

R

Rechtspraak

Nr. R4

HvJ EG 31 maart 1998, zaak C-68/94 en C-30/95

Société commerciale des potasses et de l'azote, Entreprise minière et chimique (gemachtigde: C. Price), Frankrijk (gemachtigden: E. Belliard, C. de Salins en J.-M. Belorgey), Commissie van de Europese Gemeenschappen (gemachtigden: B.J. Drijber en J. Bourgeois) Concentratiecontrole, 'failing company defence', collectieve machtspositie, vernietiging (m.nt. M.M. Slotboom)

Feiten

Kali & Salz AG (K&S), een dochter van BASF, is vooral actief in de sectoren kali, steenzout en verwijdering van afvalstoffen. In Mitteldeutsche Kali AG (MK) waren alle kali- en steenzoutactiviteiten in de voormalige DDR ondergebracht. Door middel van een concentratie bracht K&S haar kali-activiteiten onder in MK. MK werd omgevormd in een gemeenschappelijke onderneming tussen K&S en de Treuhandanstalt, de Duitse overheidsinstelling belast met de privatisering van staatsbedrijven uit de voormalige DDR. Deze concentratie is op 14 juli 1993 bij de Europese Commissie aangemeld krachtens Verordening 4064/89.

De gevolgen van de concentratie deden zich voor op de markt van producten op basis van kalizouten voor gebruik in de landbouw. De Commissie onderzocht deze gevolgen in de Duitse markt en de communautaire markt zonder Duitsland.

In Duitsland leidde de concentratie volgens de Commissie tot een feitelijk monopolie. De marktaandelen van K&S en MK bedroegen daar 79% en 19%. Echter, op grond van de 'failing company defence' kwam de Commissie tot de conclusie dat niet de concentratie, maar de dreigende sluiting van MK de oorzaak was van de versterking van de machtspositie van K&S in Duitsland. De 'failing company defence' houdt in het onderhavige geval in (i) dat zonder een overname MK vereffend had moeten worden, (ii) dat vaststaat dat ook in geval van vereffening van MK het marktaandeel van MK volledig door K&S zou zijn verwor-

ven en (iii) dat het onaannemelijk was dat een andere onderneming MK geheel of gedeeltelijk zou hebben overgenomen.

In de communautaire markt zonder Duitsland leidde de concentratie volgens de Commissie tot het ontstaan van een collectieve machtspositie van K&S/MK en Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA), een Franse leverancier van kali-producten. Het aanbod buiten K&S/MK en SCPA was versplinterd. Andere marktdeelnemers leken niet opgewassen tegen het marktaandeel van ongeveer 60% waarover K&S en SCPA gezamenlijk beschikten. Bovendien vermoedde de Commissie dat tussen K&S/MK en SCPA geen daadwerkelijke mededinging bestond op de kali-markt, die door de Commissie als een volgroeide markt geschetst werd. Zij baseerde dit vermoeden met name op de nauwe banden die reeds lang tussen deze ondernemingen bestonden. Deze banden bestonden hoofdzakelijk uit (i) de controle door K&S en SCPA over een gemeenschappelijke onderneming, Potacan, in Canada, (ii) de samenwerking van K&S en SCPA binnen het exportkartel Kali-Export, dat de afzet van kaliproducten van zijn leden (vier Europese kaliproducenten) in derde landen coördineert en (iii) het feit dat nagenoeg alle leveringen van K&S in Frankrijk via SCPA werden verricht.

Op 14 december 1994 verklaarde de Commissie de aangemelde concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt, nadat zij van partijen enkele toezeggingen had verkregen. K&S/MK zou zich terugtrekken uit Kali-Export. Ook zou zij een eigen verkoopnet voor kali-producten opzetten. Daartoe zou K&S/MK de samenwerking met SCPA als distributiepartner in Frankrijk beëindigen. De Commissie dreigde tenslotte met toepassing van artikel 85 EG, indien K&S haar betrokkenheid bij Potacan niet zou beëindigen.

Zowel SCPA en Entreprise minière et chimique (EMC), haar moedermaatschappij, als Frankrijk (gezamenlijk: verzoeksters) hebben beroep ingesteld tegen de Commissiebeschikking. Het Gerecht van eerste aanleg (het Gerecht) heeft de beroepen van SCPA en EMC naar het Hof van Justitie (het Hof) verwezen, opdat het Hof de beroepen van Frankrijk, SCPA en EMC gezamenlijk kon behandelen.

Beoordeling van het geschil

Verzoeksters verweten de Commissie onder meer dat zij ten onrechte op grond van de 'failing company defence' zonder enige voorwaarde haar goedkeuring heeft gegeven aan een concentratie die een monopolie in Duitsland in het leven roept. Het Hof verwerpt dit middel. Indien is voldaan aan de door de Commissie toegepaste voorwaarden van de 'failing company defence', ontbreekt het door artikel 2(2) van Verordening 4064/89 voorgeschreven oorzakelijk verband tussen de concentratie en de verslechtering van de mededingingsstructuur op de Duitse markt. Verzoeksters hebben voorts volgens het Hof het ontbreken van dit oorzakelijk verband onvoldoende weerlegd.

Het Hof verwerpt ook het betoog van verzoeksters dat Verordening 4064/89 niet van toepassing is op collectieve machtsposities. Volgens het Hof kunnen de artikelen 87 en 235 EG (waarop de verordening is gebaseerd) worden aangewend als rechtsgrondslag voor een regeling waarmee preventief kan worden opgetreden tegen concentraties die een collectieve machtspositie in het leven roepen of versterken. Voorts kan uit de tekst van artikel 2 van Verordening 4064/89 niet worden afgeleid dat de verordening enkel ziet op individuele machtsposities. Ook verschaft de ontstaansgeschiedenis van de verordening geen duidelijkheid over de draagwijdte die de auteurs van de verordening aan de uitdrukking 'machtspositie' hebben willen geven. In het licht van het doel en de algemene opzet van Verordening 4064/89 beslist het Hof dat collectieve machtsposities niet van de werkingssfeer van de verordening zijn uitgesloten.

Van een collectieve machtspositie is volgens het Hof sprake indien twee of meer ondernemingen samen, met name als gevolg van de tussen hen bestaande correlatiefactoren, één front kunnen vormen op de markt en in aanzienlijke mate onafhankelijk van andere concurrenten, klanten en, ten slotte, gebruikers kunnen handelen. Het Hof is het eens met verzoeksters dat de Commissie in het onderhavige geval het bestaan van een collectieve machtspositie niet heeft aangetoond.

Het feit dat K&S/MK en SCPA na de concentratie op de betrokken markt een marktaandeel van respectievelijk 23% en 37% hebben, vormt volgens het Hof op zichzelf geen beslissende aanwijzing voor het bestaan van een collectieve machtspositie. Bovendien is volgens het Hof om twee redenen de bundel structurele banden tussen K&S/MK en SCPA, die de factor zijn waarop de Commissie naar eigen oordeel het bestaan van een collectieve machtspositie heeft gebaseerd, niet zo dicht en bewijskrachtig als de Commissie heeft willen doen geloven. Ten eerste is haar vaststelling, dat de deelneming van K&S en SCPA aan het exportkartel Kali-Export een weerslag kan hebben op hun mededingingsgedrag in de EG, niet door voldoende significante en overeenstemmende gegevens gestaafd. Zo verhandelt de Spaanse producent Coposa,

hoewel lid van Kali-Export, toch in Frankrijk een hoeveelheid kali die overeenkomt met ruim 5% van het Franse verbruik. Ten tweede zou volgens de Commissie tussen K&S en SCPA, wat de leveringen van K&S in Frankrijk betreft, een partnerrelatie bestaan. Uit de stukken leidt het Hof echter af dat distributiebanden tussen deze twee enkel betrekking hadden op kieseriet, en dus niet op kali-producten.

Voorts heeft de Commissie niet aangetoond dat K&S/MK en SCPA er belang bij hebben om elkaar niet actief te beconcurreren. Het Hof wijst op de asymmetrie tussen K&S/MK (60% van de totale EG-productie) van SCPA (20% van de EG-productie), de aanzienlijk grotere economische macht van BASF in vergelijking met EMC, en de afnemende vraag van kali in de EG. Ook heeft de Commissie niet aangetoond dat andere concurrenten geen voldoende tegenwicht zouden geven. Zo heeft de Commissie de verkopen van kali uit het GOS en de concurrentiepositie van Coposa onderschat.

Beslissing

Het Hof verklaart de beschikking van de Commissie in haar geheel nietig.

Commentaar

Door middel van dit uitgebreide arrest vernietigt het Hof voor het eerst een beschikking van de Commissie krachtens Verordening 4064/89. Toch heeft het arrest meer positieve dan negatieve aspecten voor de Commissie. Het Hof billijkt de toepassing door de Commissie van het argument inzake 'failing company defence'. Ook aanvaardt het dat Verordening 4064/89 ziet op collectieve machtsposities. Deze twee aspecten worden hierna besproken.¹ Ten slotte wordt de nasleep van dit arrest besproken.

'Failing company defence'

De 'failing company defence' is een concept dat afkomstig is uit het Amerikaanse mededingingsrecht. Meer dan zestig jaar geleden heeft het 'Supreme Court' een vergelijkbaar concept aanvaard, maar het heeft de toepassing ervan in alle gevallen waarover het moest oordelen, verworpen.² In het EG-mededingingsrecht is het concept tot nu toe drie keer ingeroepen. Het ging steeds om de vraag of de 'failing company defence' in het licht van artikel 2(3) van Verordening 4064/89 een rol kon spelen. De eerste keer, in de beschikking *Aérospatiale-Aliena/de Havilland*, kon de Commissie het antwoord op deze vraag ontwijken door op te merken dat in ieder geval partijen niet aanneemelijk hadden gemaakt dat de over te nemen onderneming, de Havilland, op korte termijn als concurrent van de markt

1 Zie ook Gonzalez, *Commentaire sur le jugement 'Kali & Salz'*, EC competition policy newsletter, 1998, nr. 2, 38-41 en Mok, TVVS 1998 nr. 98/5, 149-151.

2 Zie Jones, González-díaz, *The EEC merger regulation*, 1992, p. 160, voetnoot 56.

zou verdwijnen.³ In de onderhavige beschikking heeft de Commissie wel de ‘failing company defence’ van partijen aanvaard.⁴ Volgens dit verweer is een concentratie in de regel niet de oorzaak van de verslechtering van de concurrentiestructuur, indien: (i) de overgenomen onderneming zonder de overname op korte termijn de markt zal verlaten, (ii) de overnemende onderneming het marktaandeel van de overgenomen onderneming zal verwerven, wanneer deze laatste de markt verlaat, en (iii) er geen andere overnameoplossing bestaat waardoor de mededinging in mindere mate wordt aangetast. De Commissie was van mening dat in dit geval deze voorwaarden waren vervuld. Na de onderhavige beschikking heeft de Commissie in een (derde) zaak, Saint Gobain/Wacker-Chemie/NOM, de ‘failing company defence’ niet aanvaard, omdat niet aan laatstgenoemde voorwaarde was voldaan.⁵

Dat het Hof de toepassing door de Commissie van de ‘failing company defence’ billijkt, is niet verwonderlijk. Krachtens artikel 2, lid 3 van Verordening 4064/89 dient de Commissie concentraties te verbieden die – kort gezegd – leiden tot een onaanvaardbare verslechtering van de mededingingsstructuur. Indien aan de bovengenoemde voorwaarden is voldaan, ontbreekt elk mogelijk causaal verband tussen een concentratie en een dergelijke verslechtering. De voorwaarden voor de toepassing van artikel 2, lid 3 van Verordening 4064/89 zijn dan niet vervuld; de concentratie moet dan worden goedgekeurd.⁶

Het ligt voor de hand dat de d-g NMa bij de toepassing van artikelen 37(2) en 41(2) Mw een ‘failing company defence’ zal aanvaarden, mits aan de door het Hof genoemde voorwaarden is voldaan. Deze bepalingen zijn geïnspireerd door artikel 2 van Verordening 4064/89 en geven de d-g NMa de bevoegdheid om uitsluitend concentraties te verbieden die de mededingingsstructuur in Nederland onaanvaardbaar verslechteren. Voldoet een concentratie aan de voorwaarden van de ‘failing company defence’, dan zal ook de d-g NMa de concentratie wegens het ontbreken van een causaal verband tussen de concentratie en een eventuele verslechtering van de mededingingsstructuur ongemoeid moeten laten.

Overigens zullen concentraties die voldoen aan de drie voorwaarden van de ‘failing company defence’ zeldzaam zijn. Alleen als de toetredingsdrempels hoog zijn en de overnemende en over te nemen ondernemingen gezamenlijk (bijna) een monopoliepositie hebben, staat van te voren vast dat, ook zonder overname, het marktaandeel van de over te nemen onderneming zal worden ‘opgeslorpt’ door de overnemende onderneming. De aanwezigheid van andere marktspelers verhoogt voorts de kans dat een andere overnameoplossing bestaat die de mededinging in mindere mate aantast. Maar een potentiële koper behoeft natuurlijk niet zelf een speler te zijn op de markt waarop de ‘failing company’ actief is.

Collectieve machtsposities

De Commissie paste het concept van een collectieve machtspositie voor het eerst toe op basis van Verordening 4069/89 in de Nestlé/Perrier beschikking van 22 juli 1992.⁷ Deze beslissing betrof een overname door Nestlé (nummer 1 op de Franse mineraalwatermarkt) van Perrier (nummer 2). Door deze overname, en de hieraan gerelateerde verkoop van het mineraalwatermerk Volvic van Nestlé aan BSN, de derde Franse mineraalwaterproducent, zouden Nestlé en BSN op de Franse markt gezamenlijk een marktaandeel van 82% hebben. De Commissie meende dat de twee ondernemingen een collectieve machtspositie innamen. Na Nestlé/Perrier heeft de Commissie in een aantal andere zaken onderzocht of sprake was van een collectieve machtspositie.⁸

Het Hof heeft thans deze Commissie-praktijk gebillijkt. Door deze beslissing sluit het EG-recht inzake concentratiecontrole aan bij het Amerikaanse en Duitse mededingingsrecht. Toch ligt de beslissing van het Hof niet voor de hand. Allereerst biedt de tekst van artikel 2(3) van Verordening 4064/89 minder ruimte dan artikel 86 voor een interpretatie volgens welke artikel 2(3) mede ziet op collectieve machtsposities. Artikel 2(3) ziet op concentraties ‘die een machtspositie in het leven roepen of versterken [...]’. Deze tekst wijkt af van die van artikel 86 EG, dat spreekt van een ‘machtspositie van een of meerdere ondernemingen’.⁹ Voorts leidt Advocaat-Generaal Tesouro in zijn conclusie bij het Kali & Salz af uit de ontstaansgeschiedenis dat het niet de bedoeling was om Verordening 4064/89 ook op collectieve machtsposities toe te passen. Bovendien leidt naar zijn mening de toepassing van de Verordening 4064/89 op collectieve machtsposities tot onaanvaardbare onduidelijkheden over de vraag wanneer sprake kan zijn van dergelijke collectieve machtsposities, nu de verordening hierover geen aanwijzingen geeft. Tesouro concludeerde dat de Gemeenschapswetgever Verorde-

3 Beschikking van 2 oktober 1991, IV/M.053, Pb. 1991, L334/42, paragraaf 31.

4 Beschikking van 14 december 1993, IV/M.308, Pb. 1994, L186/38, paragrafen 70-90.

5 Beschikking van 4 december 1996, IV/M.774, Pb. 1997, L247/1, paragrafen 247-259.

6 Overigens is de EG-rechtelijke ‘failing company defence’ strenger dan haar Amerikaanse evenknie. De ‘Merger Enforcement Guidelines’ van 1992 van het ‘Department of Justice and Federal Trade Commission’ vereisen niet dat aangetoond wordt dat ook zonder de overname, het marktaandeel van de over te nemen onderneming door de overnemende onderneming zal worden verworven. De Amerikaanse ‘failing company defence’ eist dus niet dat een causaal verband wordt aangetoond tussen de overname en de verslechtering van de mededingingsstructuur.

7 Beschikking IV/M.190, Pb. 1992, L356/1.

8 Zie onder meer Ridyrd, *Economic analysis of single firm and oligopolistic dominance under the EC Merger Regulation*, [1994] ECLR 253-262.

9 Wellicht is bij de redactie van artikel 86 niet gedacht aan het begrip ‘onderneming’, zoals ontwikkeld door de Gemeenschapsrechter. Dat laatste begrip omvat een economische eenheid die kan bestaan uit niet-onafhankelijke concern-ondernemingen. Veeleer hebben de Verdragsauteurs gedacht aan één of meer concern-ondernemingen (die tezamen één enkele mededingingsrechtelijke onderneming vormen) (zie ook de ‘Editorial’ van Arnulf in (1998) 23 ELRev. 201-202).

ning 4064/89 zou moeten aanpassen, indien het wenselijk was om deze verordening ook toe te passen op collectieve machtsposities.¹⁰ Kennelijk twijfelde het Hof zelf ook over deze vraag, want pas 14 maanden na de conclusie van Tesauero wees het Hof arrest.

Niet alleen aanvaardt het Hof dat Verordening 4064/89 ziet op collectieve machtsposities, het aanvaardt ook stilzwijgend de voorwaarden die de Commissie heeft toegepast om te toetsen of sprake is van een collectieve machtspositie. De Commissie beschouwt het bestaan van economische banden tussen ondernemingen niet als een noodzakelijke voorwaarde voor de vaststelling van een collectieve machtspositie.¹¹ Met economische banden wordt bedoeld bijvoorbeeld overeenkomsten of licenties die er toe leiden dat de betrokken ondernemingen hetzelfde marktgedrag toepassen.¹² Naast zulke banden vindt de Commissie andere marktstructurele overwegingen (zoals de mate van concentratie, toetredingsdrempels, homogeniteit, markttransparantie, symmetrie tussen de leden van een oligopolie inzake marktaandeelen, kostenstructuren, productiecapaciteit en financiële middelen) en recent concurrentiegedrag van belang.¹³

Het Hof lijkt in het Kali & Salz arrest niet voor te schrijven dat voor het bestaan van collectieve machtspositie tussen K&S en SCPA economische banden bestaan. Zo schrijft het Hof slechts voor dat er '*correlatiefactoren*' zijn, een begrip dat meer omvat dan '*structurele banden*' omdat het ook ziet op andere marktstructurele factoren. Bovendien onderzoekt het Hof, nadat het heeft vastgesteld dat de structurele (of economische) banden tussen K&S/MK en SCPA niet zo belangrijk zijn als de Commissie heeft willen doen geloven, toch of partijen een gemeenschappelijk belang hebben om elkaar niet actief te beconcurreren. Zouden deze banden een noodzakelijke voorwaarde vormen voor een collectieve machtspositie, dan zou dat onderzoek niet nodig geweest zijn.¹⁴

In hoeverre valt het Kali & Salz arrest dan te verenigen met de rechtspraak van het Gerecht en het Hof over artikel 86 EG. Volgens deze rechtspraak is van een collectieve machtspositie enkel sprake, indien tussen twee of meer ondernemingen zodanige economische banden bestaan dat zij in staat zijn zich onafhankelijk te gedragen van concurrenten, klanten of verbruikers.¹⁵ Wellicht gelden, zoals reeds eerder is bepleit,¹⁶ voor de toepassing van het concept 'collectieve machtspositie' in het licht van Verordening 4064/89 ruimere, meer op marktstructuur gerichte, voorwaarden dan voor de toepassing ervan in het licht van artikel 86. Zulk een verschil zou te rechtvaardigen zijn op grond dat artikel 86 voornamelijk¹⁷ toegepast wordt op misbruikelijke gedragingen, terwijl Verordening 4064/89 ziet op wijzigingen van de marktstructuur.¹⁸

Twee (openbare) zaken handelen tot nu toe over de toepassing van de Mw op collectieve machtsposities. De d-g NMa oordeelde dat het omzetten van een collectieve

machtspositie van de vier Nederlandse elektriciteitsproducenten (die voortvloeit uit de krachtens de Elektriciteitswet 1989 opgelegde samenwerking via SEP) in een enkelvoudige machtspositie door een fusie van deze ondernemingen, beschouwd kan worden als een versterking van die machtspositie in de zin van artikel 37(2) Mw.¹⁹ In zijn rapport in de zin van artikel 59(1) Mw neemt de d-g NMa een voorlopig standpunt in dat de landelijke omroepen een collectieve machtspositie innemen, vanwege (i) het feit dat krachtens artikel 58(2) van de Mediawet de landelijke omroepen en NOS hun beleid ten aanzien van omroepgegevens moeten coördineren, en (ii) het marktaandeel van 75% dat de omroepen op de markt van wekelijkse programmabladen in Nederland hebben.²⁰

De toepassing van het concept 'collectieve machtspositie' in het kader van de Mw staat in ieder geval niet op gespannen voet met de tekst van de toepasselijke bepalingen. Immers, krachtens artikel 1 sub i Mw is een machtspositie een '*positie van één of meer ondernemingen*' die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen [...]' (nadruk toegevoegd).²¹ Wel zou het bevreemdend zijn indien voor de toepassing van artikel 24 Mw (de afgeleide van artikel 86 EG) op collectieve machtsposities andere voorwaarden zouden gelden dan voor de toepassing van de concentratiebepalingen van Mw. Voor beide gevallen geldt immers één definitie die is neergelegd in artikel 1 sub i Mw.

10 Zie paragraaf 98 van de conclusie van a-g Tesauero in zaken C-68/94 en 30/95 van 6 februari 1997.

11 Zie het 24e Mededingingsverslag, 1994, paragraaf 305. Zie ook Briones, *Oligopolistic dominance: is there a common approach in different jurisdictions? A review of decisions adopted by the Commission under the merger regulation* [1995] 6 ECLR 334-347.

12 Zie zaken T-68/89 e.a., *Società Italiano Vetro v. Commissie*, [1992] Jur. II-1403, C-393/92, *Almelo*, [1994] Jur. I-1477 en T-24-26 en 28/93, *CMBT v. Commissie*, [1996] Jur. II-1207.

13 Zie Hawk en Huser, *European Community Merger Control: a practitioner's guide*, 1996, 220-252.

14 Wellicht kan het Gerecht duidelijkheid scheppen in de zaak T-102/96, waarin Gencor beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de Commissie om de overname door Gencor van Lonhro te verbieden, omdat een onaanvaardbare collectieve machtspositie zou ontstaan (zie Pb. 1996, C247/19).

15 Zie, supra, noot 12.

16 Zie bijvoorbeeld Winckler en Hansen, *Collective dominance under the EC merger control regulation*, CML Rev. 1993, 787-828, 828 en Soames, *An analysis of the principles of concerted practice and collective dominance: a distinction without a difference?*, [1996] ECLR 24-39, 38.

17 In beginsel is de toepassing van artikel 86 EG op wijzigingen van de marktstructuur (concentraties) niet uitgesloten (zie zaak 6/72, *Continental Can*, [1973] Jur. 215).

18 Zie Winckler en Hansen, supra, noot 16, 806.

19 Zaak 4/SEP/EPON/EPZ/EZH/UNA van 29 januari 1998, (nr. 4/45.b01), paragraaf 44 (deze concentratie is intussen door partijen afgeblazen).

20 Zaak1/Telegraaf v. HMG en NOS (nr. 1/40.R44) van 13 maart 1998, paragrafen 56 en 57.

21 Anders dan wellicht de Verdragsauteurs bij de redactie van artikel 86 EG (zie supra, noot 9), heeft de Nederlandse wetgever bij de redactie van artikel 1, sub i Mw wel gedacht aan het begrip 'onderneming', zoals ontwikkeld door de Gemeenschapsrechter (zie artikel 1, sub f Mw).

Nasleep van het arrest

Als gevolg van het arrest moest de Commissie haar huiswerk overdoen op basis van artikel 10, lid 5 van Verordening 4064/89. Krachtens deze bepaling lopen de termijnen van de verordening opnieuw vanaf de dag waarop het arrest van het Hof is gewezen. Na het arrest had de Commissie derhalve één maand de tijd om de concentratie goed te keuren althans de uitgebreide onderzoeksprocedure te openen. De Commissie heeft deze periode echter verlengd door vast te stellen dat zij niet over de volledige gegevens beschikte. Dat is niet verwonderlijk: de marktgegevens die partijen in 1993 hebben verstrekt, zullen intussen wel verouderd zijn. Pas op 8 juni 1998 is de aanmelding naar de mening van de Commissie volledig geworden.²²

In een persbericht van 13 juli 1998 deelde de Commissie mee dat zij deze overname zonder voorwaarden heeft goedgekeurd.²³ Thans bestaat naar de mening van de Commissie geen mogelijke collectieve machtspositie meer op de communautaire markt zonder Duitsland, omdat het gezamenlijke marktaandeel van K&S/MK en SCPA minder is dan 50%. Voorts heeft K&S intussen uitvoering gegeven aan haar toezeggingen: zij distribueert zelf kali in Frankrijk, Kali-Export is ontbonden²⁴ en K&S heeft haar aandelen in Potacan verkocht. Opmerkelijk is dat de Commissie de overname goedkeurt, omdat voldaan is aan de voorwaarden van een beschikking die door het Hof is vernietigd in een arrest, waaruit volgt dat het stellen van die voorwaarden niet noodzakelijk was. In beginsel kunnen SCPA en EMC nu wel schadevergoeding vorderen van de Commissie. Gezien de rechtspraak van het Gerecht en het Hof met betrekking tot schadevergoedingen lijkt de kans van slagen van een dergelijke vordering gering.

Hoe verloopt de procedure indien de Nederlandse administratieve rechter een concentratie-beschikking van de d-g NMa vernietigt? Anders dan Verordening 4064/89 voorziet de Mw niet in een specifieke regeling.

Krachtens artikel 8:72(4) Awb kan de rechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Het is niet aannemelijk dat de bestuursrechter dit snel zal bepalen. Immers, bij het opnieuw voorzien in de zaak geldt dat in beginsel moet worden uitgegaan van de ten tijde van de nieuwe beslissing geldende feiten en omstandigheden. De rechter zal meestal niet over deze feiten en omstandigheden beschikken. Zo zal de markt tussen het moment van de beschikking en de vernietiging ervan aanzienlijk kunnen zijn veranderd. Een nader onderzoek door de NMa zal dan noodzakelijk zijn.

Voor de hand ligt derhalve dat de bestuursrechter krachtens artikel 8:72(4) en (5) Awb de d-g NMa opdraagt een nieuw besluit te nemen. Het is aannemelijk dat hij zal bepalen dat dan voor het opnieuw uit te voeren onderzoek de reguliere termijnen van de Mw gelden. Bepaalt de rechter niets in zijn uitspraak, dan dient de d-g NMa 'zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is' een nieuw besluit te

nemen.²⁵ Het is zeer goed bepleitbaar dat ook dan de d-g NMa de reguliere termijnen van de Mw dient te respecteren.

²² Zie Pb. 1998, C190/3.

²³ IP/98/655.

²⁴ Ook al was de Commissiebeschikking met betrekking tot de voorwaarde dat K&S zich zou terugtrekken uit Kali-Export geschorst (zaak T-88/94 R, SCPA, ECA v. Commissie, [1994] Jur. II-40).

²⁵ Zie memorie van toelichting bij de Awb, 22 495, nr. 3, 146.