

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer — uitgebreid)

25 maart 1999 \*

In zaak T-102/96,

Gencor Ltd, vennootschap naar Zuid-Afrikaans recht, gevestigd te Johannesburg (Republiek Zuid-Afrika), vertegenwoordigd door P. Lasok, QC te Londen, J. Flynn en D. Hall, Solicitors te Londen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Loesch, advocaat aldaar, Rue Goethe 11,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweersters,

ondersteund door

\* Procestaal: Engels.

**Bondsrepubliek Duitsland**, vertegenwoordigd door E. Röder, Ministerialrat, en B. Kloke, Oberregierungsrat, als gemachtigden, Bondsministerie van Economische zaken en Technologie, te Bonn (Duitsland),

interveniënte,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van beschikking 97/26/EG van de Commissie van 24 april 1996 waarbij een concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-overeenkomst wordt verklaard (zaak nr. IV/M.619 — Gencor/Lonrho) (PB 1997, L 11, blz. 30),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: J. Azizi, kamerpresident, B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas, R. M. Moura Ramos en M. Jaeger, rechters,

griffiers: J. Palacio González en A. Mair, administrateurs

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 18 februari 1998,

het navolgende

## Arrest

### De feiten

#### 1. *De betrokken concentratie*

#### *Partijen bij de concentratie*

- 1 Gencor Ltd (hierna: «Gencor») is een vennootschap naar Zuid-Afrikaans recht. Zij is een moedermaatschappij van een concern dat hoofdzakelijk actief is in de mijnbouw- en de metaalsector.
  
- 2 Impala Platinum Holdings Ltd (hierna: «Implats») is een vennootschap naar Zuid-Afrikaans recht waarin Gencor haar activiteiten in de sector platinametalen heeft ondergebracht. Doordat de vennootschap voor 46,5 % eigendom is van Gencor en voor 53,5 % in handen van het publiek, valt zij onder de zeggenschap van Gencor in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening (EEG) nr. 4046/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1, rectificatie in PB 1990, L 257, blz. 13; hierna: «verordening nr. 4046/89»).

- 3 Lonrho Plc (hierna: «Lonrho») is een vennootschap naar Engels recht. Zij is een moedermaatschappij van een concern dat gediversifieerde activiteiten verricht in de mijnbouw- en de metaalsector, alsook in het hotelwezen, de landbouw en de handel in het algemeen.
- 4 Eastern Platinum Ltd (hierna: «Eastplats») en Western Platinum Ltd (hierna: «Westplats»), algemeen bekend onder de naam Lonrho Platinum Division (hierna: «LPD»), zijn vennootschappen naar Zuid-Afrikaans recht waarin Lonrho haar activiteiten in de sector platinametalen heeft ondergebracht. Zij zijn voor 73 % eigendom van Lonrho en via Implats voor 27 % in handen van Gencor. In verband met deze laatste deelneming hebben Gencor en Lonrho op 15 januari 1990 een aandeelhoudersovereenkomst gesloten (hierna: «aandeelhoudersovereenkomst»). Deze overeenkomst bepaalt dat elke aandeelhouder een gelijk aantal bestuurders in het bestuur benoemt, dat deze bestuurders gelijke stemrechten hebben en dat geen van hen een beslissende stem heeft. Voor bepaalde beslissingen is de goedkeuring van het bestuur nodig, met name op de volgende gebieden: diversificatie van de activiteiten van LPD, de hoogte van het uit te keren dividend, het strategisch jaarplan en de jaarlijkse begroting, goedkeuring van de jaarrekeningen en wijziging van de hoogte van de vergoeding voor aandeelhouders. Voor beslissingen over omvangrijke investeringen en afstotingen is de goedkeuring van de aandeelhouders vereist. De management-taken worden krachtens overeenkomsten tussen Eastplats en Westplats (hierna: «managementovereenkomsten») verricht door Lonrho Management Services (hierna: «LMS»), een vennootschap naar Zuid-Afrikaans recht onder zeggenschap van Lonrho.

#### *De voorgenomen concentratie*

- 5 Gencor en Lonrho waren voornemens gezamenlijk de zeggenschap over Implats te verwerven, en via die onderneming over Eastplats en Westplats (LPD). De transactie zou in twee fasen moeten plaatsvinden: in de eerste fase zouden Gencor en Lonrho de gezamenlijke zeggenschap over Implats krijgen en in de tweede fase moest Implats de uitsluitende zeggenschap verwerven over Eastplats en Westplats. In ruil voor de overdracht van haar deelneming in het kapitaal van Eastplats en Westplats zou Lonrho haar deelneming in Implats vergroten.

- 6 Na de transactie zou Implats de uitsluitende zeggenschap over Eastplats en Westplats hebben. Implats zelf zou voor 32 % eigendom zijn van Gencor, voor 32 % van Lonrho en voor 36 % in handen van het publiek. In een overeenkomst inzake de benoeming van de bestuurders en de wijze van stemmen zou verder de handelwijze van de twee grootste aandeelhouders met betrekking tot de belangrijkste vennootschappelijke kwesties worden geregeld, waarmee zij de gezamenlijke zeggenschap over Implats verwierven.

## *2. De administratieve procedure*

- 7 Op 20 juni 1995 kondigden Gencor en Lonrho aan, dat zij een kaderovereenkomst zouden sluiten om hun onderscheiden activiteiten in de sector platina-metalen te bundelen. Diezelfde dag zonden zij de Commissie een kopie van het perscommuniqué waarin de transactie werd aangekondigd.
- 8 Op 22 augustus 1995 deelde de Zuid-Afrikaanse mededingingsautoriteit («Raad op Mededinging») partijen mede, dat de transactie, gelet op de documenten die zij haar op 14 augustus 1995 hadden toegezonden, wat het Zuid-Afrikaanse mededingingsrecht betrof geen probleem opleverde.
- 9 Op 10 november 1995 ondertekenden Gencor en Lonrho een reeks overeenkomsten betreffende de concentratie. Daartoe behoorde onder meer de koopovereenkomst, waarvan de uitvoering afhankelijk was van de vervulling van bepaalde opschortende voorwaarden, waaronder de goedkeuring van de transactie door de Commissie vóór 30 juni 1996, dan wel van de overeenkomst tussen partijen tot uiterlijk 30 september 1996, zulks overeenkomstig de clausules 3.1.8 en 3.3 van die koopovereenkomst.
- 10 Op 17 november 1995 werden deze overeenkomsten en de bijlagen daarbij door middel van een CO-formulier door Gencor en Lonrho gezamenlijk bij de Commissie aangemeld overeenkomstig artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89.

- 11 Bij beschikking van 8 december 1995 gelastte de Commissie krachtens de artikelen 7, lid 2, en 18, lid 2, van deze verordening de schorsing van de totstandbrenging van de concentratie totdat zij een definitieve beschikking zou hebben vastgesteld.
  
- 12 Bij beschikking van 20 december 1995 oordeelde de Commissie, dat de concentratie aanleiding gaf tot ernstige twijfel ten aanzien van de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, zodat zij op grond van artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 besloot de procedure van die verordening in te leiden.
  
- 13 Op 13 maart 1996 verwierf de Anglo American Corporation of South Africa Ltd (hierna: «AAC») een belang van 6 % in het kapitaal van Lonrho met een voorkeursrecht op nog eens 18 %. Via de aan haar gelieerde vennootschap Amplats, de grootste leverancier ter wereld, is zij de voornaamste concurrent van Gencor en Lonrho in de sector platinametalen.
  
- 14 Na een vergadering met de Commissie op 13 maart 1996 gingen verzoekster en Lonrho besprekingen aan met de diensten van de Commissie om te onderzoeken, of zij verbintenissen konden voorstellen als bedoeld in artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89.
  
- 15 Op 27 maart 1996 deelde de Commissie Gencor en Lonrho mede, dat de concentratie haar vooral zorgen baarde vanwege een eventuele productiebeperking, die de prijzen zou kunnen opdrijven. Zij herinnerde eraan, dat verbintenissen die betrekking hebben op gedragingen, normaliter niet door het gemeenschapsgezag worden aanvaard.

- 16 Na een reeks vergaderingen en voorstellen terzake dienden Gencor en Lonrho op 1 april 1996 de laatste versie van de door hen voorgestelde verbintenissen in. Deze verbintenissen betroffen onder meer de productiecapaciteit van een bepaalde vestiging.
- 17 Bij schrijven van 2 april 1996 bekritiseerde de Commissie deze voorstellen, omdat de verbintenissen haar bezorgdheid niet wegnamen. Zij wees in het bijzonder op de moeilijkheden als gevolg van de verificatie van de verbintenissen en op de problemen die zouden ontstaan indien de concentratie wegens niet-nakoming van de verbintenissen nietig zou worden verklaard. Verder schreef zij, dat de voorstellen geen rekening hielden met de te verwachten ontwikkeling van de vraag.
- 18 Op 9 april 1996 bracht het Adviescomité voor concentraties (hierna: «Adviescomité») advies uit over de concentratie en de door verzoekster en Lonrho voorgestelde verbintenissen. Het was het met de ontwerpbeschikking van de Commissie eens op het punt van de aard van de concentratie, de communautaire dimensie, de betrokken markten en het betrokken geografische afzetgebied, alsook het feit dat de verbintenissen tekortschoten. Een meerderheid van de leden stemde in met het oordeel van de Commissie, dat de concentratie een oligopolistische machtspositie op de betrokken markten zou doen ontstaan, alsmede met haar conclusie, dat de transactie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de Europese Economische Ruimte (hierna: «EER»). Een minderheid van de leden betwijfelde of verordening nr. 4064/89 op oligopolistische machtsposities kon worden toegepast, zodat zij zich niet uitsprak over de vraag, of de concentratie al dan niet verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER.
- 19 Op 19 april 1996 stelde de Zuid-Afrikaanse onderminister van Buitenlandse zaken de Commissie officieel in kennis van de opmerkingen van zijn regering over de voorgenomen concentratie. In die brief beperkte hij zich tot de verklaring, dat hij het mededingingspolitieke standpunt van de Commissie op het gebied van concentraties en samenspanningen niet wilde betwisten, doch dat hij, gelet op het belang van de minerale rijkdommen voor de Zuid-Afrikaanse economie, er de voorkeur aan gaf eerst tegen samenspanningen op te treden zodra deze daadwerkelijk aan het licht zouden treden. In dit specifieke geval was de Zuid-

Afrikaanse regering van oordeel, dat in bepaalde situaties twee concurrenten van gelijke sterkte te verkiezen waren boven één mijnbouwonderneming met een machtspositie in de sector. Hoewel de grootste platinareserves in zijn land waren gelegen, zouden de reserves elders, afgezien van het grote potentieel in Zimbabwe, theoretisch twintig jaar in de vraag kunnen voorzien. Ten slotte verklaarde de Zuid-Afrikaanse regering deze kwesties nader met de Commissie te willen onderzoeken, en verzocht zij, de beslissing tot na het overleg uit te stellen.

- 20 Bij beschikking 97/26/EG van 24 april 1996 (PB 1997, L 11, blz. 30; hierna: « bestreden beschikking ») verklaarde de Commissie op grond van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de EER, omdat deze zou hebben geleid tot het ontstaan van een duopolistische machtspositie van Amplats en Implats/LPD op de wereldmarkt voor platina en rodium, met als gevolg dat de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt op significante wijze zou worden belemmerd.
- 21 Bij brief van 21 mei 1996 deelde Lonrho verzoekster mede, dat zij de in de koopovereenkomst gestelde termijn voor de vervulling van de opschortende voorwaarden niet van 30 juni tot 30 september 1996 wilde verlengen, indien de in clausule 3.1.8 van de overeenkomst genoemde voorwaarde (goedkeuring van de concentratie door de Commissie) niet binnen de gestelde termijn zou worden vervuld.

### De gerechtelijke procedure

- 22 Op 28 juni 1996 heeft verzoekster dit beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen de bestreden beschikking.

- 23 Op 3 december 1996 heeft verzoekster overeenkomstig de artikelen 49, 64 en 65 van het Reglement voor de procesvoering een verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang of maatregelen van instructie ingediend, teneinde de juridische status en de draagwijdte van de officiële brieven van de Zuid-Afrikaanse mededingingsautoriteiten, alsook de werkingsfeer en de toepassingsvoorwaarden van het Zuid-Afrikaanse mededingingsrecht precies te doen vaststellen.
- 24 Op 18 december 1996, 24 januari en 30 juli 1997 heeft de Commissie haar opmerkingen naar aanleiding van dit verzoek ingediend.
- 25 Op 25 november en 3 december 1996 hebben de Bondsrepubliek Duitsland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland verzocht, te mogen interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.
- 26 Op 11 december 1996 en 3 januari 1997 heeft verzoekster verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in de processtukken ten aanzien van de Bondsrepubliek Duitsland, respectievelijk het Verenigd Koninkrijk.
- 27 Op 19 februari 1997 heeft het Gerecht verzoekster en Lonrho verzocht, een aantal vragen betreffende de ontvankelijkheid van het beroep te beantwoorden en bepaalde stukken over te leggen. Op 1 april, respectievelijk 10 maart 1997 hebben verzoekster en Lonrho de vragen van het Gerecht beantwoord. Verzoekster heeft de verlangde documenten overgelegd, met name de op 15 januari 1990 door Eastplats en Westplats met LMS gesloten managementovereenkomsten en de eveneens op 15 januari 1990 gesloten overeenkomst tussen Gencor en Lonrho inzake de zeggenschap over LPD, de zogenoemde aandeelhoudersovereenkomst.
- 28 Bij beschikking van 3 juni 1997 heeft de president van de Vijfde kamer (uitgebreid) van het Gerecht de Bondsrepubliek en het Verenigd Koninkrijk van

Groot-Brittannië en Noord-Ierland toegelaten tot interventie en het verzoek om vertrouwelijke behandeling ten dele ingewilligd.

29 Op 27 juni 1997 heeft verzoekster een aanvullend verzoek om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in de processtukken ingediend.

30 Bij beschikking van 16 juli 1997 heeft de president van de Vijfde kamer (uitgebreid) van het Gerecht dit verzoek ingewilligd.

31 Op 22 september 1997 heeft het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland van interventie afgezien. Op 26 september 1997 heeft de Bondsrepubliek Duitsland haar memorie in interventie ingediend.

32 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en is verzoekster en de Commissie in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang krachtens artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering verzocht, de volledige tekst over te leggen van de verbintenissen die gedurende de administratieve procedure door de partijen bij de concentratie waren voorgesteld. Partijen hebben het verlangde document op 6, respectievelijk 12 februari 1998 overgelegd.

33 De partijen zijn ter terechtzitting van 18 februari 1998 gehoord in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht.

34 Bij schrijven van 17 juli 1998 heeft het Gerecht verzoekster gevraagd of zij, gelet op 's Hofs arrest van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie (C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375), afzag van het middel, dat concentraties waardoor

een collectieve machtspositie ontstaat, niet binnen de werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 vallen. Verzoekster heeft deze vraag van het Gerecht bij brief van 29 juli 1998 beantwoord.

### Conclusies van partijen

35 Verzoekster concludeert, dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

36 De Commissie concludeert, dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het als ongegrond te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

- 37 De Bondsrepubliek Duitsland concludeert tot verwerping van het beroep.

## De ontvankelijkheid

### *Argumenten van verweerster*

- 38 De Commissie voert aan, dat het beroep niet-ontvankelijk is, omdat verzoekster geen procesbelang meer heeft. Verzoeksters rechtspositie wordt immers niet gewijzigd indien zij door het Gerecht in het gelijk wordt gesteld, daar de aangemelde concentratie niet meer kan worden uitgevoerd.
- 39 De Commissie beklemtoont dienaangaande, dat de voorgenomen concentratie tussen Gencor en Lonrho van een aantal opschortende voorwaarden afhangt, waaronder de goedkeuring van de Commissie ingevolge artikel 6, lid 1, sub a of b, dan wel artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89. Zij wijst erop, dat deze voorwaarde uiterlijk 30 juni 1996 moest zijn vervuld, op straffe van nietigheid van de gehele koopovereenkomst overeenkomstig clausule 3.3 daarvan. Ten slotte merkt de Commissie op, dat verlenging van deze termijn tot 30 september 1996, hetgeen krachtens dezelfde clausule mogelijk was op basis van schriftelijke overeenstemming tussen de partijen, door Lonrho bij brief van 21 mei 1996 was afgewezen.

### *Beoordeling door het Gerecht*

- 40 Er zij aan herinnerd, dat een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk is, wanneer de verzoeker belang

heeft bij nietigverklaring van de bestreden handeling (arrest Gerecht van 9 november 1994, Scottish Football/Commissie, T-46/92, Jurispr. blz. II-1039, punt 14). Van een dergelijk belang is slechts sprake, indien de nietigverklaring van de handeling op zichzelf rechtsgevolgen kan hebben (arrest Hof van 24 juni 1986, Akzo Chemie/Commissie, 53/85, Jurispr. blz. 1965, punt 21).

- 41 Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat volgens artikel 176 EG-Verdrag de instelling die de bestreden handeling heeft vastgesteld, gehouden is de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest. Deze maatregelen hebben geen betrekking op de verwijdering van de handeling uit de communautaire rechtsorde, daar zulks een gevolg is van de rechterlijke nietigverklaring zelf. Zij betreffen vooral het tenietdoen van de gevolgen van de betrokken handeling waarop de vastgestelde onwettigheden van invloed zijn. De nietigverklaring van een handeling die reeds is uitgevoerd of die inmiddels met ingang van een bepaalde datum is ingetrokken, kan nog steeds rechtsgevolgen hebben. De handeling kan immers rechtsgevolgen hebben gehad in de periode waarin zij van kracht was en deze gevolgen behoeven niet noodzakelijkerwijs te zijn weggenomen door de intrekking van de handeling. Een beroep tot nietigverklaring is ook ontvankelijk indien daarmee kan worden voorkomen, dat de beweerde onwettigheid zich nog eens in de toekomst voordoet. Daarom is een nietigverklaringsarrest de grondslag waarop de betrokken instelling ertoe kan worden gebracht de verzoeker alsnog recht te doen wedervaren of te vermijden dat een soortgelijke handeling wordt vastgesteld (zie arresten Hof van 6 maart 1979, Simmenthal/Commissie, 92/78, Jurispr. blz. 777, punt 32, en 26 april 1988, Apesco/Commissie, 207/86, Jurispr. blz. 2151, punt 16, alsmede arrest Akzo Chemie/Commissie, reeds aangehaald, punt 21).
- 42 De bestreden beschikking waarbij de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, is tot verzoekster gericht, zodat zij een procesbelang heeft en er belang bij heeft, dat de wettigheid van die beschikking door de gemeenschapsrechter wordt getoetst.
- 43 Verder kan de bestreden beschikking, zoals verzoekster stelt, leiden tot wijziging van haar rechtspositie als potentiële verkrijger van de deelneming van Lonrho in LPD.

- 44 Krachtens artikel 11 van de aandeelhoudersovereenkomst (met name 11.1 en 11.6) heeft Gencor bij verkoop of voorgenomen beursnotering door Lonrho van een gedeelte van haar deelneming van 73 % in LPD immers het recht om dat gedeelte geheel of gedeeltelijk te kopen. Ook wanneer één van de tussenvennootschappen die aandelen in LPD bezit, het Lonrho-concern verlaat en een derde 51 % van het kapitaal van Lonrho verwerft, komen Gencor rechten van verkrijging toe. Derhalve moet worden vastgesteld, dat de bestreden beschikking de uitoefening van deze voorkeursrechten zou beletten.
- 45 Ten slotte zou het standpunt van de Commissie ertoe leiden, dat de wettigheid van in het kader van verordening nr. 4064/89 gegeven bezwarende beschikkingen slechts door de rechter zou kunnen worden getoetst, indien de contractuele grondslag van de concentratie is weggefallen, voordat het Gerecht zich uitspreekt. Het wegvallen van de grondslag van de concentratie is op zichzelf evenwel geen omstandigheid die toetsing van de wettigheid van de beschikking van de Commissie uitsluit.
- 46 De door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid moet bijgevolg worden verworpen.

### Ten gronde

- 47 Tot staving van haar beroep voert verzoekster verschillende middelen aan: onbevoegdheid van de Commissie ten aanzien van de betrokken concentratie, alsmede schending van artikel 190 van het Verdrag; schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89, aangezien concentraties waardoor een collectieve machtspositie ontstaat, niet binnen de werkingssfeer van de verordening vallen, alsmede schending van artikel 190 van het Verdrag; schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89, doordat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld dat door de concentratie een collectieve machtspositie ontstaat, alsmede schending van artikel 190 van het Verdrag; en, ten slotte, schending van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89, alsmede schending van artikel 190 van het Verdrag.

I — *De middelen betreffende schending van verordening nr. 4064/89 aangezien zij de Commissie niet de bevoegdheid zou verlenen de onderhavige concentratie op haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt te toetsen, en schending van artikel 190 van het Verdrag*

*Argumenten van partijen*

- 48 Verzoekster stelt primair, dat verordening nr. 4064/89 de Commissie niet de bevoegdheid verleent, te onderzoeken of de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Subsidiair stelt zij, dat indien verordening nr. 4064/89 wel deze bevoegdheid mocht verlenen, de verordening op grond van artikel 184 van het Verdrag buiten toepassing dient te blijven omdat zij onwettig is.
- 49 Verordening nr. 4064/89 was niet van toepassing, omdat de concentratie betrekking had op economische activiteiten op het grondgebied van een derde land, te weten Zuid-Afrika, en door de autoriteiten van dat land was goedgekeurd. De verordening is slechts van toepassing op concentraties binnen de Gemeenschap.
- 50 Deze conclusie is in overeenstemming met het territorialiteitsbeginsel, een algemeen volkenrechtelijk beginsel dat de Gemeenschap in de uitoefening van haar bevoegdheden behoort te eerbiedigen (arresten Hof van 27 september 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85—129/85, *Jurispr. blz. 5139*; hierna: «houtslipparrest», punt 18, en 24 november 1992, *Poulsen en Diva Navigation*, C-286/90, *Jurispr. blz. I-6019*, punt 9).
- 51 De rechtsgrondslagen waarop de Raad zich bij de vaststelling van verordening nr. 4064/89 heeft gebaseerd, te weten de artikelen 87 en 235 van het Verdrag, kunnen niet met voorbijgaan aan dit beginsel worden uitgelegd om tot een extraterritoriale bevoegdheid te komen. De in de artikelen 85 en 86 genoemde

beginselen waarnaar in artikel 87 wordt verwezen en de doelstellingen van de Gemeenschap waarnaar artikel 235 verwijst, hebben immers slechts betrekking op de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt, en niet op concurrentie tussen binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde ondernemingen en ondernemingen daarbuiten, noch op concurrentie tussen buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde ondernemingen. Dit volgt zowel uit de voorwaarde van de artikelen 85 en 86, dat de handel tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed, als uit de doelstellingen van de Gemeenschap, genoemd in de artikelen 2 en 3, sub g, van het Verdrag.

- 52 Deze beperking van de werkingssfeer van de mededingingsregels komt tevens tot uitdrukking in de eerste tot en met vijfde en de negende tot en met elfde overweging van de considerans van verordening nr. 4064/89, alsmede in artikel 2 daarvan, waaruit blijkt, dat de verordening slechts betrekking heeft op concentraties die effect sorteren binnen de gemeenschappelijke markt.
- 53 Hoewel verordening nr. 4064/89 haar werkingssfeer niet uitdrukkelijk afbakt naar de plaats waar de concentratie plaatsvindt, kan uit de dertigste overweging van de considerans en uit artikel 24 worden opgemaakt, dat een concentratie in een derde land waaraan ondernemingen uit de Gemeenschap deelnemen, niet onder de bevoegdheid van de Commissie valt, maar onder die van de autoriteiten van dat land.
- 54 Verzoekster preciseert dat haar standpunt niet betekent, dat verordening nr. 4064/89 alleen op concentraties van in de Gemeenschap gevestigde ondernemingen van toepassing is. Niet zozeer de plaats waar de betrokken ondernemingen zijn gevestigd, is van belang, als wel de plaats(en) waar de concentratie plaatsvindt. Verzoekster beroept zich op dit punt op 's Hofs arrest van 21 februari 1973, *Europemballage en Continental Can/Commissie* (6/72, *Jurispr.* blz. 215), waarin de Commissie bevoegd werd geacht artikel 86 van het Verdrag toe te passen op een concentratie die door een buiten de Gemeenschap gevestigde onderneming tot stand werd gebracht, daar het ging om de verwerving van een deelneming in een onderneming in de Gemeenschap.

- 55 Verordening nr. 4064/89 is dus slechts van toepassing op situaties waarin de bij de concentratie betrokken activiteiten in de Gemeenschap plaatsvinden. De verordening is meer bepaald van toepassing op ondernemingen die wezenlijke activiteiten ontplooiën in de Gemeenschap, zoals uit de elfde overweging van de considerans blijkt. In casu vindt de bij de Commissie aangemelde concentratie plaats in Zuid-Afrika, waar het voornaamste arbeidsterrein van de betrokken ondernemingen is gelegen, te weten de winning en raffinage van platinametalen. De omstandigheid dat Lonrho een dochteronderneming met een kantoor in de Gemeenschap heeft voor de afzet van haar gehele productie van platinametalen, en het feit dat zij in de Gemeenschap verder nog activiteiten verricht in het hotelwezen en in de handel in het algemeen, rechtvaardigen niet de conclusie, dat zij in de Gemeenschap wezenlijke activiteiten uitoefent in de zin van de elfde overweging van de considerans.
- 56 Volgens verzoekster strookt haar standpunt met het houtslijparrest, waarin met betrekking tot een prijsafsprake is bevestigd, dat de Gemeenschap haar mededingingsregels op binnen de gemeenschappelijke markt plaatsvindende handelsbeperkende gedragingen van buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen mag toepassen, wanneer de betrokken overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging is ontsproten aan of wordt uitgevoerd op het grondgebied van de Gemeenschap. In casu ontspruit de concentratie evenwel niet aan en wordt zij niet uitgevoerd op het grondgebied van de Gemeenschap, doch het grondgebied van de Republiek Zuid-Afrika. De concentratie betreft dus in de eerste plaats het industrie- en mededingingsbeleid van een derde land. De Commissie was territoriaal dus niet bevoegd (houtslijparrest, punten 11-18, en de conclusie van advocaat-generaal Darmon bij dat arrest, punt 20).
- 57 Zelfs indien het bevoegdheidscriterium van verordening nr. 4064/89 is, dat de concentratie onmiddellijke en wezenlijke gevolgen moet hebben voor de mededinging binnen de Gemeenschap, dan nog is in casu niet aan dat criterium voldaan.
- 58 In de eerste plaats heeft de Commissie vastgesteld (punten 206 en 210 van de considerans van de bestreden beschikking), dat de concentratie op de middellange termijn zou kunnen leiden tot het ontstaan van een duopolie met een machtspositie op de wereldmarkten voor platina en rodium. Deze vaststelling is evenwel

onvoldoende om de toepassing van het criterium van de onmiddellijke en wezenlijke gevolgen op de onderhavige casus te kunnen rechtvaardigen. De term «middellange termijn» is vaag, omdat dit ofwel kan betekenen, dat eerst op middellange termijn een machtspositie ontstaat, ofwel dat deze op den duur verdwijnt. In het eerste geval heeft de concentratie geen onmiddellijke gevolgen, omdat de gevolgen afhangen van de toekomstige gedragingen van zowel de uit de concentratie voortgekomen onderneming als het andere lid van het duopolie, te weten Amplats. In het tweede geval is geen sprake van wezenlijke gevolgen, daar de gevolgen van voorbijgaande aard zijn.

- 59 In de tweede plaats zijn de relevante markten wereldmarkten, zodat de eventuele machtspositie als gevolg van de concentratie de Gemeenschap niet meer raakt dan enig ander rechtsgebied, zodat de concentratie geen wezenlijke gevolgen heeft. De bestreden beschikking (punten 16, 18 en 98 van de considerans) claimt voor de Gemeenschap geen bevoegdheid die verder gaat dan die van de Republiek Zuid-Afrika of van derde landen, met name Japan en de Verenigde Staten, doch vermeldt enkel, dat de betrokken markten wereldmarkten zijn, dat het Europese verbruik bijna 20 % van de mondiale vraag naar platinametalen uitmaakt (voor platina gemiddeld 17 %) en dat eventuele gevolgen voor de wereldmarkten zich noodzakelijkerwijs in de Gemeenschap en de EER zouden doen gevoelen. Deze omstandigheden zijn evenwel onvoldoende om de Commissie bevoegd te kunnen achten en om de beschikking te kunnen motiveren overeenkomstig de vereisten van artikel 190 van het Verdrag.

- 60 Uit de sectorieel en geografisch uitgesplitste mondiale vraag naar platina en rodium blijkt dat West-Europa (waaronder de Gemeenschap), waar in de periode 1991-1995 het verbruik slechts 17 tot 22 % van de mondiale vraag bedroeg, zeer licht wordt geraakt door een concentratie die elders tot stand komt en genoemde regio minder raakt dan Japan, waar in dezelfde periode het verbruik tussen 47 en 51 % van de mondiale vraag lag, of Noord-Amerika (waaronder de Verenigde Staten), waar het verbruik in dezelfde periode tussen 19 en 21 % van de mondiale vraag bedroeg. Deze conclusie wordt bevestigd door de relatief geringe markt-aandelen [in 1994 circa ( ) \*% voor platina en ( ) % voor rodium] en de geringe gezamenlijke omzet [in 1994 circa ( ) miljoen ECU enkel voor platina], die met de platina- en rodiumactiviteiten van beide bij de concentratie betrokken onder-

\* — Vertrouwelijke gegevens.

nemingen in de Gemeenschap werd behaald. Bij de bepaling van de communautaire dimensie van de concentratie dient ter berekening van de omzet van de betrokken ondernemingen in de zin van artikel 5 van verordening nr. 4064/89 slechts te worden uitgegaan van het begrip vennootschap of rechtspersoon en niet van het begrip onderneming in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (zie bestreden beschikking, punten 24, 34, 44, 56, 98, 100 en 209 van de considerans en tabel 6 in punt 96).

- 61 Wat in de derde plaats het ontstaan van een duopolistische machtspositie op de platina- en rodiummarkt betreft: het gevaar van samenspanning of parallelle gedragingen van de leden van het oligopolie is primair een aangelegenheid voor de Zuid-Afrikaanse mededingingsautoriteiten. Dat zou slechts anders zijn, indien aan de voorwaarden van het houtslipparrest werd voldaan. Onderhavige zaak verschilt evenwel van de zaak waarin dat arrest is gewezen, aangezien het in die zaak niet om een concentratie in een derde land ging, maar om een prijsafpraak die rechtstreeks op de Gemeenschap was gericht en aldaar tot uitvoering werd gebracht (zie houtslipparrest, punt 13). Hoe dan ook, de Commissie kan zich ten aanzien van een concentratie die eventueel onder haar bevoegdheid krachtens het Verdrag valt, niet bevoegd verklaren op basis van een toekomstige en hypothetische gedraging van de ondernemingen die op de betrokken markt actief zijn.
- 62 In de laatste plaats was ten aanzien van de litigieuze overeenkomsten een besluit genomen door de Zuid-Afrikaanse mededingingsautoriteit, de Raad op Mededinging, van 22 augustus 1995. In dat besluit werd erkend, dat de aangemelde transactie wat het Zuid-Afrikaanse mededingingsbeleid betreft geen moeilijkheden opleverde. De transactie was derhalve in overeenstemming met het recht van de plaats waar zij zou worden uitgevoerd; indien de Commissie de concentratie onwettig verklaart, moet dus wel een competentiegeschil met de Zuid-Afrikaanse autoriteiten ontstaan. De Zuid-Afrikaanse onderminister van Buitenlandse zaken had in zijn brief aan de Commissie van 19 april 1996 duidelijk van zijn bezorgdheid op dit punt doen blijken. Het competentiegeschil vindt zijn oorsprong in het feit, dat door de concentratie de industriële structuur van een derde land, in casu Zuid-Afrika, wordt gewijzigd, wat voor de betrokken ondernemingen, maar ook voor de economie van de betrokken staat, ingrijpender

gevolgen heeft dan eenvoudige overeenkomsten. Het claimen van bevoegdheid ten aanzien van dergelijke wijzigingen impliceert bijgevolg een verdergaande inmenging in de interne aangelegenheden van die staat.

- 63 Ten slotte kan uit het relatief geringe effect van de concentratie binnen de Gemeenschap worden afgeleid, dat iedere wettige rechtvaardigingsgrond ontbreekt en dat de bevoegdheidsclaim van de Commissie onevenredig is.
- 64 De Commissie stelt, dat haar bevoegdheid op twee essentiële grondslagen berust. De eerste is het nationaliteitsbeginsel, op grond waarvan zij *ratione personae* bevoegd is kennis te nemen van gedragingen van Lonrho, een vennootschap die is opgericht naar het recht van een lidstaat. De tweede grondslag is het territorialiteitsbeginsel.
- 65 Om te beginnen merkt de Commissie op, dat het de partijen bij de concentratie zijn die haar hebben verzocht hun concentratie op haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt en de EER te toetsen: zij hadden haar hun overeenkomst toegestuurd en de uitvoering daarvan afhankelijk gesteld van de goedkeuring van de Commissie. Gelet op de beginselen «*nemo auditur*» en «*venire contra factum proprium*», kan een van de partijen thans niet doen, alsof partijen zich niet vrijwillig aan verordening nr. 4064/89 hadden onderworpen.
- 66 De Commissie bestrijdt verzoeksters argumenten betreffende het criterium inzake de plaats waar de door de concentratie geraakte economische activiteit plaatsvindt, alsook de criteria en modaliteiten ter zake van haar bevoegdheid in het kader van verordening nr. 4064/89.
- 67 Ten aanzien van de plaats waar de door de concentratie geraakte economische activiteit plaatsvindt, preciseert zij, dat zij het weliswaar met verzoekster eens is,

dat verordening nr. 4064/89 evenals de artikelen 85 en 86 van het Verdrag betrekking hebben op de concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt, doch daaraan in casu niet dezelfde conclusie verbindt. Daar aan de bestreden beschikking immers de overweging ten grondslag ligt, dat de aangemelde concentratie, hoewel tot stand gebracht in Zuid-Afrika in de vorm van een hergroepering van productiemiddelen, wereldwijd tot uitvoering wordt gebracht en wegens de mondiale dimensie van de geografische markt op zowel mondiale als communautaire schaal de mededingingsstructuur van de betrokken markten zal wijzigen, is het onjuist te stellen, gelijk verzoekster doet, dat de beschikking niet de regulering van economische activiteiten op het grondgebied van de Gemeenschap betreft. Partijen delven weliswaar geen platina in de Gemeenschap, doch aldaar vindt een niet onaanzienlijk deel van hun activiteiten plaats.

68 De Commissie baseert haar redenering op het houtslipparrest en de conclusie van advocaat-generaal Darmon bij dit arrest, en wijst erop, dat het in die zaak niet zozeer ging om de vestigingsplaats van de betrokken ondernemingen als wel om de concurrentieverstorende gevolgen op het grondgebied van de Gemeenschap. In de onderhavige zaak zou dus niet de vestigingsplaats van de ondernemingen, maar de wijziging van de mededingingsstructuur binnen de gemeenschappelijke markt centraal moeten staan. Daarbij gaat het niet om de winning of raffinage van de betrokken producten, zoals verzoekster betoogt, doch om de afzet van platina binnen de Gemeenschap.

69 Op het punt van de criteria en modaliteiten ter zake van de internationale bevoegdheid van de Gemeenschap uit hoofde van verordening nr. 4064/89 is de Commissie van oordeel, dat de bestreden beschikking strookt met de in het houtslipparrest gekozen oplossingen; in dat arrest heeft het Hof de noodzakelijke elementen van de gedraging genoemd, te weten de vorming van het kartel en het in praktijk brengen ervan, waarna het vaststelde, dat aan de afspraak uitvoering is gegeven binnen de gemeenschappelijk markt. Aan de in geding zijnde concentratie wordt wereldwijd uitvoering gegeven en zij wijzigt de mededingingsstructuur over de gehele wereld. De Commissie is derhalve bevoegd op grond van de klassieke regels inzake internationale bevoegdheid; deze conclusie wordt bevestigd door het feit, dat LPD haar producten wereldwijd afzet via Western Metal Sales, de te Brussel gevestigde Belgische dochteronderneming van Lonrho.

- 70 Verzoeksters betoog inzake de wezenlijke en onmiddellijke gevolgen ontbeert naar het oordeel van de Commissie iedere grondslag, daar de bestreden beschikking treffend de wezenlijke en onmiddellijke gevolgen voor de mededingingsstructuur binnen de gemeenschappelijke markt en de EER weergeeft.
- 71 Wat een eventueel competentiegeschil met de Zuid-Afrikaanse autoriteiten betreft: deze concentratie zal weinig gevolgen hebben voor de mededingings-situatie in Zuid-Afrika, aangezien de vraag naar platina in dat land zeer gering is. De Commissie vergelijkt de voorgenomen concentratie dan ook met een exportkartel, dat in principe geen effect op de mededingingsstructuur van de landen van de deelnemende ondernemingen heeft, en waarvan de gevolgen door de autoriteiten van die landen zelfs gunstig kunnen worden geacht.
- 72 De Duitse regering betoogt, dat aan de hand van verordening nr. 4064/89 de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt en de EER kan worden beoordeeld. Dit standpunt voldoet zowel aan de beginselen van het volkenrecht als aan de rechtspraak van het Hof inzake artikel 85 van het Verdrag.
- 73 In de eerste plaats regelt verordening nr. 4064/89 zelf haar extraterritoriale werkingssfeer. In de elfde overweging van de considerans, gelezen in samenhang met artikel 1, lid 2, sub b, blijkt immers een specifieke conflictenregel voor buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen besloten te liggen. De elfde overweging betreft met name de toepassing van het criterium van artikel 1, lid 2, sub b — de voorwaarde dat de totale omzet die door ten minste twee van de bij de concentratie betrokken ondernemingen in de Gemeenschap is behaald, meer dan 250 miljoen ECU moet bedragen — op ondernemingen waarvan het voornaamste arbeidsterrein niet binnen de Gemeenschap ligt, maar die daar wel wezenlijke activiteiten ontplooiën. In casu komt de concentratie boven deze drempel uit en heeft de Commissie in haar beschikking de gevolgen van de concentratie op de gemeenschappelijke markt afdoende weergegeven.

- 74 In de tweede plaats, wat de overeenstemming van dit standpunt met het volkenrecht betreft, verklaart de Duitse regering, dat zowel de in verordening nr. 4064/89 neergelegde conflictenregel als de toepassing daarvan op het onderhavige geval voldoen aan de criteria van de «effectleer», ook wel het beginsel van de objectieve territorialiteit genoemd. Dat door elk van de twee bij de concentratie betrokken ondernemingen in de Gemeenschap een omzet van ten minste 250 miljoen ECU is behaald, vormt een toereikend aanknopingspunt. Verder bevestigen de feiten die de Commissie in haar bespreking van de effecten van de concentratie op de EER vermeldt, dat de extraterritoriale toepassing van verordening nr. 4064/89 in overeenstemming is met het volkenrecht.
- 75 Zich aansluitend bij het betoog van de Commissie op dit punt, merkt de Duitse regering in de derde plaats op, dat haar uitlegging van verordening nr. 4064/89 niet in tegenspraak is met het houtslijparrest.

### *Beoordeling door het Gerecht*

- 76 Het argument van de Commissie, dat verzoekster zich vrijwillig aan haar bevoegdheid heeft onderworpen doordat zij haar de concentratieovereenkomst ter toetsing had toegezonden en de uitvoering daarvan afhankelijk had gesteld van haar goedkeuring, moet worden afgewezen. Op niet-nakoming van de ingevolge de artikelen 4 en 7 van verordening nr. 4064/89 voor iedere concentratie geldende verplichting tot aanmelding en schorsing worden in artikel 14 immers zware geldboeten gesteld. Uit de aanmelding of schorsing van de totstandbrenging van de concentratieovereenkomst kan derhalve niet worden afgeleid, dat verzoekster zich daarmee vrijwillig aan de bevoegdheid van de Gemeenschap zou hebben onderworpen. Verder moet de Commissie, alvorens te kunnen beoordelen of zij bevoegd is ten aanzien van een concentratie, deze eerst kunnen onderzoeken, vandaar dat op de partijen bij de concentratie een aanmeldingsverplichting rust. Deze verplichting prejudicieert niet de bevoegdheid van de Commissie om uitspraak te doen over de betrokken concentratie.

77 In casu moeten twee vragen worden onderzocht. Eerst moet worden nagegaan, of een concentratie als de onderhavige binnen de werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 valt, en vervolgens, indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, of toepassing van de verordening in strijd is met de volkenrechtelijke regels inzake de bevoegdheid van staten.

### 1. De beoordeling van de territoriale werkingssfeer van verordening nr. 4064/89

78 Verordening nr. 4064/89 is volgens artikel 1 daarvan van toepassing op alle concentraties die van communautaire dimensie zijn, dat wil zeggen op alle concentraties van ondernemingen die elk niet meer dan twee derde van hun totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behalen en waarvan de gezamenlijke totale omzet die over de gehele wereld wordt behaald, meer dan vijf miljard ECU, en de totale omzet die in de Gemeenschap door ten minste twee van de betrokken ondernemingen afzonderlijk wordt behaald, meer dan 250 miljoen ECU bedraagt.

79 Artikel 1 van de verordening bepaalt niet, dat een concentratie enkel als concentratie van communautaire dimensie kan worden aangemerkt, indien de betrokken ondernemingen in de Gemeenschap zijn gevestigd of de productie-activiteiten waarop de concentratie betrekking heeft, op het grondgebied van de Gemeenschap worden verricht.

80 Met betrekking tot het omzetcriterium moet worden vastgesteld, dat de betrokken concentratie, gelijk in punt 13 van de considerans van de bestreden beschikking wordt uiteengezet, een communautaire dimensie heeft als bedoeld in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 4064/89. De betrokken ondernemingen hebben immers een totale mondiale omzet van meer dan 10 miljard ECU, dus meer dan de bij verordening nr. 4064/89 vastgestelde drempel van 5 miljard ECU. Uit de resultaten van het laatste boekjaar blijkt dat zowel Gencor als Lonrho in de Gemeenschap elk een omzet van meer dan 250 miljoen ECU behalen. Ten slotte behalen Gencor en Lonrho ieder afzonderlijk niet meer dan

twee derde van hun totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat.

- 81 De aan de rechtsgrondslagen en de bewoordingen van de considerans en de bepalingen van verordening nr. 4064/89 ontleende argumenten waarmee verzoekster betoogt, dat de verordening niet op de in geding zijnde concentratie kan worden toegepast, kunnen niet worden aanvaard.
- 82 Immers, zowel de rechtsgrondslagen van verordening nr. 4064/89, te weten de artikelen 87 en 235 van het Verdrag en meer in het bijzonder de bepalingen waaraan zij uitvoering beogen te geven, dat wil zeggen de artikelen 3, sub g, en 85 en 86 van het Verdrag, als de eerste tot en met vijfde, negende en elfde overweging van haar considerans brengen immers slechts de noodzaak naar voren, te waarborgen dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst, onder meer door concentraties waardoor een machtspositie ontstaat of wordt versterkt. Door het daarin bepaalde worden concentraties die, ofschoon zij winnings- en/of productieactiviteiten buiten de Gemeenschap betreffen, een machtspositie doen ontstaan of versterken ten gevolge waarvan de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt op significante wijze wordt belemmerd, geenszins van de werkingssfeer van de verordening uitgesloten.
- 83 Meer in het bijzonder kan het slot van de elfde overweging van de considerans van verordening nr. 4064/89 niet als grondslag voor verzoeksters betoog dienen.
- 84 Volgens deze overweging «is sprake van een concentratie van communautaire dimensie (...) wanneer de concentraties tot stand worden gebracht door ondernemingen welke voornaamste arbeidsterrein niet binnen de Gemeenschap ligt, maar die er wel wezenlijke activiteiten ontplooiën».

- 85 Door aldus in algemene bewoordingen van «wezenlijke activiteiten» te spreken, kent de verordening voor de afbakening van haar territoriale werkingssfeer aan productieactiviteiten niet meer gewicht toe dan aan verkoopactiviteiten. Integendeel, in artikel 1 van de verordening worden op de mondiale en communautaire omzet van de betrokken ondernemingen gebaseerde kwantitatieve drempels vastgelegd, zodat daarin veeleer aan de verkoopactiviteiten binnen de gemeenschappelijke markt meer gewicht wordt toegekend als factor die de concentratie met de Gemeenschap verbindt. Vaststaat, dat Gencor en Lonrho aanzienlijke hoeveelheden in de Gemeenschap hebben afgezet (ter waarde van meer dan 250 miljoen ECU).
- 86 De relevantie van het criterium van de plaats waar de productieactiviteiten plaatsvinden, wordt evenmin bevestigd door de dertigste overweging van de considerans of artikel 24 van verordening nr. 4064/89. Artikel 24 geeft geen criterium voor de afbakening van de territoriale werkingssfeer van de verordening, doch regelt enkel de procedures volgens welke maatregelen genomen worden in situaties waarin de behandeling van ondernemingen uit de Gemeenschap door derde landen op het gebied van het toezicht op concentraties niet vergelijkbaar is met de behandeling van de ondernemingen uit die derde landen door de Gemeenschap.
- 87 Verzoekster kan zich niet onder verwijzing naar het houtslipparrest op het criterium van de uitvoering van een mededingingsregeling beroepen om haar uitlegging van de territoriale werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 te onderbouwen. Als factor die de mededingingsregeling met het grondgebied van de Gemeenschap verbindt, pleit dit criterium niet voor de uitlegging van verzoekster, maar sluit het deze juist uit. Volgens het houtslipparrest wordt immers reeds aan het criterium uitvoering van de mededingingsregeling voldaan zodra in de Gemeenschap wordt verkocht, ongeacht de plaats waar de toevoerbronnen of productie-inrichtingen zich bevinden. Vaststaat, dat Gencor en Lonrho vóór de concentratie in de Gemeenschap verkochten en dit ook daarna zijn blijven doen.
- 88 Onder deze omstandigheden heeft de Commissie de territoriale werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 niet onjuist beoordeeld, door deze verordening in casu toe te passen op een voorgenomen concentratie die is aangemeld door buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen die buiten de Gemeenschap winnings- en productieactiviteiten ontplooiën.

## 2. De verenigbaarheid van de bestreden beschikking met het volkenrecht

- 89 Als gevolg van de concentratieovereenkomst zou de voordien bestaande concurrentie tussen Implats en LPD, met name bij hun afzet in de Gemeenschap, zijn weggevallen. Daardoor zou de mededingingsstructuur binnen de gemeenschappelijke markt zijn gewijzigd, omdat er nog slechts twee Zuid-Afrikaanse platinaleveranciers zouden overblijven in plaats van drie. Door de uitvoering van de voorgenomen concentratie zouden niet alleen de winning en productie van platinametalen van de betrokkenen in Afrika zijn gebundeld, maar ook hun afzet over de gehele wereld en met name in de Gemeenschap, waar Implats en LPD aanzienlijke hoeveelheden verkochten.
- 90 De toepassing van de verordening is volkenrechtelijk gerechtvaardigd, wanneer voorzienbaar is, dat een voorgenomen concentratie onmiddellijke en wezenlijke gevolgen in de Gemeenschap zal hebben.
- 91 Blijkens de bestreden beschikking zou de transactie tot het ontstaan van een duopolistische machtspositie van Amplats en Implats/LPD op de markten voor platina en rodium hebben geleid, waardoor de daadwerkelijke mededinging in de gemeenschappelijke markt op significante wijze zou worden belemmerd in de zin van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89.
- 92 Derhalve moet worden nagegaan, of in casu aan het driedelige criterium «onmiddellijke, wezenlijke en voorzienbare gevolgen» is voldaan.
- 93 Wat meer in het bijzonder het criterium «onmiddellijke gevolgen» betreft, de term «middellange termijn» die in de punten 206 en 210 van de considerans van de bestreden beschikking wordt gebruikt in verband met het ontstaan van een duopolistische machtspositie, is, anders dan verzoekster stelt, allesbehalve vaag. De term doelt duidelijk op de termijn waarbinnen de Russische voorraden naar verwachting uitgeput zouden raken, waarna een duopolistische machtspositie van

Amplats en Implats/LPD op de mondiale markten voor platina en rodium zou kunnen ontstaan en daarmee een duopolistische machtspositie in de Gemeenschap, als wezenlijk onderdeel van deze mondiale markten.

- 94 Deze machtspositie zou niet afhangen van toekomstige gedragingen van de onderneming na de concentratie of van die van Amplats, zoals verzoekster stelt, maar zou vooral het gevolg zijn van de kenmerken van de markt en van de wijziging van de marktstructuur. Bij haar verwijzing naar toekomstige gedragingen van de leden van het duopolie maakt verzoekster geen onderscheid tussen het misbruik dat die leden in de nabije toekomst van hun machtspositie zouden kunnen maken, hetgeen eventueel via de artikelen 85 en/of 86 van het Verdrag kan worden gecontroleerd, en de wijziging van de ondernemings- en marktstructuur als gevolg van de concentratie. Misbruik is weliswaar niet noodzakelijkerwijs een rechtstreeks gevolg van de concentratie, daar dit afhangt van eventuele toekomstige beslissingen van de leden van het duopolie, doch het scheppen van de voorwaarden die dit soort gedragingen niet alleen mogelijk maar ook economisch verantwoord maken, zou een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de concentratie zijn geweest, aangezien de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de markt op significante wijze zou hebben belemmerd door de structuur van de betrokken markten duurzaam te wijzigen.
- 95 De concentratie zou derhalve onmiddellijke gevolgen in de Gemeenschap hebben gehad.
- 96 Wat het criterium «wezenlijke gevolgen» betreft, moet worden opgemerkt dat, gelijk in punt 297 infra zal worden vastgesteld, de Commissie reeds genoegzaam heeft aangetoond, dat door de concentratie een duurzame duopolistische machtspositie op de mondiale markten voor platina en rodium zou zijn ontstaan.
- 97 Verzoekster kan niet stellen dat de concentratie, gelet op de geringe omvang van de verkopen en van het marktaandeel van de partijen bij de concentratie in de EER, geen wezenlijke gevolgen in de Gemeenschap zou hebben. Ofschoon de

omvang van de verkopen in West-Europa (20 % van de mondiale vraag) en het marktaandeel van de uit de concentratie voortgekomen entiteit in de Gemeenschap [( ) % voor platina] reeds voldoende grond opleverden om de Gemeenschap bevoegd te achten ten aanzien van deze concentratie, had het potentiële effect van de concentratie nog weleens veel groter kunnen zijn dan uit de desbetreffende cijfers blijkt. Aangezien door de concentratie immers een duopolistische machtspositie op de mondiale markten voor platina en rodium zou zijn ontstaan, ligt het voor de hand, dat het bij de verkopen in de Gemeenschap die potentieel door de concentratie worden geraakt, niet alleen om de verkopen van Implats/LPD zou gaan, maar ook om die van Amplats (circa 35 tot 50 %), hetgeen een meer dan wezenlijk deel van de platina- en rodiumafzet in West-Europa en een veel groter marktaandeel van Implats/LPD en Amplats gezamenlijk [circa ( ) tot 65 %] zou hebben opgeleverd.

- 98 Verzoeksters argument, ten slotte, dat de machtspositie waarvan de Commissie in de bestreden beschikking spreekt, de Gemeenschap niet meer raakt dan enig ander bevoegd rechtsgebied, en de Gemeenschap zelfs in mindere mate raakt dan andere rechtsgebieden, kan niet worden aanvaard. De omstandigheid dat bij een mondiale vraag andere delen van de wereld door de concentratie worden geraakt, belet de Gemeenschap immers niet controle uit te oefenen op een concentratie die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wezenlijk beïnvloedt door een machtspositie tot stand te brengen.
- 99 De argumenten waarmee verzoekster bestrijdt, dat de concentratie wezenlijke gevolgen in de Gemeenschap heeft, moeten derhalve worden afgewezen.
- 100 Wat het criterium «voorzienbare gevolgen» betreft, volgt uit het voorgaande, dat wel degelijk voorzienbaar was, dat als gevolg van het ontstaan van een duopolistische machtspositie op een mondiale markt tevens de mededinging in de Gemeenschap, een bestanddeel van die markt, op significante wijze zou worden belemmerd.

- 101 De toepassing van verordening nr. 4064/89 op de voorgenomen concentratie was bijgevolg in overeenstemming met het volkenrecht.
- 102 Vervolgens dient te worden onderzocht, of met de uitoefening van deze bevoegdheid door de Gemeenschap een beginsel van niet-inmenging en het evenredigheidsbeginsel zijn geschonden.
- 103 Verzoeksters argument, dat de Gemeenschap de concentratie niet had moeten verbieden teneinde een competentiegeschil met de Zuid-Afrikaanse autoriteiten te vermijden, zulks op grond van een beginsel van niet-inmenging, moet worden afgewezen, zonder dat behoeft te worden onderzocht of het volkenrecht een dergelijk beginsel kent. Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling, dat er geen sprake was van een conflict tussen de door de Zuid-Afrikaanse regering voorgeschreven handelwijze en de door de Gemeenschap voorgeschreven handelwijze, daar de Zuid-Afrikaanse mededingingsautoriteiten in hun brief van 22 augustus 1995 enkel hebben geconcludeerd, dat de concentratieovereenkomsten geen probleem opleverden op het punt van het mededingingsbeleid, zonder het sluiten van dergelijke overeenkomsten verplicht te stellen (zie in deze zin het houtslijparrest, punt 20).
- 104 In haar brief van 19 april 1996, waarin de bevoegdheid van de Gemeenschap met betrekking tot de concentratie niet ter discussie wordt gesteld, verklaart de Zuid-Afrikaanse regering om te beginnen dat zij, gelet op het strategisch belang van de mijnbouw in Zuid-Afrika, er de voorkeur aan geeft ad hoc op te treden tegen concrete gevallen van samenspanning, zonder nader in te gaan op de industriële of andere aspecten van de concentratie van Gencor en Lonrho. Vervolgens deelt zij enkel mede, dat de voorgenomen concentratie haars inziens de mededinging niet kan belemmeren, gelet op de economische macht van Amplats, het bestaan van andere toevoerbronnen voor platinametalen en de mogelijke intrede van andere producenten op de Zuid-Afrikaanse markt als gevolg van de verlening van nieuwe exploitatieconcessies.

- 105 Ten slotte heeft verzoekster, evenmin als de Zuid-Afrikaanse regering overigens in haar brief van 19 april 1996, enkele principe-uitspraken daargelaten, niet aangetoond, hoe de voorgenomen concentratie de vitale belangen van de Zuid-Afrikaanse economie en/of handel zou schaden.
- 106 Met betrekking tot het argument dat de Gemeenschap zich niet ten aanzien van een concentratie bevoegd kan verklaren op basis van toekomstige en hypothetische gedragingen, te weten parallelle gedragingen van de ondernemingen die actief zijn op de betrokken markt, welke gedragingen eventueel krachtens het Verdrag onder de bevoegdheid van de Gemeenschap kunnen vallen, moet worden opgemerkt, gelijk hiervoor reeds in het kader van het onderzoek betreffende de onmiddellijke gevolgen van de concentratie is beklemd, dat het uitbannen van het risico van toekomstig misbruik weliswaar een gewettigd streven is van elke op dit gebied bevoegde mededingingsautoriteit, doch dat de controle op concentraties op communautair niveau primair tot doel heeft te waarborgen dat de herstructurering van ondernemingen niet leidt tot het ontstaan van economische machtsposities waardoor de daadwerkelijke mededinging in de gemeenschappelijke markt op significante wijze kan worden belemmerd. De bevoegdheid van de Gemeenschap berust dus in de eerste plaats op de behoefte, te voorkomen dat marktstructuren tot stand komen waardoor een machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, en niet op de noodzaak rechtstreeks controle uit te oefenen op eventueel misbruik van een machtspositie.
- 107 Bijgevolg behoeft geen uitspraak te worden gedaan over de vragen, of de brief van de Zuid-Afrikaanse Raad op Mededinging van 22 augustus 1995 een definitief standpunt inzake de concentratie vormde, en of de Zuid-Afrikaanse regering als ter zake van mededingingsvraagstukken bevoegde autoriteit kan worden aangemerkt, noch over de draagwijdte van het Zuid-Afrikaanse mededingingsrecht. Er is derhalve geen grond om gevolg te geven aan verzoeksters verzoek van 3 december 1996 om maatregelen tot organisatie van de procesgang of maatregelen van instructie.
- 108 Zo gezien is de beschikking van de Commissie niet in strijd met verordening nr. 4064/89, noch met de volkenrechtelijke regels waarop verzoekster zich beroept.

- 109 Om dezelfde redenen moet de exceptie van onwettigheid worden afgewezen die op grond van artikel 184 van het Verdrag tegen verordening nr. 4064/89 is opgeworpen omdat de verordening de Commissie bevoegdheid zou verlenen met betrekking tot de concentratie van Gencor en Lonrho.
- 110 Ten aanzien van de in de bestreden beschikking gegeven motivering voor de bevoegdheid van de Commissie om de verordening op de concentratie toe te passen, moet worden vastgesteld, dat de argumenten in de punten 4, 13 tot en met 18, 204 tot en met 206, 210 en 213 van de considerans van de bestreden beschikking in overeenstemming zijn met de krachtens artikel 190 van het Verdrag op de Commissie rustende verplichting om haar beschikkingen zodanig te motiveren, dat de gemeenschapsrechter zijn rechterlijke toetsing kan uitoefenen, de partijen hun rechten kunnen verdedigen en alle belanghebbenden kunnen weten, hoe de Commissie het Verdrag en de uitvoeringsbepalingen ervan heeft toegepast.
- 111 Beide onderzochte middelen tot nietigverklaring moeten derhalve worden afgewezen zonder dat gevolg behoeft te worden gegeven aan verzoeksters verzoek van 3 december 1996 om maatregelen tot organisatie van de procesgang of maatregelen van instructie.

*II — De middelen betreffende schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 aangezien de Commissie niet bevoegd zou zijn een concentratie te verbieden waardoor een gezamenlijke machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, en schending van artikel 190 van het Verdrag*

*Argumenten van verzoekster*

- 112 Verzoekster stelt, dat op grond van verordening nr. 4064/89 niet kan worden opgetreden tegen het doen ontstaan of versterken van een gezamenlijke machtspositie.

- 113 Bij nadere bestudering van de tekst van verordening nr. 4064/89 blijkt het begrip gezamenlijke machtspositie van de werkingssfeer van de verordening te zijn uitgesloten. Anders dan in artikel 86 van het Verdrag, komt in artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 het begrip gezamenlijke machtspositie niet voor. De Commissie is dus niet bevoegd een concentratie op die grond te verbieden.
- 114 Verder kan uit de vijftiende overweging van de considerans van verordening nr. 4064/89, volgens welke onder meer een indicatie voor verenigbaarheid aanwezig is, wanneer het marktaandeel van de *betrokken ondernemingen* niet meer bedraagt dan 25 %, worden opgemaakt, dat de verordening de mogelijkheid om tegen een concentratie op te treden op grond dat zij een gezamenlijke machtspositie zou doen ontstaan, heeft willen uitsluiten. Op oligopolistische markten is het immers heel goed mogelijk, dat een concentratie van twee marktdeelnemers niet leidt tot het ontstaan van een entiteit met een marktaandeel van meer dan 25 %. De aan de vermeende gezamenlijke machtspositie deelnemende ondernemingen die geen partij zijn bij de concentratie, kunnen niet worden aangemerkt als «betrokken ondernemingen» in de zin van verordening nr. 4064/89.
- 115 Onder verwijzing naar de voorstukken merkt verzoekster op, dat het vraagstuk van de gezamenlijke machtspositie ten tijde van de vaststelling van verordening nr. 4064/89 aan de orde is geweest. Dat in de verordening niets over oligopolies is geregeld, is geen verzuim, doch een weloverwogen keuze, daar de lidstaten in de Raad op dit punt geen overeenstemming konden bereiken. Het zou daarom ongewenst en zinloos zijn de verordening uit te leggen op een wijze die indruist tegen het resultaat van de uitvoerige onderhandelingen in de Raad voorafgaand aan de vaststelling.
- 116 In het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Frankrijk zijn in de bepalingen inzake de controle op concentraties, anders dan in verordening nr. 4064/69, wel specifieke regelingen voor gezamenlijke machtsposities opgenomen. Deze regelingen voorzien bovendien in een speciale procedure waarbij alle ondernemingen worden betrokken, die worden geacht tot het oligopolie te behoren.

- 117 Wordt artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 aldus uitgelegd, dat het mede op gezamenlijke machtsposities ziet, dan ontstaan twee juridische problemen waardoor fundamentele beginselen van het Verdrag, te weten het rechtszekerheidsbeginsel en de procedurele rechten van derden, in het gedrang komen.
- 118 Een dergelijke uitlegging druist in tegen het rechtszekerheidsbeginsel, in het bijzonder gelet op de sancties die de ondernemingen krachtens verordening nr. 4064/89 kunnen worden opgelegd.
- 119 Op het punt van de procedurele rechten van derden verklaart verzoekster, dat in de praktijk de Commissie in het kader van de procedure weliswaar derden raadpleegt die op de betrokken markt opereren en hen in de gelegenheid stelt opmerkingen te maken en de hoorzitting bij te wonen, doch dat deze derden niet dezelfde rechten hebben en niet dezelfde behandeling krijgen als de bij de concentratie betrokken ondernemingen; hieruit blijkt dat verordening nr. 4064/89 geen optreden tegen gezamenlijke machtsposities mogelijk maakt.
- 120 Het is belangrijk verordening nr. 4064/89 naar de letter toe te passen, wanneer de concentratie uitsluitend activiteiten op het grondgebied van een derde land betreft, inzonderheid indien de regering van dat land, gelijk de Zuid-Afrikaanse regering in casu, erop aandringt dat eerst tegen de samenspanning dient te worden opgetreden zodra zij aan het licht treedt, en niet preventief.
- 121 Verzoekster merkt op, dat de Commissie in haar beschikking 92/553/EEG van 22 juli 1992 inzake een procedure op grond van verordening nr. 4064/89 (zaak nr. IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (PB L 356, blz. 1; hierna: «beschikking Nestlé/Perrier») artikel 2 van verordening nr. 4064/89 aldus heeft uitgelegd, dat als gevolg van het ontbreken van controle op concentraties waardoor een gezamenlijke machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, de in artikel 3, sub g, van het Verdrag genoemde fundamentele doelstelling van een onvervalste mededinging binnen de interne markt op losse schroeven dreigt te komen te staan. Volgens verzoekster heeft de Commissie in haar *Zestiende verslag over het mededingingsbeleid* toegegeven, dat dit gevaar niet bestaat. In dat verslag meende de

Commissie eventueel misbruik van ondernemingen met een gezamenlijke machtspositie te kunnen controleren via artikel 86 van het Verdrag. Hoe het ook zij, in casu worden de bevoegdheden van de Commissie bepaald door verordening nr. 4064/89, en niet door een algemene beleidsdoelstelling gericht op het voorkomen van potentieel concurrentiebeperkend gedrag. De Commissie is dus pas bevoegd wanneer de concentratie een machtspositie doet ontstaan of versterkt en daardoor de daadwerkelijke mededinging wordt belemmerd, en niet reeds zodra zij de daadwerkelijke mededinging zou kunnen belemmeren.

- 122 Toepassing van de verordening op een concentratie die beweerdelijk een gezamenlijke machtspositie doet ontstaan zonder enige motivering betreffende de rechtsgrondslag waarop zulks is gebaseerd, levert ten slotte een schending van artikel 190 van het Verdrag op.

### *Beoordeling door het Gerecht*

- 123 Artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 bepaalt:

«Concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan [op significante wijze] wordt belemmerd, worden onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt.»

- 124 De vraag rijst dus, of de woorden «die een machtspositie in het leven roepen of versterken» enkel duiden op het ontstaan of versterken van een individuele machtspositie, dan wel of zij tevens verwijzen naar het ontstaan of versterken van een gezamenlijke machtspositie, dat wel zeggen een machtspositie van een of meer ondernemingen.

- 125 Uit de bewoordingen van artikel 2 van de verordening kan niet worden afgeleid, dat de verordening enkel van toepassing is op concentraties die een individuele machtspositie, dat wil zeggen een machtspositie van de partijen bij de concentratie, in het leven roepen of versterken. Aangezien artikel 2 van de verordening betrekking heeft op «concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken», sluit het immers op zichzelf niet uit, dat de verordening kan worden toegepast op gevallen waarin concentraties een collectieve machtspositie, namelijk een machtspositie van de partijen bij de concentratie tezamen met een of meer niet bij de concentratie betrokken ondernemingen in het leven roepen of versterken (arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 166).
- 126 Verzoekster kan niet stellen dat, aangezien ten tijde van de vaststelling van verordening nr. 4064/89 in andere nationale regelingen wel specifieke bepalingen waren opgenomen inzake de controle op concentraties die een gezamenlijke machtspositie doen ontstaan of versterken, de weloverwogen keuze van de Raad om dat in de verordening niet te doen, noodzakelijkerwijs betekent dat de verordening niet op gezamenlijke machtsposities ziet. De keuze van een neutrale formulering zoals die in artikel 2, lid 3, van de verordening, sluit namelijk het ontstaan of versterken van een gezamenlijke machtspositie niet bij voorbaat van de werkingssfeer van de verordening uit.
- 127 Ten slotte zij opgemerkt, dat de nationale wettelijke regelingen die vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 4064/89 op het ontstaan of versterken van een gezamenlijke machtspositie van toepassing waren, hoe gedetailleerd die regelingen ook waren, krachtens artikel 21, lid 2, van de verordening niet meer op dit soort van concentraties van toepassing zijn. Indien verzoeksters standpunt zou worden overgenomen, zou moeten worden aanvaard, dat alle lidstaten die hun regeling inzake de controle op concentraties toepasten op het ontstaan of versterken van een gezamenlijke machtspositie, waaronder met name de Franse Republiek, de Bondsrepubliek Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, van deze controle zouden hebben afgezien met betrekking tot concentraties met een communautaire dimensie. Bij gebreke van duidelijke aanwijzingen met die strekking, kan niet worden aangenomen dat dit de bedoeling van de lidstaten was.

- 128 Met betrekking tot verzoeksters argument inzake de voorstukken is het Gerecht van oordeel, dat bij de uitlegging van een wetgevende handeling minder belang moet worden gehecht aan het standpunt van een lidstaat tijdens de voorbereiding, dan aan de bewoordingen en het doel van de betrokken handeling.
- 129 De voorstukken kunnen niet worden geacht duidelijkheid te verschaffen over de draagwijdte die de opstellers van verordening nr. 4064/89 aan de term «machtspositie» hebben willen geven. Onder deze omstandigheden kunnen de voorstukken geen nuttige inlichtingen verstrekken voor de uitlegging van het omstreden begrip (arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 167, en het aldaar aangehaalde arrest).
- 130 Hoe het ook zij, het feit dat een aantal lidstaten en inzonderheid de Franse Republiek na de vaststelling van de verordening heeft betwist dat zij van toepassing is op gezamenlijke machtsposities, kan niet betekenen, dat de verordening niet voor dergelijke situaties geldt. Daar de lidstaten immers niet zijn gebonden aan het standpunt dat zij tijdens de beraadslagingen in de Raad hebben ingenomen, kan niet worden uitgesloten, dat een van hen na de vaststelling van de wetgevende handeling van mening verandert of eenvoudigweg besluit, het vraagstuk van de wettigheid van de handeling aan de gemeenschapsrechter voor te leggen.
- 131 Vervolgens moet verordening nr. 4064/89, en inzonderheid artikel 2 ervan, worden uitgelegd met inachtneming van het systeem van de verordening.
- 132 Verzoekster stelt namelijk, dat het systeem van de verordening de toepassing van de verordening op gezamenlijke machtsposities uitsluit. Zij betoogt, dat de verwijzing naar de drempel van 25 % in de vijftiende overweging van de considerans van verordening nr. 4064/89 de toepassing van de verordening op gezamenlijke machtsposities lijkt uit te sluiten.

133 De vijftiende overweging luidt als volgt:

«(...) dat van concentraties die, wegens het beperkte marktaandeel van de betrokken ondernemingen, een daadwerkelijke mededinging niet kunnen belemmeren, kan worden vermoed dat zij met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn; dat, onverminderd de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, zulk een indicatie aanwezig is wanneer het marktaandeel van de betrokken ondernemingen noch in de gemeenschappelijke markt, noch in een wezenlijk gedeelte daarvan, 25 % overschrijdt».

134 Zoals de Commissie terecht beklemtoont, levert deze verwijzing naar deze 25 %-drempel voor het marktaandeel geen grond op voor een enge interpretatie van de verordening. Daar oligopolistische markten waarop een van de ondernemingen met een gezamenlijke machtspositie een aandeel van minder dan 25 % bezit, relatief zeldzaam zijn, is deze vermelding niet van dien aard, dat daardoor een gezamenlijke machtspositie van de werkingssfeer van de verordening wordt uitgesloten. Oligopolistische markten waarop de ondernemingen met een machtspositie een marktaandeel van meer dan 25 % bezitten, komen namelijk vaker voor. Het gunstigst voor oligopolistische gedragingen zijn markten waarvan de structuur met name wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van twee, drie of vier leveranciers met elk een min of meer gelijk marktaandeel, bijvoorbeeld twee leveranciers met elk 40 % van de markt, drie leveranciers met elk 25 tot 30 % van de markt, dan wel vier leveranciers met elk 25 % van de markt. Al deze configuraties zijn evenwel verenigbaar met de in de vijftiende overweging van de considerans van de verordening bedoelde drempel van 25 %.

135 Deze drempel is bovendien louter indicatief, zoals overigens in de vijftiende overweging zelf wordt gepreciseerd, en keert niet terug in het dispositief van de verordening (arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 176).

136 De uitlegging van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 in het licht van de vijftiende overweging van de considerans daarvan levert derhalve geen grond op voor verzoeksters standpunt, dat de verordening niet op gezamenlijke machtsposities van toepassing is.

- 137 Vervolgens moet verzoeksters argument inzake het rechtszekerheidsbeginsel en de rechten van de verdediging worden onderzocht.
- 138 Met name gelet op de sancties die de ondernemingen krachtens verordening nr. 4064/89 kunnen worden opgelegd, is het volgens verzoekster onverenigbaar met het rechtszekerheidsbeginsel om de normale uitlegging van artikel 2, lid 3, geweld aan te doen en de draagwijdte ervan tot gezamenlijke machtsposities uit te breiden.
- 139 Bij dit middel gaat het juist om de vraag, of de uitlegging van de verordening door de Commissie de juiste is. Indien dat zo is, is de beschikking in dit opzicht wettig en is er geen sprake van schending van het rechtszekerheidsbeginsel. Indien daarentegen verzoeksters uitlegging van de verordening de juiste is, dan kleeft er een bevoegdheidsgebrek aan de beschikking, in welk geval geen uitspraak behoeft te worden gedaan over een eventuele schending van het rechtszekerheidsbeginsel.
- 140 Verzoeksters argument faalt derhalve.
- 141 Wat de rechten van de verdediging betreft, zij herinnerd aan artikel 18 van verordening nr. 4064/89, dat bepaalt:

«1. Alvorens de in artikel 7, leden 2 en 4, artikel 8, lid 2, tweede alinea, en leden 3, 4 en 5, alsmede de artikelen 14 en 15 bedoelde beschikkingen vast te stellen, stelt de Commissie de betrokken personen, ondernemingen en ondernemersverenigingen in de gelegenheid om hun standpunt ten aanzien van de tegen hen aangevoerde bezwaren in alle fasen van de procedure tot aan de raadpleging van het Raadgevend comité kenbaar te maken.

(...)

3. De Commissie baseert haar beschikkingen uitsluitend op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken. De rechten ter zake van de verdediging van de betrokkenen worden bij het verloop van de procedure ten volle gewaarborgd. Het dossier is ten minste toegankelijk voor de rechtstreeks betrokken partijen, met inachtneming van het rechtmatig belang van de ondernemingen bij het bewaren van zakengeheimen.

4. Indien de Commissie of de bevoegde autoriteiten van de lidstaten zulks noodzakelijk achten, kunnen zij ook andere natuurlijke of rechtspersonen horen. Indien natuurlijke of rechtspersonen die aantonen daarbij voldoende belang te hebben, en met name leden van de bestuurs- of directieorganen van de betrokken ondernemingen of erkende vertegenwoordigers van de werknemers van deze ondernemingen verzoeken gehoord te worden, wordt aan hun verzoek voldaan.»

142 In tegenstelling tot hetgeen verzoekster stelt, sluiten deze bepalingen niet bij voorbaat de mogelijkheid uit, dat de leden van het oligopolie die geen partij zijn bij de concentratie, op het punt van het gehoord worden dezelfde rechten hebben als de partijen die wel partij zijn.

143 De mate van bescherming van de rechten van de verdediging van een bepaalde onderneming hangt in het stelsel van artikel 18 van de verordening immers uitsluitend af van de vraag, of zij als belanghebbende onderneming, als rechtstreeks geraakte partij dan wel als derde met een voldoende belang kan worden aangemerkt, wat op zijn beurt weer afhangt van de vraag, of de beschikking die de Commissie voornemens is te geven, voor haar bezwarend kan zijn. Indien de tot het oligopolie behorende ondernemingen die geen partij zijn bij de concentratie als rechtstreeks door de beschikking van de Commissie geraakte partijen mochten worden aangemerkt, zouden zij dus de dezelfde procedurele rechten hebben als de ondernemingen die wel partij zijn bij de concentratie.

- 144 Indien de beschikking van de Commissie daarentegen niet bezwarend kan worden geacht voor de ondernemingen die geen partij zijn bij de concentratie, zouden zij het recht hebben te worden gehoord voor zover zij een voldoende belang zouden aantonen overeenkomstig artikel 18, lid 4, van verordening nr. 4064/89, hetgeen in overeenstemming zou zijn met de rechtspraak van het Hof en het Gerecht inzake de procedurele rechten van derden.
- 145 Zelfs indien de vaststelling van de Commissie, dat door de voorgenomen concentratie een gezamenlijke machtspositie van de betrokken ondernemingen en een derde onderneming ontstaat of wordt versterkt, op zichzelf al bezwarend kan zijn voor deze derde onderneming, zij eraan herinnerd, dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure die kan leiden tot een handeling die bezwarend is voor een bepaalde persoon, een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht is dat ook indien ter zake een reglement betreffende de procedure ontbreekt, in acht moet worden genomen (zie in deze zin arresten Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, en 24 oktober 1996, Commissie/Lisretal e.a., C-32/95 P, Jurispr. blz. I-5373, punt 21, alsmede arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 174).
- 146 Gelet op dit beginsel, kan de omstandigheid dat de gemeenschapswetgever in de verordening niet uitdrukkelijk heeft voorzien in een procedure die de rechten van de verdediging waarborgt van derde ondernemingen waarvan wordt vermoed dat zij samen met de partijen bij de concentratie een gezamenlijke machtspositie innemen, niet als een doorslaggevend bewijs worden aangemerkt, dat die verordening niet van toepassing is op gezamenlijke machtsposities (arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 175).
- 147 Het argument inzake de procedurele rechten van derden kan bijgevolg niet worden aanvaard.
- 148 Aangezien de grammaticale, de historische en de systematische uitlegging van de verordening, en inzonderheid van artikel 2 daarvan, geen duidelijkheid verschaffen over het soort van machtspositie dat precies wordt bedoeld, moet de

betrokken regeling worden uitgelegd met inachtneming van haar doel (zie in die zin arresten van 7 februari 1979, Nederland/Commissie, 11/76, Jurispr. blz. 245, punt 6, en 5 december 1996, Merck en Beecham, C-267/95 en C-268/95, Jurispr. blz. I-6285, punten 19-25, alsmede arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 168).

- 149 Zoals uit de eerste vijf overwegingen van de considerans blijkt, stelt de verordening zich primair ten doel om met het oog op de verwezenlijking van de algemene doelstellingen van het Verdrag, en met name van artikel 3, sub f — sinds de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de Europese Unie artikel 3, sub g — te waarborgen, dat het herstructureringsproces in de ondernemingen, onder meer als gevolg van de voltooiing van de interne markt, de mededinging niet blijvend schaadt. Aan het slot van de vijfde overweging van de considerans van verordening nr. 4064/89 wordt dan ook beklemtoond, dat «het gemeenschapsrecht dientengevolge bepalingen moet bevatten welke gelden voor concentraties die de daadwerkelijke mededinging in de gemeenschappelijke markt of in een substantieel gedeelte daarvan aanzienlijk kunnen belemmeren» (zie in deze zin arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 169).
- 150 Verder blijkt uit de zesde, de zevende, de tiende en de elfde overweging van de considerans, dat deze verordening, anders dan de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, ziet op alle concentraties van communautaire dimensie die wegens hun effect op de mededingingsstructuur in de Gemeenschap onverenigbaar kunnen blijken met het door het Verdrag beoogde regime van niet-vervalste mededinging (arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 170).
- 151 Een concentratie die een machtspositie van de betrokken partijen samen met een derde in het leven roept of versterkt, kan onverenigbaar blijken met het door het Verdrag beoogde regime van niet-vervalste mededinging. Het doel van deze verordening, zoals dit kan worden afgeleid uit de aangehaalde overwegingen van de considerans, zou derhalve slechts ten dele worden bereikt wanneer wordt aangenomen, dat alleen de concentraties die een machtspositie van de partijen bij de concentratie in het leven roepen of versterken, onder de verordening vallen. Aan deze verordening zou daardoor een niet onaanzienlijk deel van haar nuttig effect worden ontnomen zonder dat de algemene opzet van de communautaire regeling betreffende de controle op concentraties dit gebiedt (arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 171).

- 152 Het argument dat de verordening van toepassing kan zijn op concentraties van ondernemingen die hun kernactiviteiten niet in de Gemeenschap uitoefenen, en het argument dat de Commissie de concurrentiebeperkende gedragingen van de leden van een oligopolie eventueel via artikel 86 van het Verdrag zou kunnen controleren, doen niet af aan de toepasselijkheid van de verordening op *gezamenlijke machtsposities als gevolg van een concentratie*.
- 153 Ten aanzien van het eerste argument dient te worden opgemerkt, dat de toepasselijkheid van de verordening op *gezamenlijke machtsposities* niet afhangt van de territoriale werkingssfeer van de verordening.
- 154 De mogelijkheid om artikel 86 van het Verdrag toe te passen houdt niet in, dat de verordening niet op een *gezamenlijke machtspositie* van toepassing is, daar deze redenering ook voor *machtsposities* van één onderneming zou gelden, zodat zou dienen te worden geconcludeerd dat de verordening overbodig is.
- 155 Daar artikel 86 van het Verdrag bovendien slechts toezicht mogelijk maakt op het versterken van een *machtspositie*, en niet op het ontstaan daarvan (arrest Europemballage en Continental Can/Commissie, reeds aangehaald, punt 26), zou als gevolg van de niet-toepasselijkheid van de verordening op concentraties een leemte in het communautaire stelsel van toezicht op concentraties ontstaan, waardoor de goede werking van de gemeenschappelijke markt in gevaar zou komen.
- 156 Uit het voorgaande volgt, dat *gezamenlijke machtsposities* niet van de werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 zijn uitgesloten, zoals overigens na de terechtzitting van 18 februari 1998 door het Hof zelf is uitgemaakt in het arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 178).

- 157 Bijgevolg behoefde de Commissie in de beschikking geen motivering aangaande de toepasselijkheid van de verordening op gezamenlijke machtsposities op te nemen, te meer daar zij haar standpunt ter zake reeds kenbaar had gemaakt, niet alleen in de jaarlijkse verslagen over het mededingingsbeleid, maar ook in andere concentratiezaken, met name in de beschikking Nestlé/Perrier. De grief inzake schending van de bij artikel 190 van het Verdrag voorgeschreven motiveringsplicht is derhalve ongegrond.
- 158 Mitsdien moeten de onderzochte middelen worden afgewezen.

III — *De middelen betreffende schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 aangezien de Commissie ten onrechte zou hebben vastgesteld dat de concentratie een gezamenlijke machtspositie in het leven zou roepen, en schending van artikel 190 van het Verdrag*

A — *De bestreden beschikking*

- 159 Alvorens te concluderen dat de concentratie zou leiden tot een gezamenlijke machtspositie van Implats/LPD en Amplats waardoor de mededinging op de gemeenschappelijke markt duidelijk zou worden belemmerd (punt 219 van de considerans van de bestreden beschikking), heeft de Commissie onder meer vastgesteld (punten 74-214 van de considerans), dat:

— hoewel de platinametalen (platina, palladium, rodium, iridium, ruthenium en osmium) van nature in hetzelfde ertslichaam voorkomen, zij onderling niet voldoende substitueerbaar zijn om als producten van één markt te worden aangemerkt, zodat elk platinametaal een afzonderlijke markt vormt;

- platinametalen hoogwaardige goederen zijn die wereldwijd onder dezelfde condities worden verkocht, zodat er voor elk platinametaal een geïntegreerde wereldmarkt bestaat;
  
- de markten voor platina en rodium worden gekenmerkt door producthomogeniteit, grote markttransparantie, een inelastische vraag bij het huidige prijspeil, een matige stijging van de vraag, tot rijping gekomen productietechnieken, hoge toetredingsdrempels, een sterke concentratie van ondernemingen, financiële banden en contacten tussen leveranciers op verscheidene markten, het ontbreken van onderhandelingsmacht bij de afnemers, alsmede door het feit dat de mededinging gering is en dat in het verleden slechts van enkele mededingingsfactoren is gebleken;
  
- Implats/LPD en Amplats na de transactie elk een aandeel van circa 35 % van de wereldplatinamarkt in handen zouden hebben (gezamenlijk marktaandeel circa 70 %), dat na de verwachte uitputting van de Russische voorraden in een periode van twee jaar zou stijgen tot elk 40 % (gezamenlijk marktaandeel circa 80 %), en daarnaast ieder de helft zou bezitten van 89 % van de geschatte wereldreserves aan platinametalen;
  
- Implats/LPD en Amplats na de concentratie een soortgelijke kostenstructuur zouden hebben;
  
- de concentratie voorgoed een einde zou maken aan de concurrentiedreiging van LPD op de markt;
  
- na de transactie Rusland enkel nog een bescheiden rol zou spelen op de markt;

- de marginale toevoerbronnen, te weten leveranciers buiten het oligopolie, recyclingbedrijven, houders van andere voorraden dan de Russische voorraden en vervanging van platina door palladium, niet in staat zouden zijn de economische macht van het duopolie van Implats/LPD en Amplats te breken;
  
- de kans klein was, dat zich nieuwkomers op de markten voor platina en rodium zouden aandienen.

B — *Algemene overwegingen*

- 160 Verzoekster stelt, dat het bewijs en de motivering in de bestreden beschikking onvoldoende zijn om de vaststelling te rechtvaardigen, dat in casu sprake is van een gezamenlijke machtspositie, en bovendien geen toereikende motivering opleveren in de zin van de rechtspraak inzake artikel 190 van het Verdrag.
- 161 Zij betoogt, dat indien de Commissie de in het verleden in haar beschikkingen ontwikkelde criteria correct op de objectieve kenmerken van de markten voor platina en rodium had toegepast, zij niet tot de conclusie zou zijn gekomen, dat door de concentratie een gezamenlijke machtspositie zou ontstaan.
- 162 Opgemerkt zij dat volgens artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, onverenigbaar moeten worden verklaard met de gemeenschappelijke markt.

- 163 Bij de beoordeling of er sprake is van een gezamenlijke machtspositie dient de Commissie derhalve op basis van een prospectief onderzoek van de referentiemarkt na te gaan, of de aangemelde concentratie leidt tot een situatie waarin een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt op significante wijze wordt belemmerd door de bij de concentratie betrokken ondernemingen en een of meer derde ondernemingen die samen, met name als gevolg van de tussen hen bestaande banden, één front kunnen vormen op de markt en in aanzienlijke mate onafhankelijk van de andere concurrenten, hun afnemers en, ten slotte, de consument kunnen handelen (arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 221).
- 164 De basisregels van de verordening, inzonderheid artikel 2, geven de Commissie evenwel een discretionaire bevoegdheid, met name voor economische beoordelingen (idem, punt 223).
- 165 Bijgevolg moet de gemeenschapsrechter bij de toetsing van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, die van wezenlijk belang is voor de invulling van de regels inzake concentraties, rekening houden met de aan de economische normen van de concentratieregeling ten grondslag liggende beoordelingsmarge (idem, punt 224).
- 166 Aan de hand van deze overwegingen moeten de verschillende argumenten van verzoekster worden onderzocht.

C — *De vermeende gezamenlijke zeggenschap van Gencor en Lonrho over LPD vóór de concentratie*

Argumenten van partijen

- 167 Verzoekster stelt, dat de Commissie niet voldoende rekening lijkt te hebben gehouden met alle aan haar overgelegde bewijzen betreffende de situatie vóór de concentratie, toen zij samen met Lonrho zeggenschap over LPD zou hebben gehad. De factoren op basis waarvan de Commissie heeft geconcludeerd, dat de voorgenomen concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, bestonden reeds vóór dit voornemen. Derhalve valt niet in te zien, hoe de concentratie het concurrentiepeil op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan zou hebben kunnen wijzigen.
- 168 De Commissie betoogt dat LPD, anders dan verzoekster verklaart, vóór het voorstel tot concentratie niet onder gezamenlijke zeggenschap van Gencor en Lonrho viel. Volgens haar zegt verzoekster precies het tegenovergestelde van hetgeen zij in het antwoord van partijen op de mededeling van de punten van bezwaar had aangevoerd, namelijk dat Implats en LPD volledig gescheiden organisaties waren en dat Implats slechts minderheidsaandeelhouder van LPD was.

Beoordeling door het Gerecht

- 169 In de punten 114 tot en met 121 en 186 tot en met 191 van de considerans van de bestreden beschikking gaat de Commissie uitvoerig in op de structurele banden tussen Implats en LPD vóór de concentratie en op het effect daarvan op de mededingingsstructuur op de platinamarkt. Volgens de bestreden beschikking

was LPD ondanks deze banden een onafhankelijke concurrent van Implats gebleven, welke onafhankelijkheid na de concentratie zou wegvallen.

170 Derhalve moet worden onderzocht, of de concentratie de mate van invloed van verzoekster op LPD en daarmee de concurrentievoorwaarden en de mededingingsstructuur op de markten voor platina en rodium merkbaar zou hebben gewijzigd, dan wel of de Commissie de concentratie had moeten goedkeuren, daar de concentratie niets wezenlijks heeft toegevoegd aan de voordien bestaande marktstructuur.

171 Volgens artikel 8.2 van de aandeelhoudersovereenkomst uit 1990 staan het dagelijks bestuur van en het toezicht op de bedrijfsactiviteiten van Eastplats en Westplats, dat wil zeggen LPD, onder de uitsluitende zeggenschap van Lonrho, zulks via haar dochteronderneming LMS.

172 Dit artikel luidt immers:

«Het dagelijks bestuur van en het toezicht op de bedrijfsactiviteiten en verbintenissen van elke vennootschap worden door middel van managementovereenkomsten overgedragen aan LMS [Lonrho Management Services] en partijen zien erop toe, dat de vennootschappen op de datum van ondertekening managementovereenkomsten met LMS hebben gesloten op grond waarvan LMS met het bestuur van de bedrijfsactiviteiten wordt belast. LSA [Lonrho South Africa] ziet erop toe, dat LMS de raad van bestuur van elke vennootschap regelmatig en volledig informeert over alle wezenlijke aspecten van de bedrijfsactiviteiten van de vennootschappen, zulks (onder meer) via maandelijks managementverslagen.»

173 Voorts staan volgens artikel 8.5 van de aandeelhoudersovereenkomst ook de marketing en de afzet van de productie van LPD onder de uitsluitende zeggenschap van Lonrho via haar dochteronderneming Western Metal Sales (punt 117 van de considerans van de bestreden beschikking).

174 Dit artikel bepaalt namelijk:

«De productie van WPL [Westplats] en EPL [Eastplats], met inbegrip van de productie van de winningslocatie die WPL krachtens de hoofdovereenkomst heeft verkregen, wordt op de markt gebracht via WMS [Western Metal Sales] (...)»

175 Verder bepaalt artikel 6.3 van de aandeelhoudersovereenkomst, dat «zolang het Lonrho-concern in totaal 50 % of meer van het geplaatste kapitaal van elk van de vennootschappen bezit, een door LSA benoemde bestuurder als president en directeur van de vennootschappen en als voorzitter van de vergaderingen van de raad van bestuur fungeert». Vaststaat dat LMS, als leverancier van managementdiensten aan LPD, zich in een machtige en bevoorrechte positie bevond, omdat zij de activiteiten van LPD niet alleen kende, maar ook leidde, en al haar besluiten sterk kon beïnvloeden (punt 118 van de considerans van de bestreden beschikking).

176 Bovendien wordt het ontbreken van invloed van het Gencor-concern op de concurrentiestrategieën van LPD door de partijen bij de concentratie zelf bevestigd in hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar (zie bijlage 5 bij het antwoord van Gencor en Lonrho op de mededeling van de punten van bezwaar, punten 6, 7 en 8: zeggenschap van Gencor en Lonrho over LPD, vierde alinea), wanneer zij verklaren: «Implats en LPD waren en zijn nog immer volledig gescheiden organisaties die afzonderlijk geleid worden door hun respectieve besturen, zonder dat aan elkaar wordt gerefereerd; het belang van Implats was en is (...) dat van een 27 %-aandeelhouder in LPD» (punt 118 van de considerans van de bestreden beschikking). Het ontbreken van invloed wordt tevens bevestigd door artikel 17 van de aandeelhoudersovereenkomst, dat bepaalt: «De relatie tussen de aandeelhouders (het Gencor en het Lonrho-concern) wordt bij deze overeenkomst geregeld en geen enkel onderdeel daarvan

mag worden geacht te leiden tot de vorming van een partnerschap, joint venture of soortgelijk samenwerkingsverband (...)»

- 177 Ten slotte staat vast, dat LPD en Implats, die elk hun eigen marketingafdelingen behielden, vóór de concentratie met elkaar concurreerden en op verschillende voorwaarden aan een aantal gemeenschappelijke afnemers leverden, bijvoorbeeld door verschillende kortingen toe te passen (punt 117 van de considerans van de bestreden beschikking), en dat LPD gedurende het afgelopen decennium samen met Rusland de voornaamste concurrentiefactor op de markt was (punten 174-177 van de considerans).
- 178 Hieruit blijkt, dat Lonrho individueel, zonder toestemming van Gencor, zeggenschap kon uitoefenen over een zeer belangrijk aspect van de concurrentiestrategie van LPD, namelijk haar marketingbeleid.
- 179 Na de concentratie zou dit aspect van het commerciële beleid van LPD niet langer onder de uitsluitende zeggenschap van Lonrho vallen, maar onder de zeggenschap van Lonrho en Gencor gezamenlijk. De concentratie zou immers tot gevolg hebben gehad, dat Western Metal Sales en LMS in de nieuwe organisatie zouden opgaan en dat alle winnings-, verwerkings-, raffinage- en verkoopactiviteiten binnen Implats/LPD onder één directie zouden komen te vallen (punten 120 en 186 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 180 Onder deze omstandigheden kon de concentratie, anders dan verzoekster stelt, een aanzienlijke wijziging van de concurrentiemogelijkheden van LPD op het punt van de afzet van platinametalen tot gevolg hebben.

181 Ten aanzien van het productiebeleid moet worden opgemerkt, dat volgens de onderstaande artikelen van de aandeelhoudersovereenkomst zowel voor besluiten betreffende grote investeringen bovenop het reeds goedgekeurde programma, als voor het strategisch jaarplan en de jaarlijkse begroting van de vennootschappen die LPD vormen, de voorafgaande toestemming van Gencor en Lonrho benodigd was:

«6.1 LSA en Implats hebben dezelfde vertegenwoordiging en hetzelfde stemrecht in de raden van bestuur van de vennootschappen (...)

(...)

8.3 Voor alle grote investeringen bovenop het reeds goedgekeurde programma in verband met de activiteiten van één van de vennootschappen, met inbegrip van de financiering ervan en besluiten tot desinvestering, is overeenstemming tussen de aandeelhouders vereist. Indien de aandeelhouders ter zake niet tot overeenstemming kunnen komen, winnen zij advies in bij een wederzijds aanvaardbare onafhankelijke deskundige, wiens advies zal worden opgevolgd.

8.4 In weerwil van hetgeen in de statuten van de vennootschappen is vastgelegd, omvatten de taken en bevoegdheden van hun raden van bestuur mede de bestudering en, zo nodig, de goedkeuring van de volgende onderwerpen:

(...)

8.4.3 het strategisch jaarplan en de jaarlijkse begroting van de ondernemingen.»

- 182 Dienaangaande is onomstreden, dat Lonrho zonder medewerking van Gencor de huidige productie van LPD met circa ( ) ounce per jaar uit bestaande mijnschachten kan verhogen en door voortdurende verbetering van de productie-procédés en door knelpunten in de toevoer weg te nemen extra groeiomogelijkheden heeft (punt 5.1 van het rapport van maart 1996 van de economische consultants National Economic Research Associates; hierna: «NERA-rapport»).
- 183 Verzoekster betoogt evenwel, dat de concentratie geen wijziging zou hebben gebracht in haar mogelijkheden om een toekomstige uitbreiding van de productiecapaciteit van LPD boven genoemde hoeveelheid tegen te houden, daar krachtens de aandeelhoudersovereenkomst uit 1990 haar toestemming reeds vereist was voor grote investeringen, waaronder de investeringen die nodig waren voor de uitbreiding van de mijnschacht die bekend staat onder de naam ( ). Volgens verzoekster zou zij met haar vetorecht op het punt van de goedkeuring van het strategisch jaarplan en de jaarlijkse begrotingen kunnen beletten, dat LPD de benodigde financiering (via bankleningen en consumentenfinanciering) voor verdere ontwikkeling van de (-)mijn zou verkrijgen (NERA-rapport, punt 5.1).
- 184 Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat blijkens de door partijen verstrekte gegevens en een analyse van R. W. Rowland, voormalig bestuursvoorzitter van Lonrho, LPD ondanks haar schulden in staat was haar uitbreidingsplan intern te financieren, en dat zij met beperkte extra uitgaven haar productie zou kunnen opvoeren tot 900 000 ounce per jaar (punten 115, in fine, 121 en 191 van de considerans van de bestreden beschikking). ( )
- 185 Volgens artikel 8.3, laatste volzin, van de aandeelhoudersovereenkomst uit 1990 moesten Gencor en Lonrho bij onenigheid over de toekomstige uitbreiding van LPD het advies van een onafhankelijke deskundige inwinnen. Dit betekent, gelijk de Commissie beklemt, dat besluiten over investeringen ter uitbreiding van de productiecapaciteit van LPD die los van het functioneren van de onderneming aan de aandeelhouders ten goede zouden kunnen komen, niet oneindig door Gencor konden worden tegengehouden (punt 191 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 186 Na de concentratie was het optreden van dit soort belangenconflicten evenwel minder waarschijnlijk, gelet op de verschuiving in de economische belangen van partijen.
- 187 Vóór de concentratie had Gencor immers zeggenschap over Implats en bezat zij een minderheidsbelang van 27 % in het kapitaal van LPD, gekoppeld aan de aandeelhoudersovereenkomst. Lonrho bezat op haar beurt 73 % van het kapitaal van LPD, doch had geen belang in Implats. Vóór de concentratie had Gencor er dus wellicht belang bij besluiten op te leggen die gunstig waren voor de ontwikkeling van de activiteiten waarover zij individueel zeggenschap had (en die verhoudingsgewijs meer winst opleverden), dat wil zeggen de activiteiten van Implats, zo nodig ten nadele van LPD, doch dit gold niet voor Lonrho, die uitsluitend via LPD op de markten voor platinametalen opereerde en objectief gezien enkel belang had bij de meest rationele ontwikkeling van de activiteiten van haar dochteronderneming LPD.
- 188 Na de concentratie zou deze situatie echter drastisch kunnen wijzigen, daar zowel Gencor als Lonrho dan een gelijk aandeel in het kapitaal van de nieuwe entiteit Implats/LPD zouden bezitten en om die reden hetzelfde doel en dezelfde economische belangen zouden kunnen hebben, althans wat de strategische besluiten aangaande de ontwikkeling van de nieuwe entiteit betreft. Met andere woorden, de concentratie zou een verschuiving van de balans tussen de belangen van de hoofdaandeelhouders van LPD, en daarmee meningsverschillen tussen Gencor en Lonrho over onder meer de ontwikkeling van de productiecapaciteit van de nieuwe entiteit tot gevolg kunnen hebben, en tevens kunnen leiden tot het ontstaan van een duopolistische marktstructuur, gevormd door Gencor en Lonrho enerzijds en Implats anderzijds.
- 189 Dit wordt overigens door partijen zelf bevestigd.

190 Dienaangaande wordt in punt 187 van de considerans van de bestreden beschikking verklaard:

« (...) In de circulaire aan de aandeelhouders van Lonrho, die met het oog op de fusie was opgesteld, wordt in dit verband opgemerkt:

‘Implats en Lonrho zijn in het verleden niet erin geslaagd overeenstemming te bereiken over een aantal aangelegenheden, waaronder de voorstellen van Lonrho om de activiteiten van LPD uit te breiden. Het bestuur is van mening dat de belangen van Lonrho en Gencor bij een hogere waarde van een uitgebreid Implats door de fusie op één lijn worden gebracht, ten voordele van de aandeelhouders van beide ondernemingen.’ »

191 In punt 188 van de bestreden beschikking wordt hieraan toegevoegd:

« Bovendien omvat deze belangenversmelting volgens ramingen die aan () zijn voorgelegd, het terugschroeven van de uitbreidingsplannen, waardoor de productie lager en de prijzen hoger zullen uitvallen dan in een situatie waarin geen fusie zou gebeuren en beide partijen hun oorspronkelijke toekomstplannen zouden uitvoeren. () heeft met name kennis genomen van twee productiescenario's, waarin de gevolgen voor de productie van Implats en LPD uiteen worden gezet voor het geval de fusie doorgaat, respectievelijk uitblijft:

a) ()

b) () »

- 192 Blijkens punt 189 van de considerans van de bestreden beschikking ten slotte, is () volgens het rapport van augustus 1994, getiteld (), van mening dat de fusie, afgezien van mogelijke kostenbesparingen, twee belangrijke voordelen aan de marktzijde oplevert:

« [handhaving van de huidige productieniveaus zou een gunstige invloed hebben op de (...) prijzen (...)]

en bovendien:

(...)

[(...) de gefuseerde groep zal een hogere beurswaarde hebben dan de onderliggende waarde van de gefuseerde ondernemingen. Dit is te danken aan de omvang en het vermogen om meer invloed op de markt uit te oefenen]»

- 193 Ondanks de structurele banden tussen verzoekster en Lonrho krachtens de aandeelhoudersovereenkomst uit 1990, kon de Commissie dus op goede gronden menen, dat de voorgenomen concentratie voorgoed een einde zou maken aan de concurrentiedreiging van LPD voor de dure activiteiten van Implats en Amplats, zowel op het punt van de afzet als op het punt van de productie, en daarmee van wezenlijke invloed zou zijn op de voordien bestaande marktstructuur.

194 De onderzochte grief moet derhalve worden afgewezen.

## D — *De door de Commissie aangenomen gezamenlijke machtspositie*

### 1. Het criterium «marktaandeel»

#### Argumenten van partijen

195 De marktaandelen van partijen op de wereldmarkt voor platina waarop de Commissie zich baseert, bedragen volgens verzoekster respectievelijk () % (Implats) en () % (LPD), hetgeen neerkomt op een gezamenlijk marktaandeel van () %. Op de communautaire markt bedragen deze marktaandelen respectievelijk () % (LPD) en () (Implats), ofwel () (gezamenlijk marktaandeel). In andere zaken betreffende de controle op concentraties waarin het bestaan van een gezamenlijke machtspositie werd vastgesteld, zoals die welke de aanleiding vormden voor de beschikking Nestlé/Perrier en beschikking 94/449/EG van de Commissie van 14 december 1993 inzake een procedure op grond van verordening nr. 4064/89 (zaak nr. IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (PB 1994, L 186, blz. 38) (hierna: «beschikking Kali + Salz/MdK/Treuhand»), waren de gezamenlijke marktaandelen veel groter dan in casu, en toch heeft de Commissie de concentraties toen goedgekeurd.

196 In de zaak waarin de beschikking Nestlé/Perrier is gegeven, bezaten Nestlé en BSN samen een aandeel van 82 % van de betrokken markt, te weten de Franse markt voor mineraalwater (punt 119 van de considerans van de beschikking). De concentratie werd onder bepaalde voorwaarden goedgekeurd.

- 197 In de zaak waarin de beschikking Kali + Salz/MdK/Treuhand is gegeven, was het marktaandeel van Kali + Salz op de communautaire markt (zonder Duitsland) gestegen van 17 tot 25 % en was de facto een monopolie ontstaan met een marktaandeel van 98 % op de Duitse markt, die als een afzonderlijke relevante geografische markt werd beschouwd. Ook toen werd de concentratie door de Commissie onder bepaalde voorwaarden goedgekeurd.
- 198 De Commissie stelt, dat verzoeksters vergelijking tussen de marktaandelen van de partijen bij de concentratie en het totale marktaandeel van alle leden van het oligopolie in de zaak waarin de beschikking Nestlé/Perrier is gegeven (82 %), mank gaat, evenals haar vergelijking met de zaak waarin de beschikking Kali + Salz/MdK/Treuhand is gegeven.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 199 Met het verbod van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 wordt invulling gegeven aan de algemene doelstelling die in artikel 3, sub g, van het Verdrag is vastgelegd, te weten de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst (eerste en zevende overweging van de considerans van verordening nr. 4064/89). Het verbod heeft betrekking op concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.
- 200 De hier bedoelde machtspositie betreft een situatie waarin één of meer ondernemingen een economische macht bezitten die hen in de gelegenheid stelt de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen doordat hun de mogelijkheid wordt geboden zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen van hun concurrenten, hun afnemers en, ten slotte, de consument.

- 201 Een machtspositie kan het resultaat zijn van verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn. Onder die factoren is het bezit van omvangrijke marktaandelen zeer significant. Toch is een aanzienlijk marktaandeel, als bewijs voor een machtspositie, geen onveranderlijk gegeven: de betekenis ervan verschilt van markt tot markt, naar gelang van de marktstructuur, met name wat productie, aanbod en vraag betreft (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punten 39 en 40).
- 202 Verder is de verhouding tussen de marktaandelen van de bij de concentratie betrokken ondernemingen en die van hun concurrenten, met name die van de eerstvolgende concurrenten, een bruikbare indicatie van een machtspositie. Aan de hand van deze factor kan immers de concurrentiepositie van de concurrenten van de betrokken onderneming worden bepaald (hetzelfde arrest, punt 48).
- 203 De omstandigheid dat de Commissie bij andere gevallen van concentraties haar beoordeling van de kans dat een gezamenlijke machtspositie zou ontstaan of worden versterkt, op hogere of lagere marktaandelen heeft gebaseerd, kan haar dus niet binden bij haar beoordeling in andere zaken die in het bijzonder markten betreffen waarin de structuur van vraag en aanbod en de concurrentievoorwaarden verschillen.
- 204 Zonder bewijzen waaruit blijkt, dat de markt voor mineraalwater dan wel de markt voor kali die onderscheidenlijk aan de orde waren in de zaken waarin de beschikking Nestlé/Perrier en de beschikking Kali + Salz/MdK/Treuhand zijn gegeven, en de markt voor platina en rodium die thans aan de orde is, in wezen dezelfde kenmerken bezitten, kan verzoekster derhalve niet met een beroep op eventuele verschillen met de marktaandelen van de leden van het oligopolie waarvan de Commissie in die twee zaken is uitgegaan, de drempel van het marktaandeel aanvechten die in de onderhavige zaak als aanwijzing voor het bestaan van een gezamenlijke machtspositie is gehanteerd.

- 205 Ofschoon de betekenis van de marktaandeelen van markt tot markt kan verschillen, mag ervan worden uitgegaan, dat zeer aanzienlijke marktaandeelen, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren (arrest Hof van 3 juli 1991, Akzo/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 60). Een onderneming die gedurende langere tijd een zeer groot marktaandeel heeft, bevindt zich door de omvang van haar productie en aanbod — zonder dat de houders van veel kleinere marktaandeelen op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van de onderneming met het grootste marktaandeel zouden willen afwenden — in een positie van macht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen haar op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag verzekert (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 41).
- 206 Bij een oligopolie komt in vergelijking met een individuele machtspositie aan de omstandigheid dat de leden van het oligopolie grote marktaandeelen bezitten, weliswaar niet dezelfde betekenis toe waar het gaat om de mogelijkheden van de leden om zich als groep in aanzienlijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun afnemers en, ten slotte, de consument te gedragen, doch met name in het geval van een duopolie kan, behoudens bewijzen van het tegendeel, een groot marktaandeel ook een zeer belangrijke aanwijzing voor een gezamenlijke machtspositie zijn.
- 207 In casu moet worden vastgesteld, gelijk de Commissie in de bestreden beschikking vermeldt (punten 81 en 181 van de considerans), dat Implats/LPD en Amplats na de concentratie elk een marktaandeel van circa 30 tot 35 %, dat wil zeggen een gezamenlijk marktaandeel van circa 60 tot 70 % op de mondiale markt voor platinametalen zouden bezitten, alsmede circa 89 % van de wereldvoorraden aan platinametalen. Rusland bezat een marktaandeel van circa 22 % en circa 10 % van de wereldvoorraden, terwijl de Noord-Amerikaanse producenten een marktaandeel van 5 % en 1 % van de wereldvoorraden bezaten en de recyclingbedrijven een marktaandeel van 6 %. Het was dus waarschijnlijk, dat Implats/LPD en Amplats na de uitputting van de Russische voorraden, vermoedelijk binnen twee jaar na de bestreden beschikking, elk een marktaandeel

van circa 40 %, ofwel een gezamenlijk marktaandeel van 80 %, zouden hebben gehad, hetgeen een zeer groot marktaandeel zou zijn geweest.

- 208 Gelet op de onderlinge verdeling van de marktaandelen van de partijen bij de concentratie en op het te verwachten verschil tussen de marktaandelen van de uit deze concentratie voortgekomen entiteit en Amplats enerzijds en die van de overige platinaleveranciers anderzijds, mocht de Commissie dus concluderen, dat als gevolg van de voorgenomen concentratie een machtspositie van de Zuid-Afrikaanse ondernemingen tot stand zou kunnen komen.
- 209 Verzoeksters vergelijking tussen de marktaandelen van de partijen bij deze concentratie en het totale marktaandeel van alle leden van het oligopolie in de zaak waarin de beschikking Nestlé/Perrier is gegeven (82 %), gaat mank. Dat marktaandeel van 82 % moet immers worden vergeleken, gelijk de Commissie stelt, met alle marktaandelen van de partijen bij de concentratie plus Amplats ná de feitelijke uitschakeling van de Russische producent (Almaz) als belangrijke marktdeelnemer, hetgeen neerkomt op een totaal van circa 80 %. Ook wat de zaak betreft waarin de beschikking Kali + Salz/MdK/Treuhand is gegeven, heeft verzoekster de marktaandelen van de partijen bij de concentratie in de onderhavige zaak ten onrechte vergeleken met die van Kali en MdK (98 %) in Duitsland, waar geen sprake was van een gezamenlijke machtspositie. In de zaak waarin de beschikking Kali + Salz/MdK/Treuhand is gegeven, achtte de Commissie een gezamenlijke machtspositie op de Europese markt buiten Duitsland aanwezig, daar de uit de concentratie voortkomende onderneming samen met het andere lid van het duopolie een marktaandeel van in totaal circa 60 % zou bezitten. Verzoekster had dus een vergelijking moeten maken met dit laatste percentage, dat aanzienlijk lager is dan het gezamenlijke marktaandeel van Amplats en Implats/LPD na de concentratie.
- 210 Ten aanzien van verzoeksters argument, dat het gezamenlijke marktaandeel van Implats/LPD na de concentratie in de Gemeenschap slechts () % zou bedragen, moet worden opgemerkt, dat de betrokken geografische markt een duidelijk omschreven geografisch gebied is waar de mededingingsvoorwaarden voor alle marktdeelnemers voldoende homogeen zijn. In dat gebied had(den) de ondernemingen(en) met een machtspositie zich eventueel aan misbruik schuldig kunnen

maken, waardoor een daadwerkelijke mededinging zou zijn verhinderd (zie, in deze zin, arrest Hof van 14 februari 1978, *United Brands/Commission*, 27/76, *Jurispr.* blz. 207, punten 11 en 44). De Commissie kon derhalve in redelijkheid de gevolgen van de concentratie voor de mededinging in dat gebied beoordelen. Voorts zij opgemerkt, dat de geografische markt in casu, gelet op de kenmerken van de markten voor platinametalen als omschreven in de punten 68 tot en met 72 van de bestreden beschikking, een mondiale dimensie heeft, hetgeen door partijen niet wordt betwist.

- 211 In een dergelijke situatie kan dan ook niet worden verwezen naar «markt-aandelen» van de partijen in de Gemeenschap. Op een mondiale markt zoals de markt voor platina en rodium, ontleent een combinatie zoals *Implats/LPD* en *Amplats* na de concentratie zouden hebben gevormd, haar economische macht immers aan haar aandeel op de mondiale markt, en niet aan haar marktaandeel in een deel van de wereld.
- 212 Regionale verschillen in de marktaandelen van de leden van een oligopolie dat een markt domineert, voor een gemakkelijk te vervoeren vervangbaar product waarvan de prijzen op mondiaal niveau worden bepaald, zijn louter een weerspiegeling van traditionele handelsrelaties die ofwel gemakkelijk zouden kunnen verdwijnen indien de ondernemingen met een machtspositie zouden besluiten afbraakprijzen toe te passen om hun concurrenten uit te schakelen, ofwel moeilijk zouden kunnen worden afgebroken bij onredelijke prijspraktijken, indien de marginale toevoerbronnen niet gemakkelijk zouden kunnen voldoen aan de vraag van de afnemers van de ondernemingen met een machtspositie die deze onredelijke prijzen toepassen.
- 213 Zoals verzoekster in punt 4.24 van haar verzoekschrift zelf erkent, zijn er geen bewijzen, dat de ondernemingen die naast het door de Commissie geconstateerde duopolie actief zijn op de platinamarkt, of de leden van het duopolie zelf, in staat zijn de gemeenschappelijke markt te isoleren, bijvoorbeeld om selectief te reageren op een besluit van de leden van het oligopolie om de prijzen op mondiaal niveau te verhogen.

- 214 Zelfs indien het bij een wereldmarkt zoals die voor platina en rodium ook nodig zou zijn om de precieze omvang van de afzet van de betrokken marktdeelnemers in de Gemeenschap in de onderhavige zaak te onderzoeken, moet worden vastgesteld, dat het marktaandeel van de combinatie Implats/LPD-Amplats in de Gemeenschap niet wezenlijk verschilde van hun aandeel op de wereldmarkt voor platina.
- 215 Volgens de door de partijen bij de concentratie op het aanmeldingsformulier CO verstrekte gegevens bedroeg het gezamenlijk marktaandeel van Implats/LPD in de Gemeenschap in de periode 1992-1995 namelijk gemiddeld ( ) % (zie CO-formulier, punt 6.1.10, bijlage 6 bij het verzoekschrift), terwijl het marktaandeel van Amplats in 1994 werd geschat op circa 35 tot 50 % en dat van Rusland op circa 25 tot 35 %. Met andere woorden, het gezamenlijke marktaandeel van de combinatie Implats/LPD-Amplats in de Gemeenschap bedroeg ten tijde van de concentratie circa ( ) tot 65 % en zou na de uitputting van de Russische voorraden stijgen tot circa ( ) tot 78 %, aangezien Rusland, blijkens de door partijen bij de concentratie zelf verstrekte gegevens, sinds 1994 circa 50 % uit voorraden had verkocht (zie formulier CO, punt 7.3.2, bijlage 7 bij het verzoekschrift).
- 216 De aan het criterium « marktaandeel » ontleende grief moet derhalve in zijn geheel worden afgewezen.

## 2. De vergelijkbare kostenstructuur van Implats/LPD en Amplats na de concentratie

### Argumenten van partijen

- 217 Naar het oordeel van verzoekster heeft de Commissie ten onrechte aangenomen, dat de nieuwe combinatie en Amplats onvermijdelijk zouden samenspannen

vanwege de vergelijkbare kostenstructuur. Daarbij gaat de Commissie voorbij aan het feit, dat de hoogte van de exploitatiekosten van de verschillende mijnen bij zowel Implats en LPD als Amplats zeer uiteenloopt. Het is hoogst misleidend om uitsluitend van gemiddelde kosten uit te gaan, daar productiebeslissingen per mijnschacht afzonderlijk worden genomen en de concurrentie op het niveau van de marginale kosten speelt.

### Beoordeling door het Gerecht

- 218 De kostenvergelijking van de Commissie is gebaseerd op de grafieken in bijlage II bij de bestreden beschikking, waarin de curves van de exploitatiekosten van de drie Zuid-Afrikaanse producenten zijn weergegeven zoals deze door de partijen bij de concentratie zelf zijn vastgesteld.
- 219 In punt 138, sub b, van de bestreden beschikking merkt de Commissie — door verzoekster niet weersproken — op, dat de kostenstructuur in de platinasector wordt gekenmerkt door inflexibiliteit en hoge vaste kosten, wat inhoudt dat de productie in de platinamijnen niet noemenswaardig kan worden verhoogd of verlaagd, ook al draagt een aantal mijnschachten niet of nauwelijks bij aan de rentabiliteit. Een strategie om de schachten met lage winstmarges te sluiten en zich te concentreren op de meest rendabele schachten zou betekenen dat de vaste kosten over de overblijvende schachten zouden moeten worden verdeeld, hetgeen elke marginale schacht onrendabel zou maken en telkens opnieuw een reeks mijnsluitingen noodzakelijk zou maken.
- 220 De Commissie mocht dus concluderen, dat een producent in de platinasector naar de gehele kostensituatie van zijn exploitaties moet kijken om te beslissen wat

zijn geschikte productieniveau is, en niet alleen naar de exploitatiekosten van een afzonderlijke mijnschacht. Een vergelijking van de kosten van de nieuwe combinatie en Amplats op basis van de totale exploitatiekosten van hun mijnschachten was dan ook volkomen gerechtvaardigd.

- 221 Verzoekster kan niet stellen, dat de Commissie voorbijgaat aan het feit, dat de hoogte van de exploitatiekosten van de verschillende mijnen bij zowel Implats en LPD als Amplats zeer uiteenloopt. Blijkens de grafieken met de curves van de exploitatiekosten van de drie Zuid-Afrikaanse platinaproductanten vóór en na de concentratie, zoals deze door de partijen bij de concentratie zelf zijn vastgesteld (bijlagen II en IV bij de bestreden beschikking), zou de concentratie, ondanks de verschillen in ertskwaliteit, de verwerkings- en raffinagekosten en de administratiekosten die de Commissie in de bestreden beschikking (punt 182) noemt, resulteren in een nieuwe onderneming waarvan de exploitatiekosten voor de mijnen vergelijkbaar waren met die van Amplats.

- 222 Gelet op de omstandigheid dat de betrokken ondernemingen vergelijkbare marktaandelen, aandelen in de wereldreserves en kostenstructuren zouden hebben, heeft de Commissie dus terecht geconcludeerd, dat Amplats en Implats/LPD na de concentratie meer gemeenschappelijke belangen zouden hebben op het gebied van de ontwikkeling van de markt, zodat er een grotere kans bestond op concurrentiebeperkende parallele gedragingen, zoals productiebeperkingen.

- 223 Mitsdien moeten de onderzochte grieven worden afgewezen.

### 3. De kenmerken van de markt

#### a) Transparantie van de markt

#### Argumenten van partijen

- <sup>224</sup> Verzoekster acht de weergave van de Commissie van de marktkenmerken onjuist. Hoewel platina een homogeen product is met een grote prijstransparantie, betekent dit volgens haar niet per se, dat er ook transparantie is op het punt van de verkoopomvang, de productiebeslissingen en de hulpbronnen van de concurrenten, zoals blijkt uit het feit dat Amplats in 1994 haar productieproblemen maandenlang heeft kunnen camoufleren door platina te leasen om haar leveringsverplichtingen na te komen.
- <sup>225</sup> De Commissie verklaart, dat zij in de punten 145 en 146 van de considerans van de beschikking heeft uiteengezet, waarom er een zeer grote transparantie was, niet alleen met betrekking tot de prijzen, maar ook ten aanzien van de productie, de afzet, de reserves en nieuwe investeringen. Verzoekster heeft evenwel geen feiten of omstandigheden aangevoerd die de inhoud van de beschikking weerleggen. Voorts is prijstransparantie de belangrijkste factor aan de hand waarvan bij een oligopolie de mate van transparantie op de markt kan worden bepaald. Ten slotte merkt de Commissie op, dat volgens Lonrho Amplats haar productieproblemen niet geheim kon houden, in tegenstelling tot hetgeen in het NERA-rapport wordt verklaard.

## Beoordeling door het Gerecht

- 226 Verzoekster betwist niet, dat platina een homogeen product is waarvoor de markt over een transparant prijsbepalingsmechanisme beschikt.
- 227 Prijstransparantie is een fundamentele factor om de mate van markttransparantie te bepalen wanneer er een oligopolie bestaat. Via het prijsmechanisme kunnen de leden van het oligopolie in het bijzonder onmiddellijk zien dat andere leden van het oligopolie hebben besloten de status quo te wijzigen door hun marktaandeelen te vergroten, en kunnen zij eventueel de nodige represaillemaatregelen treffen om dit soort pogingen te doen mislukken.
- 228 Blijkens de beschikking (punten 144-146 van de considerans) is in casu sprake van een vrij hoge mate van markttransparantie, onder meer vanwege de notering van platina op de metaalbeurs, de publicatie van productie- en verkoopstatistieken, het kleine aantal rechtstreekse afnemers op de markt dat bovendien bekend is, het feit dat de platinasector uit een kleine relatief gesloten groep van ondernemingen bestaat die nauwe banden onderhouden, het specifieke karakter van de meestal gebruikte contracten, namelijk langetermijncontracten die wederverkoop van het gekochte product verbieden, en het feit dat verhogingen van de productiecapaciteit normaliter via investeringsprojecten verlopen waarvan de bijzonderheden in het algemeen in de betrokken kringen bekend zijn.
- 229 Onder dergelijke omstandigheden moet worden vastgesteld, dat de Commissie terecht heeft geconstateerd, dat er een hoge mate van transparantie was, niet alleen met betrekking tot de prijzen, maar ook ten aanzien van de productie, de afzet, de reserves en nieuwe investeringen.
- 230 Deze grief moet derhalve worden afgewezen.

## b) De groeiperspectieven van de platinamarkt

## Argumenten van partijen

- 231 Verzoekster acht de weergave van de marktkenmerken door de Commissie onjuist. Een trage groei van de vraag staat niet in de weg aan sterke concurrentie en daarmee verband houdende verschuivingen in de marktaandelen. Tot staving hiervan verwijst verzoekster naar punt 4.1.4 van het NERA-rapport: wanneer, zoals in casu, een industrietak wordt gekenmerkt door overcapaciteit, moeten de producenten concurreren, onder meer om hun productiekosten te verlagen teneinde sluiting van hun overvloedige productiecapaciteit te voorkomen. Volgens verzoekster blijkt zowel uit de evolutie van de marktaandelen en de daling van de reële platinaprijzen in de periode 1985-1995, als uit de reactie van Amplats, die haar productie tegen lage prijzen had opgeschroefd, en Implats, die omvangrijke rationaliseringsmaatregelen had getroffen, dat de structuur van de platinamarkt niet tot een oligopolistische samenwerking tussen de belangrijkste producenten had geleid.
- 232 De Commissie betoogt, dat de twee voornaamste producenten na de beoogde concentratie grotendeels vergelijkbare kostenstructuren zouden hebben gehad, zodat zelfs op het punt van kostenbeperking parallel gedrag een slimme strategie zou zijn geweest. Verder is het nog altijd zo, dat een markt met een trage groei niet tot nieuwe marktintrede of tot sterke concurrentie aanzet.

## Beoordeling door het Gerecht

- 233 Verzoekster betwist niet, dat een markt met een trage groei in beginsel niet tot nieuwe marktintrede of tot sterke concurrentie aanzet. Zij betwist enkel, met een

beroep op de ontwikkelingen op die markt tot dusver, dat dit beginsel op de platinamarkt van toepassing is.

- 234 Het standpunt van de Commissie inzake een tendens tot oligopolistische machtsvorming in het verleden (punten 160-172 van de considerans van de bestreden beschikking), gebaseerd op waarnemingen betreffende de groei van de markt en de ontwikkeling van de marktaandeelen in het afgelopen decennium, op de geringe rechtstreekse prijsconcurrentie bij de langetermijncontracten met de afnemers, op de aanhoudend hoge prijzen en op het gedrag van de voornaamste marktdeelnemers, wordt door verzoekster niet weerlegd.
- 235 Verzoeksters redenering is gebaseerd op premissen in termen van groei van de vraag die niet te vergelijken zijn met de verwachte groei van de vraag in de periode 1995-2000. In de periode 1985-1995 waarin zich de wijzigingen in de marktaandeelen, de prijsschommelingen en de reacties van Amplats en Implats hebben voorgedaan waarnaar verzoekster verwijst, is de vraag namelijk bijna verdubbeld van 2 830 000 tot 5 205 000 ounce per jaar (zie NERA-rapport, tabel 3.1, blz. 15), terwijl voor de periode 1995-2000 geen wezenlijke stijging wordt verwacht: een stijging van 4 705 000 tot 5 570 000 ounce per jaar (zie punt 127 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 236 Ten slotte houdt verzoeksters standpunt geen rekening met het effect van de concentratie op de structuur van de markt en van de nieuwe entiteit voor haar belangrijkste concurrent, de vennootschap Amplats. Zelfs indien haar standpunt juist is wat het verleden betreft, doet dit niet af aan het feit dat de twee grootste producenten grotendeels vergelijkbare kostenstructuren zouden hebben gehad en dat, gelet op de structuur van de platinamarkt, concurrentiebeperkend parallel gedrag economisch gezien rationeler zou zijn geweest dan met elkaar concurreren ten koste van de maximalisering van de gezamenlijke winst.

237 Gezien de stabiele situatie op de platinamarkt, met een verwachte gemiddelde groei van circa 3 % per jaar in de periode 1995-2000, mocht de Commissie derhalve concluderen, dat niet werd aangezet tot een intrede van nieuwe concurrenten op de markt of tot agressieve stappen van de bestaande concurrenten om deze extra vraag in te palmen.

238 Verzoeksters grief moet dus worden afgewezen.

c) Het evenwicht tussen vraag en aanbod

#### Argumenten van verzoekster

239 Verzoekster stelt vervolgens, dat de bezorgdheid van de Commissie met betrekking tot een eventuele stijging van de platinaprijs duidelijk mede was ingegeven door de ongegronde vrees dat er vermoedelijk een tekort zou ontstaan (punt 136 van de considerans van de beschikking).

240 Het standpunt van de Commissie wordt haar inziens tegengesproken door de in de industrietak prevaleerende mening, dat momenteel sprake is van een overschot en dat in de komende jaren wellicht weer een evenwicht zou kunnen ontstaan.

## Beoordeling door het Gerecht

- 241 In punt 127 van de considerans van de bestreden beschikking noemt de Commissie *verschillende prognoses met betrekking tot de toekomstige ontwikkeling van de vraag*, te weten de prognoses van partijen zelf en die van Anderson, Wilson & Partners Inc., BOE Nat West Securities, SBC Warburg en Engelhard, die onderling verschillen.
- 242 In de punten 128 tot en met 131 van de beschikking geeft de Commissie evenwel een — door verzoekster overigens niet betwiste — uitvoerige uiteenzetting van de factoren waarop de prognose was gebaseerd dat de vraag de komende jaren matig zou kunnen toenemen.
- 243 Deze factoren waren:
- de stijgende productie van katalysatoren als gevolg van de aanscherping en/of verwachte invoering van milieuwetgeving in de Verenigde Staten, Europa, Brazilië en Argentinië voor het einde van deze eeuw, en het toenemend gebruik van platina in katalysatoren voor auto's met dieselmotoren;
  - de groeiende vraag naar platina in de juwelensector in Japan, de Verenigde Staten en waarschijnlijk China;
  - wat industriële toepassingen betreft, de vervangingsoperaties in de chemische en olie-industrie, daar installaties die tijdens de recessie waren gesloten, thans weer in gebruik worden genomen;

— het toenemend gebruik van pc's, aangezien in de coating van harde schijven en andere onderdelen steeds vaker platina wordt gebruikt;

— en ten slotte op lange termijn het gebruik van brandstofcellen.

<sup>244</sup> Daarnaast wordt, los van de vraag welke van de prognoses van partijen betreffende de ontwikkeling van het aanbod de meest juiste is, door de Commissie in de punten 134 tot en met 136 van de considerans van de bestreden beschikking uiteengezet, dat het mondiale aanbod van platina na de concentratie door de Zuid-Afrikaanse ondernemingen zou worden beheerst en dat een eventueel tekortschietend aanbod bijgevolg alleen door de Zuid-Afrikaanse ondernemingen zou kunnen worden gecompenseerd.

<sup>245</sup> Gelet op deze door verzoekster niet betwiste gegevens, moet worden vastgesteld, dat de Commissie in haar onderzoek betreffende de verwachte ontwikkeling van vraag en aanbod op de platinamarkt geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

<sup>246</sup> De onderzochte grief moet derhalve worden afgewezen.

d) De marginale en alternatieve toevoerbronnen

Argumenten van partijen

<sup>247</sup> Verzoekster stelt, dat de Commissie bij de beoordeling van de factoren die de intrede op de markt bemoeilijken, onvoldoende rekening heeft gehouden met:

- het *cumulatieve* effect van de verschillende marginale en alternatieve toevoerbronnen, met name het groeiend potentieel van gerecycleerde platina;
- de sinds 1985 opgebouwde platinavoorraden van vier miljoen ounce;
- het feit dat steeds vaker palladium in plaats van platina wordt gebruikt;
- de productie in Rusland en de verkoop uit Russische voorraden;
- de plannen voor een omvangrijke nieuwe productie van marginale leveranciers, zoals Stillwater in de Verenigde Staten en Hartley in Zimbabwe.

- 248 Verzoekster merkt in dit verband op, dat in de brief van de Zuid-Afrikaanse regering van 19 april 1996 staat, dat de wereldreserves buiten Zuid-Afrika en Zimbabwe theoretisch gedurende 20 jaar aan de mondiale vraag kunnen voldoen.
- 249 De Commissie heeft in wezen niet onderzocht welk effect de verschillende marginale en alternatieve toevoerbronnen en andere concurrentiefactoren zouden hebben gehad in geval van een prijsstijging van bijvoorbeeld 10 tot 20 %. Zou een dergelijke prijsstijging gehandhaafd kunnen blijven, dan zou dit inderdaad erop hebben gewezen, dat de nieuwe entiteit samen met Amplats in staat is zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen van de andere concurrenten, hun afnemers en, ten slotte, de consument.
- 250 De Commissie heeft dus niet naar behoren onderzocht, hoe de prijzen zich zonder de door verzoekster aangevoerde factoren zouden hebben ontwikkeld, laat staan dat zij is ingegaan op de steeds grotere rol die deze factoren in de toekomst zouden spelen indien de hypothetische prijsstijging, die de Commissie bovenal zorgen baart, zich zou voordoen. Dit vormt een motiveringsgebrek dat een schending van artikel 190 van het Verdrag oplevert, aangezien duidelijk is, dat de resterende 37 % van de markt, dat wil zeggen de marginale toevoerbronnen, in combinatie met andere factoren prijsstijgingen binnen de perken zal kunnen houden.
- 251 De Commissie verwijst naar de punten 91 tot en met 95 van de considerans van de bestreden beschikking betreffende recycling, naar de punten 29 tot en met 32 inzake de substitutie van platina door palladium, naar punt 138, sub c, betreffende de voorraden, de punten 122 tot en met 125, 134, 135 en 173 ter zake van de Russische productie en de verkoop uit de Russische voorraden, naar de punten 85 tot en met 90 en punt 138, sub c, met betrekking tot de nieuwe productie, en naar de punten 193 tot en met 204 inzake de economische analyse van partijen. Aan het slot van punt 138 van de considerans van de bestreden beschikking heeft zij geconcludeerd, dat de reacties van de secundaire bronnen aan de aanbodzijde — te weten de voorraden, nieuwe mijnen en terugwinning — misbruik van een machtspositie niet zullen kunnen verhinderen. Voorts heeft zij in punt 203 verklaard, dat zij het zeer onwaarschijnlijk acht, dat leveranciers buiten het oligopolie, de voorraden buiten Rusland en de beschikbaarheid van teruggewonnen platina voldoende invloed op de markt zullen hebben om

misbruik van een gezamenlijke machtspositie tegen te gaan. Deze laatste conclusie gaat uit van de huidige situatie van Rusland, als belangrijkste bron van concurrentie op de markt buiten LPD.

- 252 Met betrekking tot verzoeksters argument, dat 37 % van de markt — de marginale toevoerbronnen — samen met andere factoren de prijsstijgingen zou kunnen afremmen, stelt de Commissie, dat de Zuid-Afrikaanse producenten in 1995 alleen al 63 % van de markt in handen hadden en dat dit percentage nog aanzienlijk zou stijgen (tot circa 80 %) wanneer Rusland vanaf 1997 niet meer uit zijn voorraden zou verkopen. Een belangrijk deel van de marginale concurrentie was overigens hypothetisch en had pas over een paar jaar druk kunnen uitoefenen op de markt.
- 253 Ten slotte betoogt de Commissie, dat verzoekster haar stelling dat de wereldreserves buiten Zuid-Afrika en Zimbabwe theoretisch de komende 20 jaar aan de mondiale vraag zouden kunnen voldoen, niet heeft onderbouwd. Verzoekster heeft evenmin aangegeven, welke gevolgen deze «theoretisch» toereikende andere reserves voor de markt zouden kunnen hebben.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 254 Verzoeksters standpunt heeft geen feitelijke grondslag.
- 255 In de punten 93, 94 en 95 van de considerans van de bestreden beschikking onderzoekt de Commissie de grenzen van de groeimogelijkheden voor de terugwinning van platina, met name uit katalysatoren, waar deze grenzen verband houden met de kosten van de inzameling van afvalstoffen, met het aantal auto's dat naar de Derde Wereld wordt uitgevoerd en dus buiten het recyclagesysteem vallen, en met andere factoren.

- 256 In punt 138, sub c, van de considerans houdt zij adequaat rekening met de kwestie van de sinds 1985 opgebouwde voorraden van vier miljoen ounce.
- 257 In de punten 29 tot en met 32 onderzoekt zij, hoever de toenemende substitutie van platina door palladium zich zal doorzetten.
- 258 De Russische productie en de verkoop uit de Russische voorraden stelt de Commissie in punt 81 van de considerans aan de orde. In de punten 123 tot en met 125, 134 en 173 beoordeelt zij de ontwikkelingsmogelijkheden voor de Russische productie. In de punten 171 en 173 oppert zij de mogelijkheid dat Rusland zijn voorraden selectief zal gebruiken voor een eventuele monopolistische poging de productie te beperken, om deze mogelijkheid uiteindelijk uit te sluiten.
- 259 De plannen van marginale leveranciers als Stillwater in de Verenigde Staten en Hartley in Zimbabwe worden in punt 88 onderzocht.
- 260 Het cumulatieve effect van de verschillende marginale en alternatieve toevoerbronnen komt in de punten 138, sub c, en 202 van de considerans aan de orde.
- 261 Hieruit blijkt dat de Commissie, anders dan verzoekster stelt, voldoende rekening heeft gehouden met deze beoordelingsfactoren en dat zij haar beschikking op dat punt naar behoren heeft gemotiveerd.
- 262 Ten aanzien van verzoeksters argument, dat de Commissie niet naar behoren heeft onderzocht, hoe de prijzen zich zonder de door haar aangevoerde factoren zouden hebben ontwikkeld, kan worden volstaan met de vaststelling, dat de Commissie bij de beoordeling van het voorzienbare effect van een concentratie op

de markt niet hoeft te onderzoeken, hoe de markt zich in het verleden zou hebben ontwikkeld zonder een of andere concurrentiefactor. In het kader van haar onderzoek hoeft de Commissie immers enkel na te gaan of, met name gelet op de ontwikkeling van de concurrentievoorwaarden op de betrokken markt in het verleden, als gevolg van de concentratie voor een of meer ondernemingen een economische machtspositie kan ontstaan die misbruik mogelijk maakt, in het bijzonder op het punt van prijsverhogingen.

263 Verzoeksters grieven moeten bijgevolg worden afgewezen.

e) De structurele banden

Argumenten van partijen

264 Verzoekster betoogt, dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de rechtspraak van het Gerecht (arrest van 10 maart 1992, SIV e.a./Commissie, T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr. blz. II-1403; hierna: «vlakglasarrest»), waarin de vaststelling van een gezamenlijke machtspositie in de context van artikel 86 van het Verdrag afhankelijk werd gesteld van het bestaan van structurele banden tussen beide ondernemingen, bijvoorbeeld doordat zij door middel van een overeenkomst of licentie over een technologische voorsprong beschikken die hen in staat stelt zich onafhankelijk te gedragen van hun concurrenten, hun afnemers en, ten slotte, de consument. In casu heeft de Commissie niet aangetoond, dat er structurele banden zijn, en evenmin het bewijs geleverd, dat de nieuwe combinatie en Amplats zich als één entiteit met een machtspositie zouden gaan gedragen. Dit levert tevens een schending van de motiveringsplicht van artikel 190 van het Verdrag op.

265 Dienaangaande beklemt oont verzoekster, dat de Commissie in de bestreden beschikking (punten 156 en 157 van de considerans) de volgende feiten als structurele banden tussen de nieuwe combinatie en Amplats aanvoert:

— banden in bepaalde bedrijfstakken, inclusief een gezamenlijke onderneming in de staalsector;

— de recente aankoop door AAC van 6 % van de aandelen van Lonrho met een voorkeursrecht op nog eens 18 %.

266 Deze vaststelling schiet volgens verzoekster in drie opzichten tekort.

267 Om te beginnen heeft geen van deze omstandigheden rechtstreeks betrekking op de sector platinametalen. De eerste omstandigheid betreft specifiek de banden met andere sectoren, terwijl zowel de eerste als de tweede omstandigheid veeleer AAC aangaat, en niet zozeer haar partner in de platinasector Amplats.

268 Verder gaat het geenszins om structurele banden die volgens het vlakglasarrest voldoende grond opleveren om een gezamenlijke machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag aan te nemen.

269 Ten slotte is volgens haar de recente deelneming van AAC in het kapitaal van Lonrho nadelig voor Gencor en de concentratie. Zij vormt op zichzelf een aanwijzing voor het feit, dat de banden tussen de verschillende ondernemingen niet in de weg stonden aan een agressieve onderlinge concurrentie.

- 270 De Commissie betoogt, dat zij zich in eerdere beschikkingen niet steeds op het bestaan van economische banden heeft beroepen om de vaststelling van een gezamenlijke machtspositie te onderbouwen. In het vlakglasarrest (punt 358) heeft het Gerecht het bestaan van economische banden niet tot noodzakelijk criterium verheven, noch het begrip economische banden beperkt tot de structurele banden die verzoekster noemt. Onder «economische banden» kan haars inziens dan ook mede de relatie van onderlinge afhankelijkheid tussen de leden van een hecht oligopolie worden verstaan.
- 271 Zelfs indien het Gerecht het bestaan van economische banden in de context van artikel 86 van het Verdrag als voorwaarde heeft gesteld, betekent dit overigens nog niet, dat deze eis ook voor de controle op concentraties geldt.
- 272 Doch ook indien het begrip economische banden enger wordt geïnterpreteerd, blijkt er, ondanks verzoeksters neiging deze te onderschatten, een aantal van dergelijke banden tussen de partijen bij de voorgenomen concentratie en Amplats te bestaan waardoor de gemeenschappelijke belangen van de leden van een hecht oligopolie zouden kunnen worden versterkt (punten 155 en 157 van de considerans van de bestreden beschikking).

### Beoordeling door het Gerecht

- 273 In het vlakglasarrest heeft het Gerecht enkel bij wijze van voorbeeld naar het bestaan van economische banden verwezen, doch niet verklaard dat er dergelijke banden moeten bestaan alvorens van een gezamenlijke machtspositie sprake kan zijn.
- 274 Het heeft enkel beklemtoond (punt 358 van het arrest), dat in beginsel niet kan worden uitgesloten, dat twee of meer onafhankelijke economische entiteiten op een specifieke markt door zodanige economische banden zijn verenigd, dat zij hierdoor tezamen ten opzichte van de andere ondernemingen op dezelfde markt een machtspositie bezitten. Het voegde hieraan toe (hetzelfde punt), dat dit

bijvoorbeeld het geval kan zijn, wanneer twee of meer onafhankelijke ondernemingen tezamen door middel van een overeenkomst of een licentie over een technologische voorsprong beschikken die het hun mogelijk maakt, zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen van hun concurrenten, hun afnemers en, ten slotte, de consument.

- 275 Uit dat arrest kan evenmin worden afgeleid, dat het Gerecht het begrip economische banden heeft beperkt tot de structurele banden die verzoekster noemt.
- 276 Verder is er juridisch noch economisch enige reden om de relatie van onderlinge afhankelijkheid van de leden van een hecht oligopolie — waarbinnen zij op een markt met de desbetreffende kenmerken, waaronder concentratie van de markt, transparantie en producthomogeniteit, hun wederzijdse gedragingen kunnen voorzien en er dus sterk toe worden aangezet hun gedragingen op de markt onderling af te stemmen om aldus, via beperking van de productie in de hoop daarmee de prijs op te drijven, met name hun gezamenlijke winst te vergroten — van het begrip economische banden uit te sluiten. In een dergelijke situatie van een hecht monopolie beseft elke marktdeelnemer dat indien hij een concurrentieslag ontketent om zijn marktaandeel te vergroten (bijvoorbeeld door de prijs te verlagen), anderen soortgelijke stappen zouden ondernemen, zodat zijn initiatief hem geen voordeel zou opleveren. Alle marktdeelnemers zouden dan van de prijsdaling te lijdten hebben.
- 277 Deze conclusie geldt te meer op het gebied van de controle op concentraties, welke ten doel heeft, het ontstaan of de versterking van concurrentiebeperkende marktstructuren tegen te gaan. Dergelijke structuren kunnen zowel het gevolg zijn van het bestaan van economische banden in de door verzoekster bepleite enge zin, als van de structuren van oligopolistische markten, waarop iedere marktdeelnemer zich bewust kan worden van de gemeenschappelijke belangen en met name de prijzen kan laten stijgen zonder een overeenkomst te moeten sluiten of zijn toevlucht te moeten nemen tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging.
- 278 Verzoeksters grief, dat de Commissie in casu niet het bestaan van structurele banden heeft aangetoond, is dus niet relevant.

- 279 De Commissie mocht op basis van de verwachte wijziging van de marktstructuur en de vergelijkbare kostenstructuur van Amplats en Implats/LPD concluderen, dat de voorgenomen concentratie een gezamenlijke machtspositie in het leven zou roepen en in feite tot een duopolie van beide ondernemingen zou leiden.
- 280 Hiertoe kon zij eveneens rekening houden met de in de punten 156 en 157 van de considerans van de bestreden beschikking genoemde economische banden
- 281 Verzoekster kan de relevantie van deze banden niet betwisten op grond dat zij niet rechtstreeks op de sector platinametalen betrekking hadden en veeleer AAC aangingen dan Amplats. De banden tussen de belangrijkste platinaproductanten betreffende activiteiten buiten de productie van platinametalen (punt 156 van de considerans van de beschikking) heeft de Commissie namelijk niet in aanmerking genomen als factoren die het bestaan van economische banden in de strikte zin die verzoekster aan dit begrip geeft, bewijzen, maar als factoren waarvan een beteugelende werking uitgaat op de leden van een oligopolie, aangezien het risico van represailles toeneemt indien een lid zich op een wijze gaat gedragen die de andere leden onaanvaardbaar vinden. Dit wordt overigens bevestigd in een studie van een consultant van 6 mei 1994 inzake de mogelijke reacties van concurrenten op de interactie tussen Implats en LPD, een van de documenten die door de directies van Gencor en Implats is overgelegd (punt 158 van de considerans). Volgens de consultant zou één van de mogelijke scenario's zijn: «disciplinerende aanvallen en signalen — gerichte prijsoorlogen, bijvoorbeeld ten aanzien van Rh [dit wil zeggen rodium]».
- 282 Het feit dat deze banden betrekking hebben op AAC en niet rechtstreeks op Amplats, doet niet af aan de redenering van de Commissie. Daar AAC zeggenschap heeft over Amplats, mocht de Commissie aannemen, dat de banden tussen AAC en andere al dan niet op de markten voor platinametalen opererende ondernemingen een gunstige of ongunstige uitwerking konden hebben op Amplats.

- 283 Ten aanzien van het argument, dat de recente deelneming van AAC in het kapitaal van Lonrho nadelig was voor Gencor en de concentratie en op zichzelf een aanwijzing vormde voor het feit, dat de banden tussen de verschillende ondernemingen niet in de weg stonden aan een agressieve onderlinge concurrentie, moet worden opgemerkt, dat verzoekster geen bewijs van het nadeel van die deelneming heeft geleverd, en dat ongeacht de redenen die aan de deelneming ten grondslag lagen, daarmee de reeds bestaande banden tussen de belangrijkste concurrenten werden verstevigd.
- 284 De onderzochte grief moet derhalve worden afgewezen.

f) De andere mogelijkheden van concurrentie dan technologische voorsprong

#### Argumenten van partijen

- 285 Verzoekster merkt op, dat ofschoon de productie- en mijnbouwtechnologie tot rijping zijn gekomen, de Commissie geen rekening heeft gehouden met de andere, niet-technische aspecten van de concurrentievoordelen, zoals de beschikbare mijnbouwreserves, de bedrijfsvoering en de uiteenlopende subsidies voor de verschillende producenten, welke een grote verscheidenheid aan concurrentievermogen van de ondernemingen laten zien.
- 286 De Commissie ontkent niet, dat er concurrentie mogelijk is in een sector waarin de technologie tot rijping is gekomen. Doch wanneer er geen technologische veranderingen zijn, valt een belangrijke bron van concurrentie weg. Verder blijkt uit verzoeksters argument op zich al, hoe belangrijk verschillen in managementstijl en hulpbronnen zijn. Een van de belangrijkste kenmerken van de voorgenomen concentratie, vanuit het oogpunt van haar effect op de mededin-

ging, is het feit dat daardoor een concurrent (LPD) zou zijn uitgeschakeld, waarvan de managementstijl en de kostenstructuur aanmerkelijk verschilden van die van Implats en Amplats.

### Beoordeling door het Gerecht

- 287 In tegenstelling tot hetgeen verzoekster stelt, heeft de Commissie in de punten 152 en 153 van de considerans van de bestreden beschikking wel rekening gehouden met het feit, dat ook in een sector waarin de technologie tot rijping is gekomen, nog altijd concurrentie mogelijk is via de toepassing van nieuwe werkwijzen en nieuwe productietechnieken, alsmede met het feit dat er verschillen in management bestonden tussen de vier grootste platinaproductanten, dat de technologische ontwikkelingen in de platinawinning erg traag gaan en dat er geen belangrijke technologische doorbraak werd verwacht die de productiestructuur in de platinasector ingrijpend zou wijzigen.
- 288 In de beschikking is dus wel degelijk rekening gehouden met de overige, niet-technische aspecten van de concurrentievoordelen. Deze grief van verzoekster moet derhalve worden afgewezen.

g) De inaanmerkingneming van de reactie van belanghebbende derden

### Argumenten van verzoekster

- 289 Volgens verzoekster zou de Commissie geen rekening hebben gehouden met het feit dat, zoals opgemerkt in de punten 2.17 tot en met 2.21 van het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar, de meeste afnemers en andere derden die zij heeft geraadpleegd, neutraal of positief stonden tegenover de concentratie.

Indien zij niet hadden gemeend, dat de marginale en andere concurrentiefactoren op de markt een eventuele prijsstijging zouden beteugelen, hadden zij stellig negatief gereageerd.

### Beoordeling door het Gerecht

- <sup>290</sup> Verzoekster levert geen bewijs dat haar bewering kan staven. Dat de Commissie zich na haar eigen marktanalyse aansloot bij het standpunt van de afnemers en andere belanghebbende derden die zich negatief over de voorgenomen concentratie hadden uitgelaten, bewijst niet, dat zij het standpunt van hen die een positieve of neutrale reactie te kennen hadden gegeven, buiten beschouwing heeft gelaten.
- <sup>291</sup> Hoe het ook zij, ofschoon de mening van afnemers en andere derden een belangrijke informatiebron kan zijn omtrent het voorzienbare effect van de concentratie op de markt, kan deze de Commissie niet binden in haar autonome beoordeling van het effect van de concentratie op deze markt.
- <sup>292</sup> De onderzochte grief moet derhalve worden afgewezen.

## h) Eerdere tendensen tot oligopolistische machtsvorming

## Argumenten van partijen

- 293 Verzoekster stelt, dat waar de Commissie vaststelt, dat in de platinasector reeds eerder sprake was van een tendens tot vorming van een gezamenlijke machtspositie, zij voorbijgaat aan het feit, dat de marktaandelen door de jaren heen schommelingen hebben vertoond (verzoekster verwijst naar het NERA-rapport, tabel op blz. 15), en dat, zoals de Commissie zelf erkent, de geleidelijke daling van de marktaandelen van de belangrijkste producenten op een zekere mate van concurrentie op de markt had geduid. Verder waren de prijzen gedurende het laatste decennium reëel gedaald (zij verwijst naar het NERA-rapport, tabel 3.2 op blz. 18; bijlage 10, aanhangsel 3, bij het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar, overgenomen in bijlage 11 bij het verzoekschrift).
- 294 De Commissie betoogt, dat hoewel in de beschikking zelf wordt gesteld, dat er in het verleden enige concurrentie was, er ook sprake was van parallelle en kartelachtige gedragingen.

## Beoordeling door het Gerecht

- 295 In tegenstelling tot hetgeen verzoekster stelt, blijkt uit de punten 166 en 173 alsook uit de punten 168 tot en met 172 en 204 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de Commissie zowel de schommelingen van de marktaandelen als de prijsontwikkelingen naar behoren in aanmerking heeft genomen bij haar onderzoek betreffende de specifieke concurrentiesituatie waarin de Zuid-Afrikaanse leveranciers vóór de concentratie hadden geopereerd.
- 296 Verzoeksters grief moet derhalve worden afgewezen.

## i) Conclusie

- 297 Uit al het voorgaande volgt, dat in de bestreden beschikking (punt 219 van de considerans) terecht is geconcludeerd, dat door de concentratie een duopolistische machtspositie van Amplats en Implats/LPD op de platina- en rodiummarkt zou zijn ontstaan, waardoor de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt op significante wijze zou worden belemmerd in de zin van artikel 2 van verordening nr. 4064/89. Uit het voorgaande volgt tevens, dat de motivering van de beschikking voldoet aan de eisen van artikel 190 van het Verdrag.
- 298 Nu alle grieven van verzoekster zijn afgewezen, moeten ook de thans onderzochte middelen worden afgewezen.

*IV — De middelen betreffende schending van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 aangezien de Commissie de door de partijen bij de concentratie voorgestelde verbintenissen niet zou hebben aanvaard, en schending van artikel 190 van het Verdrag*

*Argumenten van partijen*

- 299 Verzoekster verklaart, dat de Commissie het recht onjuist heeft toegepast, doordat zij de door de partijen bij de concentratie voorgestelde verbintenissen niet heeft aanvaard, en dat zij deze afwijzing bovendien niet rechtens voldoende heeft gemotiveerd, zodat zij daarmee tevens artikel 190 van het Verdrag heeft geschonden.
- 300 Zij herinnert eraan, dat blijktens punt 215 van de considerans van de bestreden beschikking de partijen de Commissie een ontwerp-verbintenis hebben voorgesteld om de mededingingsbezwaren van de concentratie weg te nemen. De

verbintenis is voorgelegd aan de lidstaten en besproken tijdens de vergadering van het Adviescomité van 9 april 1996.

301 De verbintenis omvatte drie elementen:

a) ontwikkeling van () ounce extra capaciteit bij ();

b) bevrozing van de productie op het huidige niveau van () ounce per jaar;

c) creëring van een «nieuwe aanbieder» op de markt.

302 Haars inziens heeft de Commissie de verbintenis ten onrechte afgewezen (punt 216 van de considerans van de bestreden beschikking), overwegende dat deze louter betrekking had op gedragingen en derhalve niet kon worden aanvaard op grond van verordening nr. 4064/89. Volgens verzoekster heeft de Commissie reeds eerder louter op gedragingen betrekking hebbende verbintenissen aanvaard krachtens die verordening. Ter adstructie noemt zij een aantal beschikkingen waarbij de Commissie duidelijk dergelijke verbintenissen heeft aanvaard.

303 Volgens verzoekster is de verbintenis in punt 216 van de considerans van de bestreden beschikking afgewezen op grond dat «de productie bij andere mijnen van de combinatie voortijdig kan worden beperkt om de productie op het niveau van () ounce te handhaven, waardoor het totale aanbod wordt beperkt». Dit argument is haars inziens niet steekhoudend. De verbintenis betrof de ontwikkeling van () ounce extra capaciteit bij () *en* handhaving van de productie op het

huidige niveau. Van beperking van de productie kon bijgevolg pas sprake zijn wanneer de extra capaciteit beschikbaar was.

- 304 Verzoekster betwist eveneens het argument van de Commissie (punt 216 van de considerans van de bestreden beschikking), dat indien één producent zijn productie op een bepaald niveau zou handhaven, dit bekend zou worden bij Amplats, het andere lid van het oligopolie, hetgeen een opwaartse druk op de prijzen met zich zou brengen. De verbintenis behelsde geen productieplafond voor de nieuwe combinatie. Amplats kon er derhalve niet van uitgaan, dat de nieuwe combinatie op een stijging van de vraag zou reageren door haar productie op het huidige niveau te handhaven. Hoe het ook zij, ondernemingen mogen een redelijke winst behalen uit hun economische activiteiten, zolang de hoogte ervan mededingingsrechtelijk niet onaanvaardbaar of oneerlijk is. Iedere gedraging van de nieuwe combinatie en Amplats die een dergelijke winst oplevert, kan voor de Zuid-Afrikaanse autoriteiten reden zijn om op te treden.
- 305 Verzoekster stelt tevens, dat de Commissie volledig is voorbijgegaan aan de constatering van de Zuid-Afrikaanse autoriteiten, dat Amplats reeds een machtspositie innam, die daadwerkelijk concurrentie zou hebben ondervonden van de nieuwe combinatie. De opstelling van de Commissie valt derhalve niet te rijmen met de gefundeerde bezorgdheid van de Zuid-Afrikaanse autoriteiten met betrekking tot de bestaande marktstructuur.
- 306 Met betrekking tot de creëring van een «nieuwe aanbieder», hetgeen volgens de Commissie nauwelijks effect zou sorteren, verklaart verzoekster, dat indien zij op de andere punten van kritiek op het standpunt van de Commissie inzake de verbintenis in het gelijk wordt gesteld, dit aspect van de bestreden beschikking niet kan worden gehandhaafd.
- 307 Voorts betwist zij de bewering van de Commissie, dat in de verbintenis niet de marktgroei tot uitdrukking komt die door alle betrokkenen wordt verwacht (punt 216 van de considerans van de bestreden beschikking). Dit standpunt

strookt volgens verzoekster niet met de mening van de meeste fabrikanten, dat er een *overschot* was en de markt wellicht over enkele jaren weer in evenwicht zou zijn. Dit wordt bevestigd door ten minste drie onafhankelijke rapporten, gevoegd bij het antwoord van partijen op de mededeling van de punten van bezwaar, waarop de Commissie in de bestreden beschikking slechts kort is ingegaan. Tegen deze achtergrond was de toezegging van partijen om de productie op het huidige niveau te handhaven een stap die de voornaamste reden tot bezorgdheid van de Commissie had kunnen wegnemen.

308 Verder was het volgens verzoekster mogelijk geweest op de nakoming van de voorgestelde verbintenis toe te zien. Met name de handhaving van het productieniveau had de Commissie kunnen controleren door partijen ertoe te verplichten, ieder kwartaal de productiecijfers over te leggen. Deze hadden dan jaarlijks kunnen worden vergeleken met de — door accountants gecontroleerde — cijfers van het jaarverslag en de jaarrekening. Het andere element van de voorgestelde verbintenis, te weten de ontwikkeling van het ()-project, had ondanks het structurele karakter ervan naar het oordeel van verzoekster gemakkelijk kunnen worden geverifieerd door middel van door accountants gecontroleerde voortgangsrapporten en jaarlijkse bezoeken ter plaatse. De controle op de naleving van de toezeggingen zou dan ook niet moeilijker zijn geweest dan bij de in andere zaken aanvaarde verbintenissen.

309 Ten slotte had de Commissie de afwijzing van de voorgestelde verbintenis niet mede mogen baseren op het feit, dat het toezicht op de naleving werd bemoeilijkt doordat alle productie-inrichtingen van het nieuwe concern zich in Zuid-Afrika zouden bevinden. Zo de Commissie gemeenschapsrechtelijk en volkenrechtelijk al de bevoegdheid heeft een volledig buiten de Gemeenschap tot stand te brengen concentratie te verhinderen, moet zij daarop toch ten minste dezelfde normen en criteria toepassen als op een fusie binnen de Gemeenschap.

310 De Commissie betwist, dat de verbintenis handhaving van de productie *en* ontwikkeling van het ()-project, dus een productieverhoging, zou omvatten.

Volgens haar behelst de voorgestelde verbintenis enkel *handhaving* van het huidige productieniveau, ook bij ontwikkeling van nieuwe productiecapaciteit. In de bestreden beschikking (punt 216) wordt toegelicht, waarom dit op een groeiende markt in geen geval voldoende zou zijn geweest. Verzoeksters argument, dat Amplats er niet van uit kon gaan, dat de nieuwe combinatie de productie niet zou verhogen in reactie op een stijging van de vraag, komt neer op een ontkenning van het bestaan van een oligopolie. Ten slotte is het vergezocht, en wel op de in het kader van het eerste middel aangevoerde gronden, om te veronderstellen, dat de Zuid-Afrikaanse mededingingsautoriteiten er belang bij zouden hebben om op te treden in geval van een bewuste beperking van de productie.

- 311 Louter op gedragingen betrekking hebbende verbintenissen kunnen naar het oordeel van de Commissie niet worden aanvaard. In de context van verordening nr. 4064/89 moet het middel tegen een concentratie van economische macht op de markt als gevolg van een fusie structureel van aard zijn. Daar de verordening situaties beoogt te voorkomen waarin zich concurrentiebeperkende gedragingen, die geen onderlinge afstemming impliceren, kunnen voordoen, komen enkel verbintenissen in aanmerking die erop zijn gericht misbruik tegen te gaan. Artikel 2 van de verordening verbiedt de Commissie overigens specifiek concentraties goed te keuren die een machtspositie in het leven roepen of versterken. De toezegging geen misbruik te maken van een machtspositie, is dan ook niet voldoende en voldoet niet aan de eisen van de verordening.
- 312 Verzoeksters standpunt inzake de in een aantal eerdere zaken voorgestelde en aanvaarde verbintenissen deelt de Commissie niet. Een verbintenis kan als structureel worden aangemerkt, wanneer zij een structureel probleem regelt, bijvoorbeeld de toegang tot de markt. In dit verband behoeft niet nader te worden ingegaan op de vraag, of de verbintenis het ()-project te ontwikkelen zelf structureel was, aangezien daarmee geenszins het aan de orde zijnde probleem op het punt van de mededinging zou zijn opgelost.

*Beoordeling door het Gerecht*

- 313 Om te beginnen moet worden onderzocht, welke verbintenissen in de context van verordening nr. 4064/89 kunnen worden aanvaard, waarbij in het bijzonder moet worden nagegaan, of de stelling van de Commissie, dat louter op gedragingen betrekking hebbende verbintenissen niet kunnen worden aanvaard, rechtens gefundeerd is.
- 314 Gelet op de zevende overweging van de considerans, volgens welke «een nieuw rechtsinstrument moet worden geschapen waardoor alle concentraties daadwerkelijk kunnen worden gecontroleerd op hun effect op de mededingingsstructuur in de Gemeenschap», ziet verordening nr. 4064/89 primair op de controle op marktstructuren, en niet op de controle op gedragingen van ondernemingen, welke in hoofdzaak in de artikelen 85 en 86 van het Verdrag is geregeld.
- 315 Artikel 8, lid 2, van de verordening bepaalt:

«Indien de Commissie vaststelt dat een aangemelde concentratie, eventueel na door de betrokken ondernemingen gewijzigd te zijn, voldoet aan het in artikel 2, lid 2, gedefinieerde criterium, geeft zij een beschikking waarbij zij verklaart dat de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is.

Zij kan aan haar beschikking voorwaarden en verplichtingen verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de door hen ten opzichte van de Commissie aangegane verbintenissen om het oorspronkelijke concentratieplan te wijzigen, nakomen (...)»

- 316 Uit bovenstaande bepalingen en artikel 2, lid 3, van de verordening blijkt, dat wanneer de Commissie tot de conclusie komt, dat de concentratie een machtspositie in het leven roept of versterkt, zij deze moet verbieden, ook indien de bij

de voorgenomen transactie betrokken ondernemingen zich jegens de Commissie ertoe verbinden, daarvan geen misbruik te maken.

- 317 Daar de verordening immers het ontstaan of de versterking van marktstructuren beoogt te voorkomen die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt op significante wijze zouden kunnen belemmeren, kan het ontstaan van dit soort situaties niet worden aanvaard op grond dat de betrokken ondernemingen zich ertoe verbinden geen misbruik te maken van hun machtspositie, zelfs niet indien de nakoming van deze verbintenis gemakkelijk te verifiëren is.
- 318 In het kader van verordening nr. 4064/89 is de Commissie dus slechts bevoegd verbintenissen te aanvaarden die de aangemelde concentratie verenigbaar kunnen maken met de gemeenschappelijke markt. Met andere woorden, de door de betrokken ondernemingen voorgestelde verbintenissen moeten de Commissie in staat stellen te concluderen, dat de betrokken concentratie geen machtspositie in het leven roept of versterkt in de zin van artikel 2, leden 2 en 3, van de verordening.
- 319 Het maakt dus niet uit, of de voorgestelde verbintenis als louter op gedragingen betrekking hebbende verbintenis dan wel als structurele verbintenis kan worden aangemerkt. Ofschoon structurele verbintenissen, zoals verkleining van het marktaandeel van de uit de concentratie voortgekomen entiteit via de verkoop van een dochteronderneming, gelet op het doel van de verordening in beginsel de voorkeur verdienen, aangezien deze het ontstaan of de versterking van de eerder door de Commissie geconstateerde machtspositie definitief of althans voor langere tijd verhinderen, en wel zonder toezichtsmaatregelen op de middellange of lange termijn, kan niet bij voorbaat worden uitgesloten, dat ook verbintenissen die op het eerste gezicht louter op gedragingen betrekking lijken te hebben, zoals het niet gebruiken van een merk gedurende een bepaalde periode of het ter beschikking stellen van een deel van de productiecapaciteit van de uit de concentratie voortgekomen entiteit aan een derde, dan wel, meer in het algemeen, de toegang op niet-discriminerende voorwaarden tot belangrijke infrastructuur, het ontstaan of de versterking van een machtspositie kunnen verhinderen.

- 320 Dit betekent, dat de door de betrokken ondernemingen voorgestelde verbintenissen van geval tot geval moeten worden beoordeeld.
- 321 Hoewel verzoekster in casu de ontwikkeling van het (-)project als structurele verbintenis aanmerkt, betwist zij niet dat deze verbintenis, zoals de Commissie in de bestreden beschikking zegt (punt 216 van de considerans), evenmin als de andere voorgestelde verbintenissen, te weten handhaving van de productie op een bepaald niveau en de creëring van een nieuwe aanbieder, geen oplossing biedt voor het probleem van de oligopolistische marktstructuur als gevolg van de concentratie.
- 322 De eerste twee verbintenissen veranderen namelijk niets aan de structuur van de betrokken markt als duopolistische markt, doch plaatsen het productiebeleid van Implats/LPD enkel in het kader van wat eruit ziet als een loutere verplichting tot een minimumproductie, die weliswaar de kans op misbruik van de machtspositie in de toekomst kan verkleinen, afhankelijk van de ontwikkeling van de vraag, maar niet het uitblijven van elke vorm van misbruik of, wat nog belangrijker is, het verdwijnen van de machtspositie zelf garandeert.
- 323 Verzoekster kan evenmin stellen, dat de Commissie de verbintenis niet kon afwijzen op grond dat, indien Implats/LPD haar productie op een bepaald niveau zou handhaven, dit bekend zou worden bij Amplats, hetgeen een opwaartse druk op de prijzen met zich zou brengen. In plaats van aan te tonen, dat de voorgestelde verbintenis de als gevolg van de concentratie ontstane duopolistische machtspositie zou wegnemen, stelt het aangevoerde argument immers enkel het bestaan zelf van een machtspositie ter discussie. Op dat punt zijn verzoeksters argumenten evenwel reeds verworpen in het kader van het middel inzake schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 met betrekking tot de vaststelling van de gezamenlijke machtspositie.
- 324 Ten aanzien van verzoeksters argumenten, dat ondernemingen een redelijke winst mogen behalen uit hun economische activiteiten en dat iedere gedraging van de nieuwe combinatie en Amplats die een mededingingsrechtelijk onredelijke winst

oplevert, voor de Zuid-Afrikaanse autoriteiten reden kan zijn om op te treden, kan worden volstaan met de vaststelling dat zij, ongeacht of zij gegrond zijn, niet relevant zijn voor de beoordeling, of de voorgestelde verbintenis al dan niet de door de concentratie ontstane belemmering van de mededingingsstructuur zou kunnen wegnemen.

- 325 Ter zake van de derde verbintenis, de creëring van een nieuwe aanbieder, volstaat de opmerking, dat verzoekster niet het standpunt van de Commissie betwist, dat deze verbintenis een te verwaarlozen invloed heeft op het toekomstige aanbod van platina aan de eindgebruikers. Verzoekster beklemtoont enkel, dat indien zij op de andere punten van kritiek op het standpunt van de Commissie inzake de verbintenis in het gelijk wordt gesteld, dit aspect van de beschikking niet kan worden gehandhaafd, waarmee zij erkent, dat dit een accessoire verbintenis is.
- 326 Nu de Commissie, gelijk hierboven is beslist, de eerste twee verbintenissen op goede gronden heeft afgewezen, kan haar geen kennelijke beoordelingsfout worden verweten bij de vaststelling, dat de derde verbintenis, ongeacht haar aard, wegens haar te verwaarlozen invloed op de markt niet kon worden aanvaard.
- 327 Onder deze omstandigheden zijn verzoeksters argumenten inzake de mogelijkheden om op de nakoming van de verbintenissen toe te zien, niet relevant. Daar de verbintenissen tezamen immers niet de belemmering van de daadwerkelijke mededinging als gevolg van de concentratie kunnen wegnemen, had de Commissie gegronde redenen om de verbintenissen af te wijzen, ook al leverde de verificatie van de nakoming ervan geen bijzondere moeilijkheden op.
- 328 De Commissie heeft derhalve niet het recht onjuist toegepast, noch een kennelijke beoordelingsfout gemaakt toen zij de verbintenissen afwees die Gencor en Lonrho hebben voorgesteld om een einde te maken aan de naar aanleiding van de concentratie gerezen problemen op het punt van de mededinging.

329 Gelet op het bovenstaande, is de motivering van de beschikking, wat de afwijzing van de verbintenissen betreft, dus toereikend.

330 Mitsdien moeten de onderzochte middelen worden verworpen.

## Kosten

331 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Daar verzoekster in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de door haar gemaakte kosten worden verwezen.

332 Volgens artikel 87, lid 4, eerste alinea, dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. De Bondsrepubliek Duitsland zal derhalve haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

rechtdoende,

- 1) Verwerpt het beroep.
  
- 2) Verstaat dat verzoekster haar eigen kosten alsmede de kosten van de Commissie zal dragen.
  
- 3) Verstaat dat de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten zal dragen.

Azizi

Vesterdorf

García-Valdecasas

Moura Ramos

Jaeger

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 25 maart 1999.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

H. Jung

J. Azizi

## Inhoudsoverzicht

De feiten . . . . .	II-761
1. De betrokken concentratie . . . . .	II-761
Partijen bij de concentratie . . . . .	II-761
De voorgenomen concentratie . . . . .	II-762
2. De administratieve procedure . . . . .	II-763
De gerechtelijke procedure . . . . .	II-766
Conclusies van partijen . . . . .	II-769
De ontvankelijkheid . . . . .	II-770
Argumenten van verweerster . . . . .	II-770
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II-770
Ten gronde . . . . .	II-772
I — De middelen betreffende schending van verordening nr. 4064/89 aangezien zij de Commissie niet de bevoegdheid zou verlenen de onderhavige concentratie op haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt te toetsen, en schending van artikel 190 van het Verdrag . . . . .	II-773
Argumenten van partijen . . . . .	II-773
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II-781
1. De beoordeling van de territoriale werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 . . . . .	II-782
2. De verenigbaarheid van de bestreden beschikking met het volkenrecht . . . . .	II-785
II — De middelen betreffende schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 aangezien de Commissie niet bevoegd zou zijn een concentratie te verbieden waardoor een gezamenlijke machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, en schending van artikel 190 van het Verdrag . . . . .	II-790
Argumenten van verzoekster . . . . .	II-790
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II-793
III — De middelen betreffende schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 aangezien de Commissie ten onrechte zou hebben vastgesteld dat de concentratie een gezamenlijke machtspositie in het leven zou roepen, en schending van artikel 190 van het Verdrag . . . . .	II-802
A — De bestreden beschikking . . . . .	II-802
B — Algemene overwegingen . . . . .	II-804
C — De vermeende gezamenlijke zeggenschap van Gencor en Lonrho over LPD vóór de concentratie . . . . .	II-806
Argumenten van partijen . . . . .	II-806
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II-806

D — De door de Commissie aangenomen gezamenlijke machtspositie . . . . .	II- 815
1. Het criterium «marktaandeel» . . . . .	II- 815
Argumenten van partijen . . . . .	II- 815
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 816
2. De vergelijkbare kostenstructuur van Implats/LPD en Amplats na de concentratie . . . . .	II- 821
Argumenten van partijen . . . . .	II- 821
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 822
3. De kenmerken van de markt . . . . .	II- 824
a) Transparantie van de markt . . . . .	II- 824
Argumenten van partijen . . . . .	II- 824
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 825
b) De groeiperspectieven van de platinamarkt . . . . .	II- 826
Argumenten van partijen . . . . .	II- 826
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 826
c) Het evenwicht tussen vraag en aanbod . . . . .	II- 828
Argumenten van verzoekster . . . . .	II- 828
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 829
d) De marginale en alternatieve toevoerbronnen . . . . .	II- 831
Argumenten van partijen . . . . .	II- 831
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 833
e) De structurele banden . . . . .	II- 835
Argumenten van partijen . . . . .	II- 835
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 837
f) De andere mogelijkheden van concurrentie dan technologische voor- sprong . . . . .	II- 840
Argumenten van partijen . . . . .	II- 840
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 841
g) De inaanmerkingneming van de reactie van belanghebbende derden . .	II- 841
Argumenten van verzoekster . . . . .	II- 841
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 842
h) Eerdere tendensen tot oligopolistische machtsvorming . . . . .	II- 843
Argumenten van partijen . . . . .	II- 843
Beoordeling door het Gerecht . . . . .	II- 843
i) Conclusie . . . . .	II- 844

IV — De middelen betreffende schending van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 aangezien de Commissie de door de partijen bij de concentratie voorgestelde verbintenissen niet zou hebben aanvaard, en schending van artikel 190 van het Verdrag .....	II-844
Argumenten van partijen .....	II-844
Beoordeling door het Gerecht .....	II-849
Kosten .....	II-853