze produkten in Duitsland te verwachten valt. Voor zoutprodukten zijn in voldoende mate leveranties van binnen en buiten Duitsland mogelijk, ook al zal de gefuseerde onderneming in sommige sectoren de voornaamste Duitse fabrikant zijn. Tot de andere leveranciers behoren belangrijke concurrenten als Solvay en Akzo. Derhalve wordt in het hiernavolgende alleen op de overige genoemde produktiesectoren ingegaan.

A. Relevante produktmarkt

1. *Kali*

(12) Kali is een minerale meststof die hetzij rechtstreeks in de landbouw wordt gebruikt hetzij samen met andere plantennutriënten, met name stikstof en fosfaat, in de vorm van zogenaamde mengmeststoffen (NPK-meststoffen) in de bodem wordt ingebracht. In beide gevallen is kali niet uitwisselbaar met andere nutriënten.

(13) Het door mijnbouw gewonnen ongezuiverde kalizout wordt verder verwerkt tot het verkoopbare standaardprodukt kaliumchloride. Dit standaardprodukt wordt bijna uitsluitend gebruikt om met andere nutriënten te mengen en is derhalve een uitgangsprodukt voor mengmeststoffen. Vervolgens wordt het standaardprodukt door granuleringsprocessen tot granulaat verwerkt, dat bijna uitsluitend rechtstreeks in de landbouw wordt aangewend. De extra kosten van granuleren en zeven bedragen ongeveer (...) (1) DM/ton K_2O. Dit betekent dat de prijs voor kaligranulaat ongeveer 10 % hoger ligt dan die voor het standaardprodukt.

(14) Afgezien van dit niet onaanzienlijke prijsverschil bestaan er voor beide soorten kali twee verschillende groepen afnemers : enerzijds de landbouw respectievelijk de agrarische handel die kaligranulaat betrekt, en anderzijds de fabrikanten van mengmeststoffen die het standaardprodukt afnemen. Voor de afnemers van granulaat is kali het eindprodukt, terwijl het standaardprodukt voor de mengmeststofindustrie slechts een grondstof is naast andere uitgangsprodukten als stikstof en fosfaat. Bijgevolg verschillen in het geval van kali ook de mededingingsvoorwaarden voor beide groepen afnemers. De Commissie is niettemin van mening dat kaligranulaat en het standaardprodukt tot dezelfde relevante produktmarkt behoren. In de regel bieden kaliproducenten beide kaliprodukten aan en beschikken zij voor de vervaardiging van granulaat uit het standaardprodukt over de noodzakelijke granuleerinstallaties. Binnen de grenzen van de capaciteit van deze granuleerinstallaties zijn zij derhalve in staat de produktiehoeveelheden voor beide produkten aan de marktsituatie aan te passen. De indruk bestaat derhalve dat deze sector vrij flexibel is in de omschakeling van het produktieproces, dat voor beide produkten slechts in zoverre verschilt dat voor granulaat een extra bewerkingsfase bestaat.

(15) Er bestaat een groot aantal kaliprodukten (bij voorbeeld kali 40, kali 60, „Korn-Kali"), afhankelijk van het K_2O-gehalte en de aanwezigheid van andere mineralen (bij voorbeeld magnesium). Deze verschillende kalisoorten zijn objectief gezien voor de afnemers in hoge mate onderling verwisselbaar. Niettemin bestaan er in de verschillende Lid-Staten voor sommige kaliprodukten ten dele duidelijke voorkeuren (bij voorbeeld in Duitsland voor „Korn-Kali").

(1) Zakengeheim (het juiste cijfer berust ten dele op verklaringen van de partijen).

(16) Er bestaan evenwel aanwijzingen om sulfaathoudende kaliumprodukten tot een afzonderlijke relevante markt te rekenen. Verschillende gewassen (bij voorbeeld tabak, fruit, groenten) zijn voor chloride uitgesproken gevoelig of kunnen chloride slechts in beperkte mate verdragen. Voor deze gewassen kunnen kaliprodukten op basis van chloride, hierna „MOP" genoemd, slechts in beperkte mate worden aangewend. Zij hebben derhalve kaliprodukten op basis van sulfaat, hierna „SOP" genoemd, nodig. SOP wordt met behulp van verschillende procédés uit MOP gewonnen. De kosten hiervan zijn aanzienlijk en hebben tot gevolg dat de prijs voor SOP minstens twee keer zo hoog is als voor MOP.

(17) Uiteindelijk doet het er echter niet toe of MOP en SOP tot verschillende relevante markten behoren. Het is van weinig invloed op de analyse van de markt voor MOP indien ook de naar verhouding geringe hoeveelheden SOP die worden afgezet, voor de markt voor MOP worden meegerekend. Daardoor zou het marktaandeel van K + S en van de Franse concurrent SCPA op de totale markt enigszins stijgen.

2. *Mengmeststoffen (NPK)*

(18) Mengmeststoffen bevatten twee of meestal alle drie primaire nutriënten (N, P en K) en ten dele ook secundaire of spoornutriënten. Er bestaat een grote variëteit aan NPK-meststoffen in de meest uiteenlopende mengverhoudingen van de basisbestanddelen stikstof, fosfaat en kali (bij voorbeeld 15 + 15 + 15, 13 + 13 + 21, 20 + 10 + 10). Soms worden de bestanddelen van mengmeststoffen langs fysische weg gemengd (zogenaamde „bulk blends"), maar meestal worden mengmeststoffen op industriële schaal in chemische bedrijven vervaardigd. Chemische vermenging levert korrels van constante grootte en uniform nutriëntgehalte op. Daarmee wordt het gevaar van ontmenging tijdens transport en opslag vermeden en wordt een gelijkmatige verdeling over het land gewaarborgd.

(19) In de aanmelding van de concentratie hadden partijen een relevante markt, voor kali afgebakend, die het standaardprodukt en kaligranulaat, met inbegrip van speciale soorten, omvatte ; thans hebben zij verklaard dat de relevante markt ook de mengmeststoffen en in het bijzonder de langs chemische weg vervaardigde NPK-meststoffen omvat. Ter rechtvaardiging voeren zij aan dat enkelvoudige kali- en NPK-meststoffen voor de landbouw als eindafnemer onderling verwisselbaar zijn en dat de relevante markt derhalve de markt voor kalihoudende meststoffen vormt. Om de aandelen op deze markt te berekenen, zou telkens het aandeel van kali in de verkochte mengmeststoffen moeten worden berekend en aan de fabrikanten van mengmeststoffen worden toegerekend. De partijen beroepen zich op een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de gevoegde zaken 19 en 20-74 van 14 mei 1975 [1]. In zijn arrest heeft het Hof echter alleen vastgesteld dat een beschikking van de Commissie waarin de beschuldiging van uitschakeling van de mededinging door middel van een verkoopovereenkomst onder andere werd beargumenteerd met het bestaan van een markt voor enkelvoudige kalimeststoffen, in dat opzicht onvoldoende met redenen omkleed was. Overigens was het arrest onder meer gebaseerd op een deskundigenrapport waarin ervan werd uitgegaan dat het marktaandeel van enkelvoudige kalimeststoffen binnen de Gemeenschap in enkele jaren tot economisch te verwaarlozen proporties zou afnemen [2]. Deze ontwikkeling heeft zich duidelijk niet voorgedaan.

(20) De Commissie heeft ernstige twijfel of de thans gepresenteerde vorm van marktafbakening terecht is. Zoals reeds werd uiteengezet, zijn er twee groepen afnemers van kali die voor landbouwdoeleinden bestemd is, te weten de fabrikanten van mengmeststoffen (NPK-producenten) en de landbouwers. Over de gehele Gemeenschap komt ongeveer 60 % van de kaliverkoop voor rekening van de groep van NPK-producenten en 40 % voor rekening van de landbouw. Het is duidelijk dat voor de NPK-producenten kali en mengmeststoffen niet onderling verwisselbaar zijn. Kali is immers een uitgangsprodukt voor de vervaardiging van mengmeststoffen.

(21) Voor de landbouw bestaat weliswaar de mogelijkheid om stikstof, fosfaat en kali hetzij afzonderlijk als enkelvoudige meststof, hetzij in één keer in de vorm van NPK-meststoffen op het land te brengen. De mate waarin van deze mogelijkheden gebruik kan worden gemaakt, hangt evenwel af van de bodemgesteldheid en van het betrokken gewas. De mogelijkheid om hetzij enkelvoudige meststoffen hetzij NPK-meststoffen te gebruiken betekent echter niet dat vanuit het oogpunt van de landbouw kali tot dezelfde relevante markt als NPK behoort. Dit geldt evenmin voor enkelvoudige stikstof- en enkelvoudige fosfaatmeststoffen ten opzichte van NPK-meststoffen. NPK-meststoffen kunnen slechts in zekere mate alle drie enkelvoudige meststoffen te zamen vervangen. Dit betekent dat een landbouwer die geen enkelvoudige kalimeststof meer wil gebruiken, ook geen enkelvoudige stikstof- respectievelijk enkelvoudige fosfaatmeststof meer kan gebruiken.

(22) De drie basisnutriënten stikstof, fosfaat en kali zijn evenwel aan volkomen verschillende markt- en mededingingsvoorwaarden onderworpen. De prijs van stikstof is voor een belangrijk deel afhankelijk van de aardgasprijs. Het belangrijkste tussenprodukt voor stikstofmeststoffen is ammoniak, waarvoor aardgas de belangrijkste grondstof voor het verwerkingsproces vormt. Het aandeel van de ontwikkelingslanden en van Oost-Europa in de wereldproduktie van stikstof is vele malen hoger dan voor kali (aandeel van de ontwikkelingslanden in 1990 voor stikstof : 42 %, voor kali : 3 %).

[1] Jurisprud. 1975, blz. 499.

[2] T.a.p. blz. 511 linkerkolom.

(23) Fosfaatmeststoffen worden uit ruwe fosfaat gewonnen, dat vooral in de Verenigde Staten en de landen van Noord-Afrika voorkomt. In de Gemeenschap komen geen ontginbare voorraden ruwe fosfaat voor. Kaliafzettingen bevinden zich hoofdzakelijk in Noord-Amerika, in de voormalige Sowjetunie en in Europa. Kalimeststoffen worden uit door mijnbouw gewonnen kalizouten geproduceerd.

(24) Gezien de gebruikte grondstoffen wordt de produktieprijs voor NPK derhalve door veel meer andere factoren bepaald dan die voor kalimeststoffen. Daarenboven zijn NPK-meststoffen ook kwalitatief gezien en qua prijs een ander produkt dan de som van de gebruikte primaire nutriënten. Het bewerkelijke chemische proces voor de vervaardiging van NPK-meststoffen maakt dat de prijs voor NPK-meststoffen hoger ligt dan de som van dezelfde voedingsstoftoevoer door middel van enkelvoudige meststoffen.

(25) Zelfs wanneer de aanbieders van kali bij de prijsstelling rekening zouden houden met de prijsontwikkeling van NPK-meststoffen, verschillen de factoren voor de prijszetting van NPK-meststoffen, die weliswaar zelf weer tot op zekere hoogte afhankelijk is van de prijs voor kali, te zeer om een parallelle prijsontwikkeling voor NPK-meststoffen en kaliprodukten te kunnen verwachten. Dit blijkt ook uit een vergelijking van de cijfers van de FAO betreffende de ontwikkeling van de prijzen van afzonderlijke NPK-meststoffen en de kaliprijzen op de Duitse markt over de periode 1981-1990 (zie bijlage I).

(26) In hun antwoord op de mededeling van de Commissie uit hoofde van artikel 18 van de Concentratieverordening hebben partijen ter staving van hun stelling dat enkelvoudige kali en NPK-meststoffen tot een en dezelfde produktmarkt behoren, een diagram overgelegd dat de ontwikkeling van de prijzen van de individuele nutriënten N, P en K in Duitsland van 1980-1981 tot 1991-1992 weergeeft (bijlage II). Vervolgens hebben zij met de prijzen van de drie componenten de prijs van een hypothetische N+P+K-meststof 15-15-15 (d.w.z. 15 % N, 15 % P_2O_5 en 15 % K_2O) samengesteld en de ontwikkeling van deze samengestelde prijs vergeleken met de reële prijzen van een overeenkomstige NPK-meststof in dezelfde periode (bijlage III) [1]. Volgens de partijen blijkt uit de analogie van het prijsverloop, zoals in bijlage III getoond, dat voor enkelvoudige kali en NPK-meststoffen dezelfde concurrentievoorwaarden gelden.

(27) De Commissie kan het om onderstaande redenen niet eens zijn met deze opvatting van partijen. In bijlage III wordt een vergelijking gemaakt tussen de prijzen van NPK-meststoffen en de samengestelde prijs van alle drie hoofdcomponenten. Voor de vraag of voor NPK-meststoffen en enkelvoudige kali dezelfde concurrentievoorwaarden gelden, is echter een vergelijking tussen de prijzen van NPK-meststoffen en de prijzen van enkelvoudige kali veel significanter. Deze laatste vergelijking, die de Commissie heeft gemaakt (zie bijlage I), laat zien dat de prijzen van de twee produkten geenszins een parallelle evolutie vertonen.

(28) De door de Commissie uit het diagram in bijlage I getrokken conclusies worden door het door partijen overgelegde diagram in bijlage II bevestigd. Terwijl blijkens dit laatste diagram tussen N en P zekere overeenkomsten in de ontwikkeling van de gemiddelde prijzen bestaan, vertoont de kaliprijs over de beschouwde periode een totaal verschillend verloop en een betrekkelijke stabiliteit. Bovendien zijn de prijzen van kali aanzienlijk lager dan die van N of P. Dit wijst erop dat voor de totale kostprijs van NPK-meststoffen de kaliprijs veel minder belangrijk is dan de prijs van de andere componenten. Bijgevolg kan niet worden aangenomen dat de kaliprijs in vergelijking met de andere componenten de prijs van NPK-meststoffen in aanzienlijke mate beïnvloedt.

(29) De Commissie is op grond van het bovenstaande tot de conclusie gekomen dat de markt moet worden omschreven zoals oorspronkelijk door partijen is voorgesteld. Er bestaat dienovereenkomstig een relevante markt voor kali, die zowel de verkoop van kali voor direct gebruik in de landbouw als de verkoop van kali aan de producenten van mengmeststoffen omvat.

3. *Magnesiumprodukten*

(30) Magnesiumprodukten worden bij de winning en verwerking van kali voortgebracht. Zij kunnen worden toegepast in de industrie of worden gebruikt als meststof in de landbouw. Voor industriële toepassingen kunnen zij slechts zelden door andere mineralen worden vervangen. Bij de teelt van gewassen vormt magnesium een essentiële, niet-substitueerbare nutriënt. De produktgroep omvat magnesiumsulfaat, bitterzout, magnesiumchloride en kieseriet. Er moet van worden uitgegaan dat magnesiumprodukten als groep tot een andere relevante markt behoren dan bij voorbeeld kaliprodukten.

[1] De twee door partijen overgelegde diagrammen zijn gebaseerd op gegevens van het „Statistisches Bundesamt" (Bureau voor de statistiek van de Bondsrepubliek Duitsland) betreffende het verbruik van commerciële meststoffen. De Commissie heeft in bijlage I een andere bron gebruikt, namelijk de statistieken van de FAO. De gegevens betreffende MOP hebben betrekking op de prijs van K_2O, die betreffende NPK op de prijs per effectieve ton van elke mengmeststof.

B. Relevante geografische markt

1. *Kali*

(31) Kaliwinning gebeurt in de Gemeenschap voornamelijk in vier landen : Duitsland, Frankrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk. Het totale kaliverbruik door landbouw en industrie te zamen is verreweg het hoogst in Frankrijk, gevolgd door Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Terwijl de produktie in Duitsland (ongeveer 3 500 kT K_2O in 1992) meer dan het viervoudige van de nationale behoefte bedraagt en in Spanje ongeveer tweemaal de nationale behoefte, is die in Frankrijk (ongeveer 1 200 kT K_2O) niet toereikend om in de nationale behoefte te voorzien.

a) Duitsland

(32) De Commissie is van mening dat Duitsland voor kaliprodukten voor agrarische doeleinden een afzonderlijke relevante markt is. Op de Duitse markt was en is geen sprake van noemenswaardige invoer van kali. De in de aanmelding genoemde leveringen van de Israëlische onderneming DSW in Duitsland zijn leveringen aan Amfert, een dochteronderneming van DSW, die voor eigen verbruik bij de produktie van mengmeststoffen bestemd zijn en niet op de markt komen. Een geringe ingevoerde hoeveelheid komt op de markt door incidentele leveringen van de Britse onderneming CPL aan enige „bulk blenders" in Noord-Duitsland. Deze ingevoerde hoeveelheid is beduidend minder dan [...](1) K_2O. Afgezien daarvan is slechts sporadische invoer uit Wit-Rusland en Rusland vastgesteld. Ook deze leveringen bedroegen volgens de beschikbare gegevens in het afgelopen jaar in totaal minder dan [...](2) K_2O. Het is de vraag of van deze invoer na de vaststelling van de antidumpingverordening (EEG) nr. 3068/92 van de Raad (3) nog sprake is.

(33) Deze situatie staat in tegenstelling tot die in andere Lid-Staten en wordt waarschijnlijk veroorzaakt door het feit dat het verbruik in Duitsland traditioneel toegespitst is op magnesiumhoudende kaliprodukten, zoals „Korn-Kali", die uitsluitend in Duitsland worden geproduceerd. Bovendien hebben zich in de loop der tijd tussen de Duitse aanbieders en hun afnemers, welke laatste voornamelijk bestaan uit een relatief klein aantal landbouwcoöperaties, vaste betrekkingen ontwikkeld. Daarnaast verschaffen de hoge vervoerkosten in Duitsland de plaatselijke producenten een voordeel wegens de korte afstand tussen de mijnen en distributiepunten en de Duitse afnemers. Voorts hebben ook risico's inzake zekerheid van bevoorrading en handhaving van de kwaliteitsnormen bij invoer tot gevolg dat afnemers in Duitsland niet op buitenlandse aanbieders overschakelen. Tenslotte speelt ook een rol dat de produktie, die de nationale behoefte verre overtreft, invoer overbodig maakt, en dat de Duitse markt door buitenlandse kaliproducenten als vrijwel ondoordringbaar wordt beschouwd.

(34) De opvatting dat Duitsland een afzonderlijke relevante geografische markt is, wordt door de antwoorden van de afnemers in Duitsland op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie bevestigd. Het merendeel van de afnemers verklaarde dat overschakeling op ingevoerde kali slechts in zeer beperkte mate mogelijk was. Als belangrijkste redenen hiervoor werden met name genoemd :

— beschikbaarheid van magnesiumhoudende kaliprodukten is er slechts bij de Duitse produktie ;

— voor zover er vraag is naar andere produkten, zoals K60, missen de ingevoerde produkten de noodzakelijke kwaliteit en bestaat er geen zekerheid van levering, vooral bij aanbieders buiten de Gemeenschap ;

— de geografische nabijheid van de aanbieders heeft als logistieke voordelen dat snel, betrouwbaar en tegen lage vervoerkosten wordt geleverd.

b) Gemeenschap, elders dan Duitsland

(35) De hierboven beschreven marktsituatie in Duitsland staat in tegenstelling met die in de andere Lid-Staten. De Lid-Staten zonder binnenlandse kaliproduktie zijn vanzelfsprekend op invoer aangewezen en staan open voor concurrentie vanuit de gehele Gemeenschap. Drie Lid-Staten — Groot-Brittannië, Frankrijk en Spanje — hebben eigen kalivindplaatsen (Italkali produceert enkel SOP). Anders dan in Duitsland bestaat er in deze landen een aanzienlijke invoer uit andere landen van de Gemeenschap en ten dele ook uit derde landen.

(36) De Britse markt is in tegenstelling tot de Duitse niet gespecialiseerd, aangezien in de binnenlandse behoefte wordt voorzien met kaliprodukten die ook bij aanbieders buiten Groot-Brittannië verkrijgbaar zijn. De Britse kaliproducent CPL heeft op zijn thuismarkt een aanzienlijk kleiner marktaandeel [...](4) dan de Duitse producenten op hun thuismarkt. In Groot-Brittannië worden grote hoeveelheden kali uit Duitsland ingevoerd ; het aandeel van K + S en MdK in deze invoer bedraagt ongeveer [...](5).

(37) De totale invoer in Frankrijk bedraagt [...](6) en die uit andere Lid-Staten [...](7) van het binnenlandse verbruik. Deze invoer verloopt grotendeels via de Franse onderneming SCPA. Bij directe invoer uit landen buiten de Gemeenschap heeft SCPA een wettelijk monopolie op de verkoop in

(1) Geringe hoeveelheid.
(2) Geringe hoeveelheid.
(3) PB nr. L 308 van 24. 10. 1992, blz. 41.
(4) Orde van grootte : 50 %.
(5) Orde van grootte : 40 %.
(6) Orde van grootte : 50 %.
(7) Orde van grootte : 30 %.

Frankrijk. Bij invoer uit Duitsland is SCPA de belangrijkste tussenpersoon in de binnenlandse verkoop. Zo komen bij voorbeeld de speciale produkten van K + S — magnesiumhoudende kalimeststoffen — via SCPA het land binnen.

(38) De Commissie is echter van oordeel dat Frankrijk niet als een afzonderlijke relevante geografische markt kan worden beschouwd. Frankrijk moet kali invoeren, omdat de binnenlandse produktie lager is dan de binnenlandse behoefte. Er bestaat in Frankrijk een aanzienlijke invoer uit Groot-Brittannië en Spanje buiten SCPA om ([...](1) van het binnenlandse verbruik). SCPA beheerst de binnenlandse verkoop niet in dezelfde mate als K + S in Duitsland. Er wordt in Frankrijk rechtstreeks aan producenten van mengmeststoffen en ook langs andere kanalen dan het binnenlandse distributienet van SCPA ingevoerde kali verkocht (zo verkoopt CPL bij voorbeeld kaligranulaat via de Franse onderneming Timac). Tenslotte is in tegenstelling tot de situatie in Duitsland het assortiment kalimeststoffen dat uit de in Frankrijk gewonnen kali kan worden vervaardigd, ook bij aanbieders buiten Frankrijk verkrijgbaar. In zoverre daar een binnenlandse vraag naar speciale produkten bestaat, moeten deze in Duitsland worden ingevoerd. Het lijkt erop dat de kanalisering van de invoer uit Duitsland grotendeels op de bestaande vervlechting tussen K + S en SCPA terug te voeren is. Zoals hieronder in bijzonderheden uiteengezet, bestaat deze vervlechting met name in samenwerking binnen het exportkartel Kali Export GmbH en de gemeenschappelijke onderneming Potacan. Gelet op de beschreven kenmerken van de Franse markt, is niet duidelijk waarom K + S zonder deze banden niet zelfstandig op de Franse markt zou opereren.

(39) De Spaanse aanbieder Coposa heeft een zeer groot marktaandeel op zijn thuismarkt [...](2). Anders dan Duitsland importeert Spanje echter in aanzienlijke mate kali uit EG-landen (CPL heeft een marktaandeel van ongeveer [...](3) op de Spaanse markt) en betrekt het deze in mindere mate van producenten uit derde landen, zoals bij voorbeeld Dead Sea Works. Deze invoer is in de loop der jaren toegenomen, waardoor de marktaandelen van Coposa achteruit zijn gegaan. Bovendien wordt in tegenstelling tot de situatie in Duitsland uit de in Spanje gewonnen kali een assortiment produkten vervaardigd dat ook bij leveranciers buiten Spanje verkrijgbaar is.

(40) De markt van de Gemeenschap, Duitsland niet inbegrepen, wordt in het algemeen door een belangrijk handelsverkeer tussen de verschillende Lid-Staten gekenmerkt. Er worden met name kaliprodukten uitgevoerd van Groot-Brittannië naar Frankrijk, Spanje, Denemarken, Nederland en België/Luxemburg; uit Spanje naar Frankrijk, Italië, Portugal en Denemarken; uit Duitsland naar Frankrijk, Groot-Brittannië, Italië, Denemarken, Nederland, België/Luxemburg, Ierland en Portugal; en uit Frankrijk naar Italië, Nederland, België/Luxemburg en Ierland.

(41) Deze grensoverschrijdende handel in kaliprodukten is naar het oordeel van de Commissie terug te voeren op de in wezen homogene concurrentievoorwaarden in de Gemeenschap, Duitsland uitgezonderd. Wat de vraagzijde betreft, gebruiken de afnemers in de Lid-Staten, Duitsland niet inbegrepen, kaliprodukten die in ruime mate onderling verwisselbaar zijn. Zoals hierboven in overweging 14 is uiteengezet, zijn er twee groepen afnemers van kaliprodukten: enerzijds is er de vraag van producenten van mengmeststoffen naar standaardprodukten, en anderzijds de vraag van landbouwers en „bulk blenders" naar granulaatprodukten. In sommige delen van de Gemeenschap (bij voorbeeld in Nederland) wordt kaligranulaat hoofdzakelijk voor direct gebruik, in andere delen (bij voorbeeld in Groot-Brittannnië en in Ierland) daarentegen overwegend aan „bulk blenders" verkocht. Ook al kunnen er van producent tot producent geringe verschillen in de eigenschappen van de produkten bestaan, de diverse soorten standaardkali en kaligranulaat zijn voor de afnemers in ruime mate onderling verwisselbaar. In geen enkele andere Lid-Staat dan Duitsland bestaat er bij de afnemers een voorkeur voor speciale produkten die enkel bij de plaatselijke producenten verkrijgbaar zijn.

Wat de distributie in de Lid-Staten, Duitsland uitgezonderd, betreft, wordt kali hetzij direct door de mijn geleverd (directe verkoop aan, bij voorbeeld, producenten van mengmeststoffen), hetzij via plaatselijke tussenpersonen verkocht. De aanbieders in de Gemeenschap die op plaatselijke markten kali afzetten, gebruiken beide distributiemethoden. Er blijken in de distributiefase geen gelijkaardige toetredingsdrempels te bestaan die op die in Duitsland gelijken.

(42) Uit een analyse van de vervoerkosten in de Gemeenschap en een vergelijking van de kaliprijzen in de respectieve Lid-Staten blijkt eveneens dat de Gemeenschap, Duitsland niet inbegrepen, als een relevante geografische markt moet worden beschouwd. De vervoerkosten geven van geval tot geval een andere tendens te zien naargelang van het gebruikte vervoermiddel, de afstand tussen de kalimijn en de plaats van levering, en de vervoerde hoeveelheid. De vervoerkosten blijken echter niet op een zodanig niveau te liggen dat daardoor handelsstromen in de Gemeenschap, Duitsland niet inbegrepen, kunnen worden verhinderd. Zo waren bij voorbeeld de vervoerkosten van K + S in Duitsland — voor 75 % vervoer per spoor — niet duidelijk hoger als die in andere Lid-Staten (de vervoerkosten maakten ongeveer 14 % uit van de verkoopprijs in Duitsland tegenover bij voorbeeld 16 % bij leveringen aan Nederland, 17 % bij leveringen aan Frankrijk en 20 % bij leveringen aan Denemarken.)

(1) Orde van grootte: 20 %.
(2) Orde van grootte: 80 %.
(3) Orde van grootte: 10 %.

(43) Wat tenslotte de kaliprijzen in de Gemeenschap betreft, blijken er geen merkbare verschillen in prijsniveau tussen de diverse Lid-Staten te bestaan, behalve in Duitsland, waar de prijzen blijkbaar aanzienlijk hoger zijn. Zo verschillen volgens FAO-gegevens de gemiddelde MOP-prijzen over een periode van drie jaar (1987-1989), betrokken op K_2O in de diverse Lid-Staten niet wezenlijk, behalve in Duitsland. In Duitsland lagen de MOP-prijzen meer dan 20 % hoger dan in andere Lid-Staten (zo waren die in Frankrijk en Spanje ongeveer 20 % en in Groot-Brittannië ongeveer 24 % lager dan in Duitsland). Voorts waren volgens door partijen verstrekte gegevens bij voorbeeld de door K + S in 1992 gehanteerde prijzen voor „Korn-Kali" en kaligranulaat 40/8 in België en in Nederland telkens ongeveer gelijk, maar vergeleken met de Duitse prijzen van deze produkten 15 % respectievelijk 20 % lager.

(44) De Commissie is op grond van dit alles tot de conclusie gekomen dat de Gemeenschap, zonder Duitsland, een relevante geografische markt voor kali vormt. Dat, zoals hierboven uiteengezet, elke kaliproducent in de Gemeenschap een groot marktaandeel op zijn thuismarkt heeft en dat de marktaandelen van de aanbieders in de Gemeenschap in diverse delen van de Gemeenschap verschillen, doet hieraan niet af. Gezien de hierboven beschreven homogeniteit van de concurrentievoorwaarden in de Gemeenschap, zonder Duitsland, en het ontbreken van toetredingsdrempels in de verschillende Lid-Staten, is de Commissie van oordeel dat de mate waarin individuele aanbieders in de Gemeenschap in verschillende gebieden aanwezig zijn, niet op het bestaan van onderscheiden nationale markten wijst, maar op historische gronden of op commerciële strategieën is terug te voeren.

2. *Magnesiumprodukten*

(45) Het is niet nodig om uit te maken of de markt voor magnesiumprodukten communautair is of dat er sprake is van afzonderlijke nationale markten. Zelfs op communautair niveau zijn in feite slechts K + S en MdK op deze bijzondere markt werkelijk actief.

C. Gevolgen van de concentratie

1. *Kali*

a) Duitsland

(46) Ervan kan worden uitgegaan dat de concentratie op de Duitse markt van kali voor landbouwdoeleinden tot een feitelijk monopolie leidt. Afgezien van de voor eigen gebruik bestemde hoeveelheden, die voor het overgrote deel uit concern-interneleveringen van K + S aan BASF bestaan, heeft K + S een marktaandeel van [...](1) en MdK een marktaandeel van [...](2). Het gecombineerde marktaandeel bedraagt derhalve 98 %. CLP heeft een marktaandeel van [...](3) en het marktaandeel van uit Wit-Rusland en Rusland ingevoerde kali bedraagt eveneens ongeveer [...](4). Uit deze marktaandelen op de Duitse markt kan worden afgeleid dat K + S reeds een machtspositie bezit, die door de concentratie versterkt wordt.

(47) Partijen merken in dit verband op dat, hoewel invoer ontbreekt, de beide Duitse kaliproducenten met betrekking tot de prijzen geen speelruimte hebben, omdat zij zich naar de wereldmarktprijzen moeten richten. Hoewel kan worden aanvaard dat de prijsstelling van de beide Duitse aanbieders op de binnenlandse markt niet volledig onafhankelijk is van de ontwikkeling van de wereldmarktprijzen, valt echter te betwijfelen of de speelruimte van de gefuseerde onderneming daardoor in voldoende sterke mate wordt beperkt. Zelfs uit de door partijen aangevoerde prijsvoorbeelden voor kali-60-granulaat blijkt dat de prijs van K + S bij gelijke vervoersvoorwaarden steeds ongeveer 10 % of meer boven die van buitenlandse aanbieders lag. Bedacht dient te worden dat het hierbij ging om concurrerende aanbiedingen, die door K + S geëvenaard werden om te verhinderen dat buitenlandse aanbieders vaste voet op de Duitse markt kregen. De prijsvoorbeelden stemmen niet overeen met de algemene binnenlandse prijzen van K + S en hebben bovendien betrekking op een produkt dat geen magnesium bevat en dat derhalve niet typisch is voor de Duitse markt. Uit een vergelijking van de door de partijen overgelegde algemene prijsoverzichten (situatie op 24 maart 1992) blijkt bij voorbeeld dat de nettoverkoopprijs van K + S voor „Korn-Kali" in Duitsland steeds ongeveer 20 % hoger lag dan in andere Lid-Staten.

(48) Voor zover partijen stellen dat mengmeststoffen concurrentiedruk uitoefenen op hun aanbod van kalimeststoffen, valt ook in dit opzicht aan een voldoende sterke beperking van de bewegingsvrijheid van K + S/MdK te twijfelen. Zoals in het voorgaande uiteen is gezet, hangt de prijsontwikkeling van NPK-meststoffen af van een aantal factoren die geen verband houden met enkelvoudige kali. Overigens zou, zelfs indien de in het

(1) Orde van grootte : 80 %.
(2) Orde van grootte : 20 %.
(3) Ordre van grootte : 1 %.
(4) Ordre van grootte : 1 %.

bovenstaande omschreven marktdefinitie van partijen zou worden gevolgd, de in ingevoerde meststoffen verwerkte kali slechts een marktaandeel van ongeveer [...](1) innemen. K + S/MdK zou dan nog immer een marktaandeel van ongeveer 75 % bezitten. Hierbij komt nog dat de importeurs van mengmeststoffen, zoals Norsk Hydro of Agrolinz, op hun beurt een groot deel van de bij de vervaardiging van deze produkten gebruikte kali weer van K + S of MdK afnemen.

(49) Tenslotte hebben ook partijen zelf aangedragen dat, zelfs indien MdK zonder de fusie de markt zou verlaten, niet te verwachten valt dat andere aanbieders een noemenswaardige positie op de Duitse markt zouden kunnen veroveren. Onder andere vanwege de door de Duitse kaliproducenten geboden kwaliteit van het produkt, zekerheid van levering en klantenservice moet ervan worden uitgegaan dat beëindigde leveringen van een Duitse producent door leveringen van een andere Duitse producent worden vervangen.

(50) Op grond van het voorgaande is de Commissie tot de conclusie gekomen dat na de voorgenomen concentratie de machtspositie van K + S op de Duitse kalimarkt sterker zal zijn. De voorgenomen concentratie is echter om de in de overwegingen 70 tot en met 90 uiteengezette redenen niet causaal voor deze verslechtering van de concurrentiestructuur.

b) Gemeenschap buiten Duitsland

(51) Indien de alle landen van de Gemeenschap, Duitsland niet inbegrepen, omvattende relevante markt in aanmerking wordt genomen, blijven er na de fusie K + S/MdK twee dominerende aanbieders over, K + S/MdK en SCPA, de met de verkoop van kali belaste dochteronderneming van het Franse concern EMC, dat ook de Franse kaliproducent „Mines de Potasses d'Alsace" bezit. De gefuseerde onderneming K+S/MdK en SCPA nemen samen 80 % van de kaliproduktie in de Gemeenschap als geheel voor hun rekening (K + S 35 %, MdK 25 % en SCPA 20 %).

(52) Op de markt van de Gemeenschap, zonder Duitsland, leveren de marktaandelen van de gefuseerde onderneming en SCPA, berekend op basis van de afzet uit eigen produktie (zonder eigen verbruik), een samengesteld marktaandeel op van ongeveer 50 % (K + S [...](2), MdK [...](3), SCPA [...](4). Hierbij wordt er echter geen rekening mee gehouden dat SCPA in belangrijke mate kali van andere producenten, met name ook ingevoerde kali uit derde landen, afzet. Een berekening op basis van de totale door K + S/MdK en SCPA gecontroleerde afzet in de Gemeenschap zonder Duitsland levert een gecombineerd marktaandeel op van ongever 60 % (K + S rond [...](5), MdK [...](6), SCPA [...](7).

(53) Dit marktaandeel zal in de toekomst waarschijnlijk nog toenemen. De laatste onafhankelijke Canadese kaliproducent, PCA, is onlangs verworven door de Canadese onderneming PCS, die deel uitmaakt van het Canadese exportkartel Canpotex, dat aan Frankrijk en Ierland via SCPA levert. Bovendien is bij de berekening van de marktaandelen rekening gehouden met de invoer van de Gemeenschap uit het Gemenebest van onafhankelijke Staten (GOS). In 1992 vertegenwoordigde deze invoer een marktaandeel van ongeveer [...](8) in de Gemeenschap zonder Duitsland (ongeveer [...](9) wanneer de invoer uit het GOS via SCPA buiten beschouwing wordt gelaten). Het lijkt erop dat ten minste een deel van deze invoer sinds de vaststelling van de Anti-dumpingverordening (EEG) nr. 3068/92 is afgenomen. Zo bedroeg bij voorbeeld de afzet van Ferchimex, de belangrijkste distributeur van uit het GOS afkomstige kali in de Gemeenschap, in 1993 tot dusver minder dan [...](10) van de afzet in 1992.

(54) Het aanbod buiten de groep K + S/MdK en SCPA is versplinterd. Van de overige producenten in de Gemeenschap heeft de Britse onderneming CPL het hoogste marktaandeel [...](11). CPL heeft slechts één kalimijn in gebruik, waarvan de capaciteit reeds vrijwel volledig benut wordt. Aangezien uitbreiding van de capaciteit in de toekomst niet waarschijnlijk en volgens de door partijen verstrekte gegevens op korte termijn ook niet mogelijk is, kan CPL haar afzet niet noemenswaardig meer uitbreiden om marktaandelen van de groep K + S/MdK en SCPA te veroveren.

(55) De Spaanse onderneming Coposa heeft in de Gemeenschap, zonder Duitsland, een klein marktaandeel [...](12). Haar belangrijkste afzetgebied is Spanje en Zuid-Amerika. Haar produktiecapaciteit is veel kleiner dan die van de leidende groep K + S/MdK en SCPA en zal nog verder worden gereduceerd, omdat waarbijnlijk volgend jaar een van haar mijnen zal worden gesloten. De Italiaanse onderneming Italkali produceert uitsluitend kaliumsulfaat (SOP) en opereert derhalve niet op de markt voor MOP. Italkali heeft overigens volgens de gegevens van partijen haar produktie tot nader order opgeschort.

(1) Ordre van grootte : 20 %.
(2) Ordre van grootte : 15 %.
(3) Ordre van grootte : 10 %.
(4) Ordre van grootte : 25 %.
(5) Ordre van grootte : 15 %.
(6) Ordre van grootte : 10 %.
(7) Ordre van grootte : 35 %.
(8) Ordre van grootte : 10 %.
(9) Enkele procenten minder.
(10) Aanzienlijke teruggang.
(11) Ordre van grootte : 15 %.
(12) Ordre van grootte : 10 %.

(56) Kaliproducenten uit derde landen hebben telkens een klein marktaandeel op de markt van de Gemeenschap buiten Duitsland. De Israëlische kaliproducent DSW importeert in het land met het hoogste verbruik, Frankrijk, via SCPA. Zijn aandeel op de vrije markt in de Gemeenschap buiten Duitsland bedraagt iets van [...] (1). Zoals gezegd is de Canadese producent PCA, wiens marktaandeel op [...] (2) ligt, door een lid van het exportkartel Canpotex overgenomen. Het aandeel van Canpotex op de vrije markt bedraagt [...] (3). Hetzelfde geldt voor de Jordaanse kaliproducent APC. Er zijn geen aanwijzingen dat deze invoer in de toekomst zal toenemen. Overigens verloopt in Frankrijk, het land in de Gemeenschap met veruit het grootste kaliverbruik (meer dan 40 % van de totale afzet in de Gemeenschap), alle directe invoer uit derde landen hoe dan ook verplicht over SCPA. SCPA beheerst daarmee toekomstige leveringen van buiten de Gemeenschap. Wat de invoer uit het GOS betreft, is het, zoals hierboven uiteengezet, twijfelachtig of deze ingevolge de antidumpingmaatregelen van de Gemeenschap in dezelfde omvang zal voortgaan. Het ziet in elk geval ernaar uit dat de mogelijke concurrentiedruk van deze invoer op de groep K + S/MdK en SCPA veeleer gering zal zijn ; dit heeft te maken met kwaliteitsproblemen en met het feit dat moeilijk een snelle en betrouwbare bevoorrading kan worden gewaarborgd.

(57) Er zijn sterke aanwijzingen dat er tussen K + S/MdK enerzijds en SCPA anderzijds geen daadwerkelijke concurrentie zal bestaan. De kalimarkt is een volgroeide markt, gekenmerkt door een grotendeels homogeen produkt en het ontbreken van technische innovatie. De marktverhoudingen zijn in grote mate doorzichtig. Informatie over produktie, vraag, afzet en prijzen is op deze markt algemeen verkrijgbaar. Bovendien zijn de marktaandelen van K + S en SCPA de laatste vier jaar stabiel gebleven (volgens door partijen verstrekte gegevens). Tenslotte bestond er in het verleden een overeenkomst tussen K + S en SCPA die onder meer betrekking had op de gemeenschappelijke vaststelling van hoeveelheid en kwaliteit van de door elk der partijen uitgevoerde kaliprodukten. Deze overeenkomst is bij Beschikking 73/212/EEG, SCPA — Kali und Salz, van 11 mei 1973 (4) onverenigbaar met artikel 85 van het Verdrag verklaard. In dit verband moet echter worden vastgesteld dat er ook na deze beschikking en ondanks de overproduktie in Duitsland nog steeds een zij het geringe grensoverschrijdende handel van Duitsland naar Frankrijk bestaat die niet over SCPA verloopt. De hierboven beschreven kenmerken van de markt en de ervaring met het gedrag van K + S en SCPA in het verleden wijzen erop dat de concentratie, waardoor de marktaandelen van MdK in de Gemeenschap buiten Duitsland er nog eens bij zouden komen, tot een oligopolitische machtspositie van de groep K + S/MdK en SCPA zou leiden. De voornaamste reden om ervan uit te gaan dat er tussen K + S en SCPA geen daadwerkelijke concurrentie bestaat, is echter gelegen in het feit dat er tussen de twee ondernemingen reeds lang bijzonder nauwe banden bestaan. Deze vervlechting is een bijzonder aspect van de onderhavige zaak.

(58) De beide ondernemingen bezitten een gemeenschappelijke onderneming in Canada (Potacan), waarvan de dochteronderneming, PMC, in 1992 een produktie van ongeveer 800 kT K_2O behaalde, hetgeen overeenkomt met een groot deel van de totale produktie van SCPA. Op grond van de oprichtingsovereenkomst heeft elke partij een aandeel van 50 %, waardoor gezamenlijk zeggenschap wordt uitgeoefend over Potacan, die optreedt als exclusieve distributeur van alle produkten van de tot de gemeenschappelijke onderneming behorende mijn in New Brunswick. Potacan bezit 100 % van de aandelen in PMC die eigenaar van de mijn is.

(59) Hoewel Potacan tot op heden niet aan de Gemeenschap heeft geleverd, betekent de gunstige ligging van de door PMC gebruikte mijn in New Brunswick dat Potacan uit vervoersoogpunt bijzonder geschikt is om kali naar de Gemeenschap uit te voeren. Verwacht kan worden dat met deze uitvoer in de nabije toekomst zal worden begonnen. Volgens de door partijen verstrekte gegevens zal SCPA reeds in 1996 nog een mijn sluiten wegens uitputting van de voorraden. In de komende tien jaar zullen de kalireserves van SCPA volledig zijn uitgeput. Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand dat kalileveringen door de gemeenschappelijke onderneming Potacan voor SCPA van essentieel belang zullen zijn. De gemeenschappelijke onderneming is overeenkomstig Verordening nr. 17 van de Raad (5) bij de Commissie aangemeld. De Commissie heeft partijen onlangs met betrekking tot Potacan een mededeling van punten van bezwaar uit hoofde van artikel 85 van het Verdrag gezonden.

(60) K + S en SCPA werken samen in het exportkartel Kali Export GmbH in Wenen, dat de afzet van de kaliprodukten van zijn leden in landen buiten de Gemeenschap coördineert. K + S, EMC/SCPA, MdK en Coposa hebben ieder een 25 %-belang in Kali Export GmbH. Het is niet uitgesloten dat deze samenwerking ook indirecte gevolgen heeft voor het concurrentiegedrag van de leden van het kartel in de Gemeenschap. De Britse kaliproducent CPL begon zijn produkten eerst onafhankelijk op de Franse markt te verkopen, nadat deze in 1987 het exportkartel had verlaten, omdat de voorgenomen directe concurrentie met SCPA in Frankrijk niet met voortzetting van het lidmaatschap van het kartel te verenigen viel.

(1) Orde van grootte : 5 %.
(2) Orde van grootte : 5 %.
(3) Ordre van grootte : 1 %.
(4) PB nr. L 217 van 6. 8. 1973, blz. 3.
(5) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.

(61) Tenslotte onderhoudt K + S langdurige leveringsbetrekkingen met SCPA, welke ertoe leiden dat tot op heden vrijwel alle leveringen van K + S aan Frankrijk afgezet werden via SCPA. K + S onderhoudt in de Gemeenschap blijkens de door haar verstrekte gegevens een dicht en klantgericht distributienetwerk. De bijzondere situatie in de verkoopregio Frankrijk, die tot uitdrukking komt in de rol van SCPA bij leveringen, duidt eveneens op een beperkte concurrentie tussen K + S en SCPA.

(62) In het licht van het voorgaande kan worden gesteld dat tussen K + S en SCPA geen daadwerkelijke concurrentie bestaat. Op grond hiervan is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de overname van MdK, de op één na grootste producent in de Gemeenschap, door K + S zal leiden tot een duopolie dat de markt beheerst. Zoals reeds opgemerkt, zouden K + S/MdK en SCPA bijna twee derde van de verkoop van kali op de markt van de Gemeenschap zonder Duitsland beheersen. De overige aanbieders zijn versplinterd en beschikken niet over de noodzakelijke afzetbasis op deze markt om zich naast een duopolie K + S/MdK en SCPA te handhaven.

(63) Om de bezwaren van de Commissie weg te nemen dat de concentratie tot een oligopolitische machtspositie in de Gemeenschap, Duitsland niet inbegrepen, zou leiden hebben partijen naar aanleiding van de mededeling overeenkomstig artikel 18 de volgende toezeggingen gedaan :

„— *Kali-Export GmbH, Wenen*

K + S en de gemeenschappelijke onderneming trekken zich onverwijld uit Kali Export GmbH, Wenen, terug [. . .] (1)

Ook zullen K + S en de gemeenschappelijke onderneming de bestaande vertegenwoordigingsovereenkomst met Kali-Export GmbH volgens de daarin bepaalde opzeggingsregeling [. . .] (2) opzeggen. De gemeenschappelijke onderneming zal vanaf dat tijdstip via een eigen distributieorganisatie met Kali-Export GmbH concurreren (3).

— *Distributie*

K + S en de gemeenschappelijke onderneming zullen, voor zover daarvan nog geen sprake is, een eigen verkooporganisatie in de Gemeenschap oprichten en hun produkten via dit net verkopen naar algemeen handelsgebruik. In Frankrijk zal een verkoopnet voor alle kaliprodukten met inbegrip van speciale kaliprodukten 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 [. . .] (4). 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." (Vertaling van de in het Duits luidende toezeggingen).

(64) Door de toezegging van K + S/MdK zich uit Kali-Export GmbH terug te trekken, wordt gewaarborgd dat de samenwerking tussen K + S en EMC/SCPA in het kader van het exportkartel wordt beëindigd. De toezegging van K + S een eigen distributieorganisatie op te richten, heeft tot gevolg dat K + S op de Franse markt als onafhankelijke concurrent zal opereren. Om zeker te zijn dat deze twee toezeggingen worden nagekomen, worden in de onderhavige beschikking verplichtingen opgelegd.

(65) Voorts heeft K + S van de bezwaren van de Commissie in verband met de negatieve gevolgen van de concentratie voor de concurrentievoorwaarden in de Gemeenschap kennis genomen en de toezegging gedaan 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.

(66) Het is binnen de Potacan-organisatie van bijzonder belang voor EMC/SCPA dat zij in de Gemeenschap kali uit de PMC-mijn kan verhandelen, omdat de binnenlandse kalireserves van EMC/SCPA over tien jaar volledig zullen zijn opgebruikt. Daarom moet worden gewaarborgd dat EMC/SCPA via PMC toegang tot eigen bevoorradingsbronnen van kali voor de markt van de Gemeenschap verkrijgt en die kali in de Gemeenschap kan verhandelen, zonder dat zij daartoe de toestemming van K + S nodig heeft. Vanzelfsprekend kan een daartoe strekkende omvorming van Potacan slechts in overeenstemming met EMC worden verwezenlijkt. K + S heeft in bovenbestaande toezegging van verschillende mogelijke omvormingsmodellen er een voorgesteld dat aan de door de Commissie gestelde en door K + S aanvaarde eisen zou voldoen. Om aan deze eisen te voldoen, kan de door K + S en EMC/SCPA in onderling overleg uit te werken omvorming echter ook op een andere wijze worden verwezenlijkt. K + S heeft bijgevolg toegezegd ook een andere passende oplossing waarover met EMC/SCPA overeenstemming kan worden bereikt, te verwezenlijken.

(1) Zakengeheim (bijzonderheden van de regeling).
(2) Zakengeheim (bijzonderheden van de regeling).
(3) Zakengeheim (bijzonderheden van de regeling).
(4) Zakengeheim (bijzonderheden van de regeling).

(67) 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 dit verband moet in aanmerking worden genomen dat EMC/SCPA geen partij in de onderhavige concentratieprocedure is. Anderzijds hebben K + S en EMC de gemeenschappelijke onderneming Potacan overeenkomstig Verordening nr. 17 bij de Commissie aangemeld. In deze laatste procedure, waarin beide ondernemingen partij zijn, heeft de Commissie onlangs een mededeling van punten van bezwaar aan K + S en EMC toegezonden waarin zij haar bedenkingen omtrent de verenigbaarheid van de gemeenschappelijke onderneming Potacan met artikel 85 van het Verdrag naar voren heeft gebracht. Deze bedenkingen hebben echter in wezen betrekking op het feit dat de gemeenschappelijke onderneming in haar huidige vorm tot een coördinatie tussen K + S en EMC betreffende het gebruik van de produktiecapaciteit van PMC voor toekomstige leveringen in de Gemeenschap leidt. Mocht K + S ondanks alle inspanningen er niet in slagen met EMC tot overeenstemming te komen, dan zou 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 moeten worden gevonden.

(68) Genoemde toezeggingen zullen tot gevolg hebben dat de bestaande banden tussen K + S en EMC/SCPA in voldoende mate worden verbroken. De Commissie is dan ook op grond van deze toezeggingen tot de conclusie gekomen dat de bezwaren die met betrekking tot de gevolgen van de concentratie op de kalimarkt in de Gemeenschap buiten Duitsland bestonden, zijn weggenomen. De concentratie kan bijgevolg in zoverre verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard. Aan de onderhavige beschikking zijn binnen het hierboven beschreven kader voorwaarden en verplichtingen verbonden, die waarborgen dat partijen de toezeggingen die zij de Commissie hebben gedaan, gestand zullen doen.

2. *Magnesiumprodukten*

(69) Na de concentratie zullen K + S en MdK in de Gemeenschap een monopolie bezitten voor de produkten magnesiumsulfaat en kieseriet. Indien deze produkten worden samengevoegd met de produkten bitterzout en magnesiumchloride (oplossing), levert dit een communautaire markt op met een omzet van [...] (1). K + S en MdK hebben op deze markt een aandeel van respectievelijk [...] (2) en [...] (3). Het gecombineerde marktaandeel van [...] (4) wijst erop dat de gefuseerde onderneming op deze bijzondere markt een machtspositie inneemt.

(1) Orde van grootte : 100 miljoen DM.
(2) Orde van grootte : 80 %.
(3) Orde van grootte : 10 %.
(4) Orde van grootte : 90 %.

D. **Saneringsfusie**

(70) Partijen hebben aangevoerd dat zonder de concentratie MdK op korte termijn de markt zou moeten verlaten en dat de daardoor beschikbaar komende marktaandelen grotendeels naar K + S zouden gaan. Daarom is volgens hen voldaan aan de voorwaarden van de „failing company defence", volgens welke onder dergelijke omstandigheden het in het leven roepen of versterken van een machtspositie uit het oogpunt van het concentratierecht aanvaardbaar is.

(71) De Commissie is in dit verband van oordeel dat een dergelijk betoog 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 in aanmerking kan worden genomen. Het is mogelijk een concentratie waarvan normalerwijze zou moeten worden aangenomen dat zij tot het in het leven roepen van een machtspositie of het versterken van de machtspositie van de overnemende onderneming leidt, niet als de oorzaak van deze marktpositie te beschouwen, wanneer de overnemende onderneming ook ingeval de concentratie werd verboden, onvermijdelijk een machtspositie zou verkrijgen of haar machtspositie zou versterken. Zo bezien is een concentratie in de regel niet de oorzaak van de verslechtering van de concurrentiestructuur, wanneer vaststaat :

— dat de overgenomen onderneming zonder die overneming door een andere onderneming op korte termijn de markt zal verlaten ;

— dat de overnemende onderneming het marktaandeel van de overgenomen onderneming zal verwerven, wanneer deze laatste de markt verlaat ;

— dat er geen andere overname-oplossing bestaat waardoor de mededinging in mindere mate wordt aangetast.

In een situatie waarin — zoals in het onderhavige geval — een concentratie tot een feitelijk monopolie op een markt leidt, is het bijzonder belangrijk dat deze drie voorwaarden zijn vervuld.

(72) Het ontbreken van een causaal verband betekent dat het ontstaan of het versterken van de machtspositie niet het gevolg van de concentratie als zodanig is, maar van het verdwijnen van de noodlijdende onderneming, dat zelfs indien de concentratie werd verboden, onvermijdelijk zou zijn. Onder deze omstandigheden zijn de rechtsgevolgen van artikel 2, lid 3, niet van toepassing. Een dergelijke situatie doet zich echter enkel in uitzonderlijke gevallen voor. Normalerwijze zou een vermoeden bestaan dat een concentratie die tot het in het leven roepen of versterken van een machtspositie leidt, ook de oorzaak van deze verslechtering van de concurrentiestructuur is. De last om het bewijs van het ontbreken van een causaal verband te leveren, rust bijgevolg op de fuserende ondernemingen.

1. *Uittreding van MdK uit de markt*

(73) Partijen hebben betoogd dat MdK economisch in een uiterst kritieke situatie verkeert. Ondanks een capaciteitsvermindering met een derde sinds 1990 ligt de huidige capaciteitsbenuttingsgraad van de onderneming op het gebied van kali slechts rond 50 %. In het eerste boekjaar van MdK (1 juli 1990—31 december 1991) bedroeg haar verlies [...] (1) van de omzet. In 1992 steeg dit cijfer tot [...] (2). De bedrijfsresultaten van het concern werden in dat jaar echter negatief beïnvloed door bijzondere maatregelen zoals de correctie van reserves voor het herstel van mijnschade en de volledige afschrijving van gesloten, respectievelijk te sluiten mijnen. Maar ook na de op 1 januari 1993 voltooide herstructurering bedroeg in het eerste halfjaar van 1993 het verlies [...] (3) van de omzet. Op 31 juli 1993 waren de bedrijfskosten reeds [...] (4) — en de rentelasten meegerekend, ongeveer [...] (5) — hoger dan de inkomsten uit de verkoop.

(74) Deze uitzonderlijk grote verliezen zijn enerzijds te verklaren door de grotendeels verouderde installaties, waardoor de produktiekosten te hoog zijn, door het grote personeelsbestand en door het gebrek aan opslagcapaciteit. Anderzijds zijn zij het gevolg van een zeer aanzienlijke omzetdaling. In 1992 lag de verkoop 28 % beneden de prognoses van 1991, en in 1993 zal dit waarschijnlijk 46 % daarbeneden zijn. Terwijl de overzeese omzet in 1992 8 % hoger dan verwacht was en in 1993 18 % lager dan verwacht zal zijn en de omzet in West-Europa in 1993 eveneens betrekkelijk weinig (10 %) bij de prognoses zal achterblijven, was vooral in Oost-Europa de achteruitgang van de verkoop dramatisch. De omzet lag hier in 1992 76 % beneden de prognoses, en dit zal in 1993 88 % zijn.

(75) De huidige economische situatie van MdK is dus vooral het gevolg van de bedrijfsstructuur van de onderneming en van een crisis in de verkoop, die in de eerste plaats aan het ineenstorten van de markten in Oost-Europa is toe te schrijven. Overigens is ook de omzet van MdK op de Duitse markt sterk gedaald, omdat sinds de Duitse eenmaking nagenoeg niets meer in de oude deelstaten is verkocht. Bovendien beschikt MdK niet over een efficiënt distributieapparaat.

(76) Zoals het op het ogenblik economisch met haar gesteld is, lijkt MdK niet levensvatbaar. Indien de Treuhand niet tot nu toe haar verliezen had gedekt, zou de onderneming niet kunnen blijven bestaan. Van de Treuhand kan echter niet worden verwacht dat zij op termijn met overheidsmiddelen de verliezen van een economisch niet levensvatbare onderneming blijft dekken ; bovendien zou dit in strijd zijn met de regels inzake overheidssteun van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag en met name ook met de beschikkingen die de Commissie in 1991 en 1992 op grond van deze artikelen met betrekking tot de maatregelen van de Treuhand heeft gegeven. Voorts is waarschijnlijk dat MdK, wanneer zij er alleen voor stond, op termijn zelfs verlies zou blijven maken indien haar door de Treuhand dezelfde financiële middelen voor sanering ter beschikking werden gesteld als waarin in het kader van de voorgenomen concentratie is voorzien. Zonder de overname door een particuliere industriële partner met de nodige ervaring inzake management en zonder synergie lijkt een duurzame sanering van MdK zogoed als onmogelijk. In elk geval zou de sanering dan nog meer kosten dan nu in de concentratie zal worden geïnvesteerd. De verklaring van de Treuhand dat zij MdK zonder meer zal stilleggen indien geen overname door een particuliere onderneming mogelijk is, is bijgevolg in de context van het verweer inzake het ontbreken van een causaal verband pertinent en relevant. Van een instantie die met privatisering is belast, kan niet worden verlangd dat zij een door haar gecontroleerde onderneming die economisch niet meer levensvatbaar is, ten koste van buitengewoon hoge investeringen saneert en haar vervolgens op termijn als overheidsbedrijf blijft exploiteren.

(77) Naar het oordeel van de Commissie is derhalve afdoende aangetoond dat MdK, indien zij niet door een particuliere onderneming wordt overgenomen, zich uit de markt zal terugtrekken. Ook al gebeurt dit om redenen van sociale, regionale of algemene politiek misschien niet onmiddellijk, valt toch met voldoende waarschijnlijkheid te verwachten dat MdK in de nabije toekomst haar activiteiten zal stopzetten. Gelet op de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval, waarin het om de privatisering van een volgens normale maatstaven niet levensvatbaar overheidsbedrijf gaat, acht de Commissie dit toereikend om de eerste voorwaarde van het verweer inzake het ontbreken van een causaal verband, zoals hierboven beschreven, als vervuld te beschouwen.

2. *Overgang van het marktaandeel van MdK naar K + S*

(78) Op grond van de overtuigende argumenten van partijen en de aan de Commissie bekende feiten kan ervan worden uitgegaan dat, indien MdK gedwongen was de markt te verlaten, K + S haar aandeel van de Duitse kalimarkt zou overnemen. Zoals hierboven uiteengezet, is de Duitse kalimarkt ten gevolge van een hele reeks structurele factoren voor concurrenten uit andere landen afgeschermd. Aangezien K + S haar kaliproduktie zonder extra kosten zodanig zou kunnen verhogen dat zij de Duitse markt alleen kan bevoorraden, zouden bijgevolg de marktaandelen van MdK naar K + S gaan. Hetzelfde geldt voor de bijzondere markt voor magnesiumprodukten, waarop in wezen enkel K + S en MdK actief zijn.

(1) Tussen 25 en 50 %.
(2) Meer dan 75 %.
(3) Tussen 25 en 50 %.
(4) Tussen 25 en 50 %.
(5) Tussen 50 en 75 %.

(79) Wat de marktpositie van MdK in de Gemeenschap, Duitsland niet inbegrepen, betreft, staat niet met voldoende zekerheid vast dat bij uittreding van MdK uit de markt in wezen dezelfde concurrentiesituatie zou ontstaan als na de voorgenomen concentratie. Partijen voeren in dit verband aan dat, gezien de overeenkomst tussen de produkten van MdK en die van K + S en in aanmerking genomen dat met een eveneens Duitse leverancier hetzelfde soort commerciële relatie tot stand kan komen, te verwachten valt dat de huidige klanten van MdK naar K + S zullen overgaan. Deze redenering gaat voorbij aan het feit dat het bij de kaliverkoop van MdK in de Gemeenschap zonder Duitsland overwegend om kali 60 gaat, en niet om de speciale magnesiumhoudende produkten die uitsluitend door Duitse producenten worden aangeboden. De Commissie is op grond van het voorgaande van oordeel dat de voorwaarden van het verweer inzake het ontbreken van een causaal verband, zoals hierboven in overweging 71 beschreven, gelet op de verslechtering van de concurrentiestructuur op de markt van de Gemeenschap zonder Duitsland, niet vervuld zijn.

3. *Andere overnemers*

(80) Naar het oordeel van de Commissie is met voldoende zekerheid aangetoond dat een overname van MdK in haar geheel of van een wezenlijk deel van MdK door andere ondernemingen dan K + S kan worden uitgesloten. Het aanbod van het Peine-concern om de mijn te Bischofferode over te nemen kan in dit verband niet als een andere overnamemogelijkheid worden beschouwd, omdat het niet op een wezenlijk deel van MdK betrekking heeft.

a) Alternatieve overname van MdK in haar geheel of van een wezenlijk deel van MdK

(81) Zoals partijen hebben aangetoond, werden in het kader van de procedure tot privatisering van MdK door Goldman Sachs International Ltd, de investeringsbank die met het inzamelen van offertes was belast, over de gehele wereld 48 ondernemingen benaderd. 19 van deze 48 ondernemingen toonden belangstelling en ontvingen een vertrouwelijkheidsverklaring met een korte beschrijving van de overnamemogelijkheden. 16 ondernemingen ondertekenden deze verklaring en ontvingen daarop het „Offering Memorandum". Partijen hebben verklaard dat vervolgens slechts met drie belangstellenden, namelijk K + S, Potash Corporation of Sascatchewan (PCS) en EMC, intensieve gesprekken zijn gevoerd. De onderhandelingen met PSC en EMC zouden echter in de beginfase zijn blijven steken.

(82) Op grond van de door de Treuhand overgelegde gedetailleerde bescheiden betreffende de privatiseringsprocedure moet ervan worden uitgegaan dat Goldman Sachs zich intensief heeft ingespannen om zoveel mogelijk ondernemingen voor een mogelijke overname van MdK te interesseren. Er werden zelfs herhaaldelijk rappelbrieven verstuurd naar ondernemingen die duidelijk aarzelden belangstelling te laten blijken. Aan ondernemingen die lieten weten geïnteresseerd te zijn, werd behalve het „Offering Memorandum" gedetailleerde informatie betreffende MdK verstrekt. Uit de bescheiden blijkt eveneens dat Goldman Sachs en de Treuhand, ondanks een principiële voorkeur voor een privatisering van MdK in haar geheel, duidelijk te kennen gaven dat de Treuhand zich soepel opstelde en bereid was elk zinvol voorstel in overweging te nemen, ook al zou het slechts op een wezenlijk deel van MdK betrekking hebben. Desondanks slaagde Goldman Sachs er niet in van een andere onderneming dan K + S een concreet aanbod te verkrijgen. Tenslotte zagen ook die ondernemingen welke in het begin van de privatiseringsprocedure een zekere interesse voor MdK hadden getoond, van verdere onderhandelingen af.

(83) Ondanks de hierboven beschreven intensieve inspanningen om bij andere ondernemingen belangstelling voor een overname van MdK te wekken, kan in de onderhavige concentratiezaak niet uitsluitend op de door de Treuhand met de medewerking van Goldman Sachs gevoerde privatiseringsprocedure worden gesteund om te bewijzen dat er geen overnamealternatief bestond. Er moet bij het onderzoek of mogelijkerwijs een causaal verband ontbreekt, rekening mee worden gehouden dat tijdens de privatiseringsprocedure de financiële opzet van de K + S/MdK-concentratie niet volledig aan andere potentiële overnemers bekend was, aangezien de financiële bijdrage van de Treuhand het resultaat van de onderhandelingen met K + S is. De Treuhand en Goldman Sachs verklaarden weliswaar tegenover alle geïnteresseerde potentiële overnemers dat de Treuhand bereid was om boven op de wettelijk verplichte investeringssteun een aanzienlijke financiële bijdrage te leveren, maar geen van de potentiële overnemers kon voorzien hoe groot het bedrag zou zijn waarover uiteindelijk overeenstemming is bereikt. Toen in de eindfase van de onderhandelingen met K + S duidelijk begon te worden in welke orde van grootte het bedrag zou liggen, werd dit enkel meegedeeld aan EMC, de enige geïnteresseerde die op dat ogenblik nog overbleef.

(84) De Commissie heeft zich bijgevolg in het kader van de concentratieprocedure met name tot EMC en PCS gewend, maar daarnaast ook tot andere, door Goldman Sachs gecontacteerde ondernemingen waarvan kon worden vermoed dat zij misschien nog in een overname van MdK in haar geheel of van een wezenlijk deel ervan geïnteresseerd waren. Al deze ondernemingen gaven ondubbelzinnig een ontkennend antwoord op de vraag of zijn, nu zij van de financiële toezeggingen van de Treuhand op de hoogte waren, belangstelling voor een overname van MdK of een wezenlijk deel van MdK hadden, ingeval de voorgenomen K + S/MdK-concentratie geen doorgaan zou hebben. Een eerder niet door Goldman Sachs gecontacteerde mijnbouwonderneming met activiteiten over de gehele wereld, die na een recente herstructurering ook in de kalisector werkzaam is, verklaarde in de loop van de concentratieprocedure tegenover de Commissie dat zij mogelijkerwijs in een overname van MdK geïnteresseerd was, indien haar financiële steun werd gewaarborgd van dezelfde omvang als de Treuhand voor de voorgenomen concentratie ter beschikking stelt. Ook deze onderneming liet

echter na een eerste onderzoek van haar plannen voor een mogelijke overname van MdK de Commissie weten dat zij van haar intenties ter zake afzag.

(85) Het kan derhalve naar het oordeel van de Commissie met voldoende zekerheid uitgesloten worden geacht dat er bij een andere onderneming dan K + S een mogelijkheid van overname van MdK in haar geheel of van een wezenlijk deel ervan bestaat. Gezien de resultaten van de eerste privatiseringsprocedure en de bevindingen van de Commissie in de onderhavige zaak, lijkt het ook zo goed als uitgesloten dat een serieuze gegadigde met een solide overnameplan naar voren zou treden, indien de procedure werd overgedaan. In dit verband moet ook in de overweging worden betrokken dat geen enkele andere onderneming dezelfde mogelijkheden inzake synergie zou kunnen verwerkelijken als waartoe K + S wegens haar geografische ligging en haar produktengamma bij een overname van MdK in staat is. Het zou dan ook onredelijk zijn de concentratie te verbieden met als perspectief dat zij na een nieuwe, maar evenmin succesvolle privatiseringsprocedure met aanzienlijke vertraging alsnog zou moeten worden goedgekeurd. De uiterst geringe kans dat een nieuwe gegadigde opduikt, staat in geen redelijke verhouding tot de schade die door de voortdurende verliezen van MdK en de blijvende onzekerheid over de toekomst van de onderneming tijdens de duur van de nieuwe privatiseringsprocedure zou kunnen ontstaan.

b) De kalimijn te Bischofferode

(86) Volgens het tussen K + S en de Treuhand overeengekomen bedrijfsplan van de nieuwe gemeenschappelijke onderneming moet de mijn te Bischofferode, een van de vier kalimijnen van MdK die nog in bedrijf zijn, tegen eind 1993 dichtgaan. De onderneming Peine heeft na het definitieve akkoord tussen de Treuhand en K + S over de fusieovereenkomst de Treuhand aangeboden de mijn te Bischofferode over te nemen. De Treuhand heeft op basis van een rapport van het accountantsbedrijf C & L Treuarbeit dit aanbod afgewezen. Afgezien van de vraag in hoeverre deze weigering objectief gerechtvaardigd is, kan het aanbod van Peine niet als een andere overnamemogelijkheid in de context van het verweer inzake het ontbreken van een causaal verband worden beschouwd.

(87) In verband met hetgeen eerder over de causaliteit is gezegd, moet ervan worden uitgegaan dat een concentratie die tot het in het leven roepen of versterken van een machtspositie leidt, zodanig moet worden opgezet dat de mededinging daardoor zo weinig mogelijk wordt aangetast. Dit betekent dat, wanneer er een alternatief voor de verkoop van een deel van de overgenomen onderneming bestaat waardoor de beperking van de mededinging minder wordt, deze mogelijkheid normaliter ook moet worden gerealiseerd, wil de fusie voor het overige uit het oogpunt van het concentratierecht aanvaardbaar zijn.

(88) In de onderhavige zaak is echter bijzonder dat het aanbod van het Peine-concern betrekking heeft op een deel van MdK dat juist niet tot de door de gemeenschappelijke onderneming voort te zetten activiteiten behoort. Ook bij het Peine-plan wordt ervan uitgegaan dat de Treuhand aanzienlijke financiële steun zal verlenen. Zou op dit aanbod worden ingegaan, dan zou dit erop neerkomen dat nog eens een privatisering tot stand komt waarvoor andermaal een beroep op overheidsmiddelen wordt gedaan, maar het zou niet gaan om de verkoop van een deel van de activiteiten van MdK die door K + S zullen worden overgenomen en waarvoor de nodige financiële middelen beschikbaar zijn gesteld.

(89) In de context van het verweer inzake het ontbreken van een causaal verband kan evenmin aan de Treuhand worden tegengeworpen dat het theoretisch mogelijk zou zijn het aanbod van Peine in de plaats van de voorgenomen fusie tussen K + S en MdK te aanvaarden. Volgens de Commissie moet in de context van het verweer inzake het ontbreken van een causaal verband de Treuhand ook andere overnamevoorstellen in overweging nemen die naar aard en omvang niet volledig met de voorgenomen fusie overeenkomen. Zo zou bij voorbeeld ook een alternatief concept dat in vergelijking met het fusieplan ten dele op andere en ook op minder bedrijven van MdK betrekking heeft, in aanmerking moeten worden genomen. Dit geldt echter slechts voor zover het nog altijd om een wezenlijk deel van MdK gaat.

(90) Volgens de Commissie is de grens bereikt, wanneer er tussen verschillende privatiseringsconcepten een uitgesproken kwantitatieve wanverhouding bestaat. In casu blijkt er bij vergelijking van de twee alternatieven — uitvoering van het fusieplan enerzijds, aanvaarding van het aanbod van Peine anderzijds — een dergelijke wanverhouding te bestaan. het K + S/MdK-fusieplan betreft delen van MdK met (na de noodzakelijke herstructurering) in totaal 3 000 arbeidsplaatsen, het aanbod van Peine daarentegen slechts één deel van MdK met (eveneens na herstructuering) naar verwachting 536 arbeidsplaatsen. Dit is ongeveer 18 % in vergelijking met het fusieconcept. Ook wat de omzet betreft, blijft het Peine-concept duidelijk beneden 20 % van het K + S/MdK-fusieconcept. Er zou bijgevolg, wanneer als andere oplossing het Peine-concept zou worden verwezenlijkt, niet van een vergelijkbare andere overnamemogelijkheid sprake zijn, maar van een totaal andere privatisering op veel kleinere schaal.

VI. CONCURRENTIEBEDING

(91) De Treuhand en K + S hebben in artikel 20 van de kaderovereenkomst van 13 mei 1993 betreffende de voorgenomen concentratie een concurrentiebedrag ten gunste van de op te richten gemeenschappelijke onderneming opgenomen. Volgens artikel 20, lid 1, van de overeenkomst verbinden de partijen zich gedurende tien jaar ertoe zich van directe en indirecte concurrentie met de gemeenschappelijke onderneming te onthouden. Volgens artikel 20, lid 2, verbinden de Treuhand en K + S zich ertoe bij de vervreemding van activa of aandelen dit concurrentiebeding door de verkrijger te doen aanvaarden, voor zover de verkregen activiteiten van dien aard zijn dat zij voor het voeren van concurrentie met de gemeenschappelijke onderne-

ming kunnen worden gebruikt. Dit concurrentiebeding kan niet als nevenrestrictie in de zin van artikel 8, lid 2, tweede alinea, van de Concentratieverordening onder de onderhavige beschikking betreffende de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt vallen, omdat het veel verder gaat dan de restricties die rechtstreeks met de concentratie verband houden en noodzakelijk zijn om deze tot stand te brengen.

(92) Dit geldt in het bijzonder voor de verplichting van artikel 20, lid 2, om het concurrentiebeding te doen aanvaarden door derde-ondernemingen die van partijen activiteiten overnemen welke zich ook kunnen uitstrekken tot het gebied waarop de gemeenschappelijke onderneming werkzaam is. Het wordt de Treuhand daardoor onmogelijk gemaakt bedrijven te privatiseren die concurrenten van K + S/MdK op de kalimarkt zouden zijn. Bijgevolg wordt door het concurrentiebeding de machtspositie van de uit de fusie ontstane onderneming K + S/MdK nog geconsolideerd. Deze machtspositie mag dan, wat de Duitse markt betreft, om bovenstaande redenen wegens het ontbreken van een causaal verband aanvaardbaar zijn, het verweer inzake het ontbreken van een causaal verband kan geenszins bijkomende maatregelen rechtvaardigen die de uit de concentratie voortvloeiende beperking van de mededinging nog verergeren.

(93) Het concurrentiebeding, dat voor tien jaar is aangegaan, gaat ook wat de duur betreft, de grenzen te buiten waarbinnen een beperking van de mededinging als een nevenrestrictie in de zin van artikel 8, lid 2, tweede alinea, kan worden beschouwd. In de regel wordt hier een maximumduur van vijf jaar redelijk geacht.

(94) De Commissie besluit derhalve dat de beschikking betreffende de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt zich niet tot artikel 20 van de kaderovereenkomst uitstrekt.

VII. CONCLUSIE

(95) Op grond van het bovenstaande moet ervan worden uitgegaan dat de voorgenomen concentratie tot versterking van een machtspositie op de Duitse markt van kali voor gebruik in de landbouw zal leiden. Eveneens moet echter ervan worden uitgegaan dat ook zonder de concentratie een versterking van de machtspositie van K + S zal optreden, omdat MdK, indien zij niet door een andere onderneming wordt overgenomen, in de nabije toekomst uit de markt zal uittreden en haar marktaandeel in dat geval naar K + S zal overgaan en omdat praktisch kan worden uitgesloten dat een andere onderneming dan K + S MdK in haar geheel of een wezenlijk deel van MdK zal overnemen. De concentratie is bijgevolg niet de oorzaak van de versterking van de machtspositie op de Duitse markt.

Gelet op de ernstige structurele zwakte van de gebieden in Oost-Duitsland, die bij de voorgenomen concentratie betrokken zijn, en gezien de waarschijnlijk ernstige gevolgen van een sluiting van MdK voor deze gebieden, is bovenstaande conclusie ook in overeenstemming met de fundamentele doelstelling die erin bestaat de economische en sociale samenhang van de Gemeenschap te versterken, waarnaar in de dertiende overweging van de Concentratieverordening wordt verwezen.

(96) Indien de huidige banden tussen K + S en SCPA zouden blijven bestaan, zou ten gevolge van de concentratie vermoedelijk op een markt die de Gemeenschap met uitzondering van Duitsland omvat, een gezamenlijke machtspositie van de twee ondernemingen in de sector kali voor gebruik in de landbouw ontstaan. De door partijen gedane toezeggingen geven echter de zekerheid dat de huidige banden tussen K + S en SCPA zullen worden verbroken. De concentratie kan derhalve, mits onder voorwaarden die de nakoming van deze verbintenissen waarborgen, verenigdbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard.

(97) Deze verklaring kan niet het concurrentiebeding in artikel 20 van de kaderovereenkomst betreffende de concentratie bestrijken,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN :

Artikel 1

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 overweging 63 van deze beschikking vermelde voorwaarden en verplichtingen wordt voldaan.

Artikel 2

Deze verklaring strekt zich niet uit tot het concurrentiebeding in artikel 20 van de kaderovereenkomst betreffende de concentratie.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot :

Kali und Salz AG,
Friedrich-Ebert-Straße 160,
D-34119 Kassel ;

Mitteldeutsche Kali AG,
Schachtstraße 62-65,
D-99701 Sondershausen ;

Treuhandanstalt,
Leipziger Straße 5-7,
D-10117 Berlin.

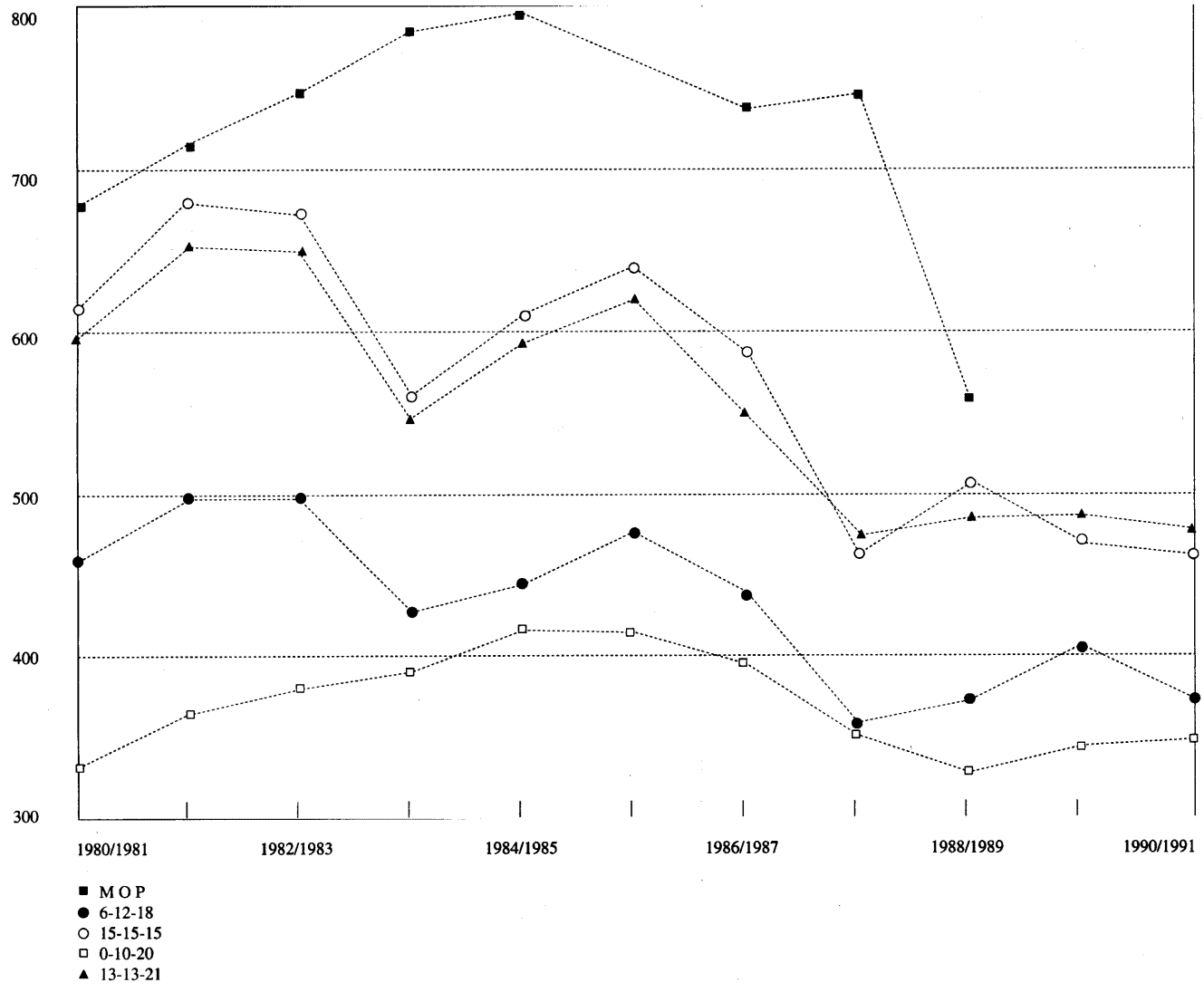
Gedaan te Brussel, 14 december 1993.

Voor de Commissie
Karel VAN MIERT
Lid van de Commissie

BIJLAGE I

Prijzen in Duitsland voor MOP en kunstmest

(in DM)

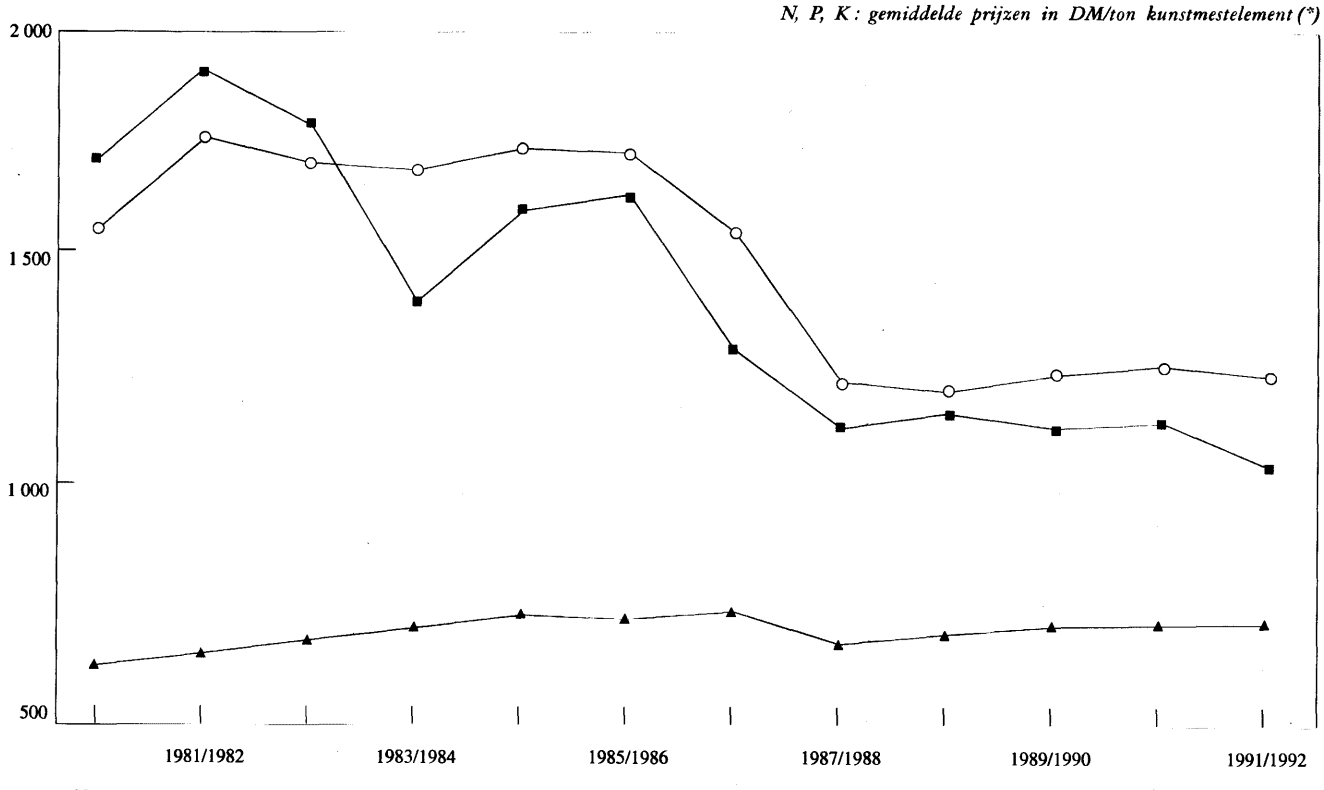


Bron : FAO-Rome.

BIJLAGE II

Prijs van de kunstmestelementen in Duitsland

N, P, K: gemiddelde prijzen in DM/ton kunstmestelement (*)



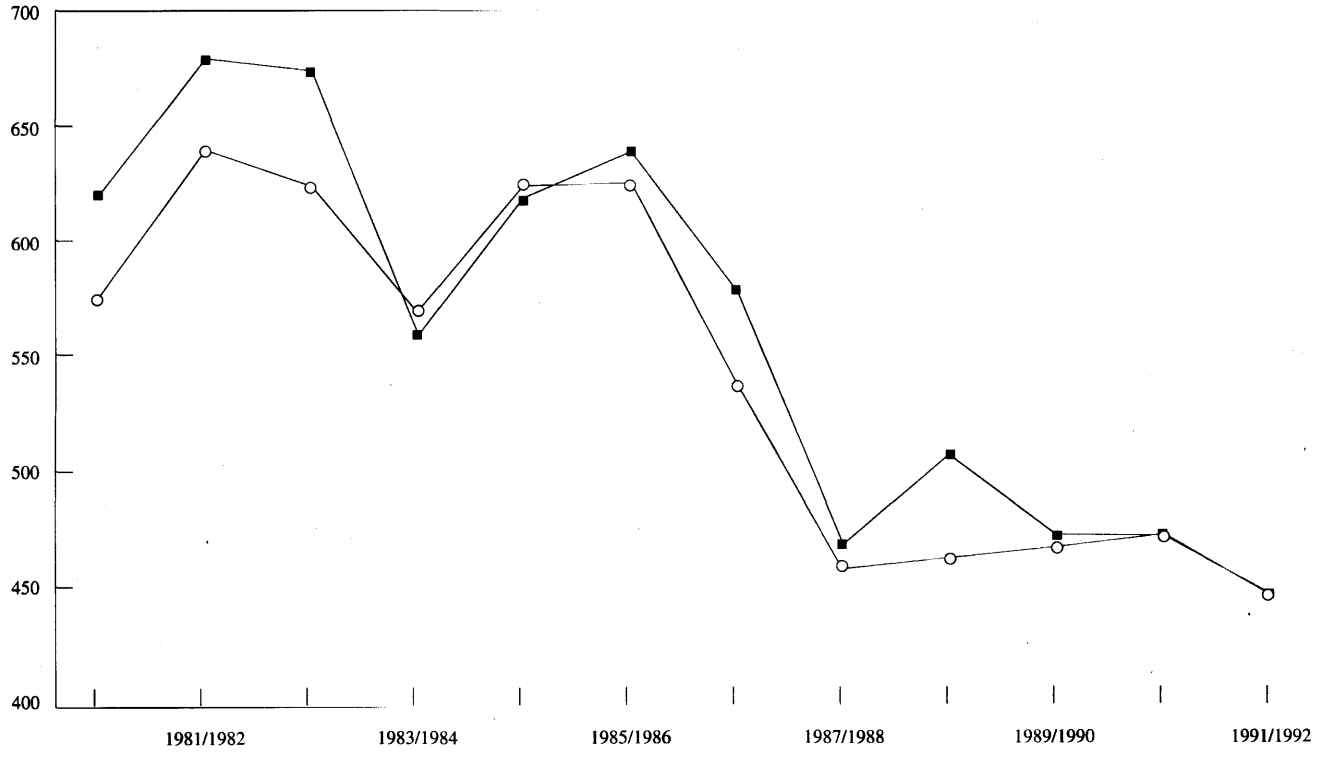
Bron: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden.

(*) De verstrekte prijzen voor commerciële kunstmest werden gebruikt als gemiddelde prijs voor de kunstmestelementen.

BIJLAGE III

Vergelijking : kunstmest NPK 15-15-15

Berekende prijs gebaseerd op de Duitse prijzen van de kunstmestelementen, in vergelijking met de prijs afkomstig van de FAO



○ Gecalc. prijs 15-15-15
■ FAO-statistiek

Bron : Statistisches Bundesamt - Wiesbaden, FAO-Rome.