SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda) de 24 de marzo de 1994 *

En el asunto T-3/93,

Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France, sociedad francesa, con domicilio social en París, representada por Me Eduard Marissens, Abogado de Bruselas, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de Me Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. Francisco Enrique González Díaz, miembro de su Servicio Jurídico, y Géraud de Bergues, funcionario nacional en comisión de servicios en la Comisión, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Georgios Kremlis, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: francés.

apoyada por

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, representado por el Sr. John D. Colahan, del Treasury Solicitor's Department, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Christopher Vajda, Barrister de Inglaterra y del País de Gales, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada del Reino Unido, 14, boulevard Roosevelt,

y

British Airways plc, sociedad inglesa, con domicilio social en Hounslow (Reino Unido), representada por el Sr. Richard Fowler, QC de Inglaterra y del País de Gales, y los Sres. William Allan y James E. Flynn, Solicitors, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de Mes Loesch y Wolter, 11, rue Goethe,

partes coadyuvantes,

que tiene por objeto que se anule la decisión de la Comisión de 30 de octubre de 1992, hecha pública por el portavoz del Comisario encargado de la Política de Competencia, por la que la Comisión se declaró incompetente para conocer, de acuerdo con el Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (versión corregida publicada en el DO 1990, L 257, p. 13), de la compra de Dan Air Services Limited por British Airways plc,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda),

integrado por los Sres.: J. L. Cruz Vilaça, Presidente; C. P. Briët, D. P. M. Barrington, A. Saggio y J. Biancarelli, Jueces;

Secretario: Sr. H. Jung;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 23 de noviembre de 1993;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos y marco jurídico del litigio

1 Como consecuencia de las dificultades experimentadas por la empresa británica de transporte aéreo Dan Air Services Limites (en lo sucesivo, «Dan Air»), perteneciente al grupo Davies and Newman Holdings plc (en lo sucesivo, «Davies y Newman»), British Airways plc (en lo sucesivo, «BA») se ofreció a hacerse cargo de dicha empresa. El grupo Davies y Newman engloba una sociedad principal, Dan Air, que realiza aproximadamente el 90 % del volumen de negocios del grupo. Dan Air posee una participación del 50 % en Gatwick Handling, que, a su vez, posee una participación del 50 % en Manchester Handling. El grupo se compone de cuatro empresas más, a saber, Shearwater Insurance Company Limited, Davies and Newman Travel Limited, Airways Leasing Company Limited y Dan Air Aviation Limited.

2 La compra de Dan Air no fue notificada a la Comisión de acuerdo con el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (versión corregida publicada en el DO 1990, L 257, p. 13; en lo sucesivo, «Reglamento»). No obstante, se mantuvieron contactos oficiosos con los servicios de la Comisión. El 16 de octubre de 1992, BA informó a la Merger Task Force (en lo sucesivo, «MTF») del proyecto de concentración. En la misma fecha, sus asesores comunicaron por escrito a los servicios de la Comisión que, en su opinión, la operación no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento, dado que Davies y Newman no habían realizado en el mercado común, en las circunstancias en las que se proyectaba la operación, un volumen de negocios de al menos 250 millones de ECU. Los asesores solicitaron a dichos servicios que les informaran, lo antes posible, de su reacción frente a este análisis. A esta comunicación se adjuntaba como Anexo un escrito del que resulta que el volumen de negocios realizado por Davies y Newman durante el último ejercicio social, cerrado a 31 de diciembre de 1991, era superior o inferior a 250 millones de ECU, según que se tuviera en cuenta o no el volumen de negocios resultante de la actividad «chárter» de Dan Air. En este último supuesto, el volumen de negocios se cifraba, conforme a dicho documento, en 232,9 millones de ECU. Mediante comunicación de 21 de octubre de 1992, los servicios de la Comisión (MTF) confirmaron a BA que, teniendo en cuenta las informaciones facilitadas, la operación proyectada carecía de dimensión comunitaria, de acuerdo con un primer análisis. Esta comunicación precisaba que la misma vinculaba únicamente a los citados servicios, y no a la propia Comisión.

3 Las disposiciones aplicables del Reglamento son las siguientes:

Artículo 1:

«1. El presente Reglamento se aplicará a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria [...]

2. A efectos del presente Reglamento, las operaciones de concentración se considerarán de dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de ecus;

y

b) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere 250 millones de ecus,

salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro.»

Artículo 3:

«1. Existe una operación de concentración:

[...]

b) cuando

— una o más personas que ya controlen al menos una empresa [...] mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.

[...]»

Artículo 4:

«1. Las operaciones de concentración de dimensión comunitaria objeto del presente Reglamento deberán notificarse a la Comisión en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control. El plazo comenzará a contar a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados.

[...]»

Artículo 5:

«1. El volumen de negocios total citado en el apartado 2 del artículo 1 incluye los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios [...]

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, si la concentración se lleva a cabo mediante la adquisición de partes de una o más empresas, y con independencia de que dichas partes tengan personalidad jurídica propia, sólo se tendrá en cuenta, con respecto al cedente o a los cedentes, el volumen de negocios relativo a las partes que son objeto de la transacción.

No obstante, cuando dos o más transacciones de las contempladas en el párrafo primero hayan tenido lugar durante un período de dos años entre las mismas personas o empresas, se considerarán como una sola operación de concentración realizada en la fecha de la última transacción.

[...]»

Artículo 6:

«1. La Comisión procederá al examen de la notificación a su recepción:

a) cuando llegue a la conclusión de que la operación de concentración que se notifica no entra en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, lo declarará mediante decisión;

[...]»

Artículo 22:

«3. Si la Comisión comprueba, a instancia de un Estado miembro, que una operación de concentración de las definidas en el artículo 3 pero sin dimensión comunitaria con arreglo al artículo 1, crea o refuerza una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión, podrá, en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros, adoptar las decisiones previstas en el párrafo segundo del apartado 2 y en los apartados 3 y 4 del artículo 8.

[...]»

4 El 23 de octubre de 1992, un acuerdo celebrado entre Davies y Newman, por una parte, y BA, por otra («Agreement relating to the sale and purchase of part of the undertaking of Davies Newman Holdings PLC», Acuerdo relativo a la venta y a la adquisición de parte de la empresa Davies Newman Holdings PLC; en lo sucesivo, «acuerdo de 23 de octubre de 1992»), fijó las condiciones de la operación.

El acuerdo de 23 de octubre de 1992 contiene, principalmente, las siguientes cláusulas:

« 2 AGREEMENT TO SELL THE SHARES AND ASSETS

Subject to the terms and conditions of this Agreement, with effect from 1 November, 1992 the Vendor shall sell as beneficial owner and the Purchaser, relying only on the terms and undertakings contained in this Agreement, shall purchase the Shares and the Assets free from all claims of the Vendor but subject to charges, liens, equities and encumbrances of third parties and together with all rights and advantages now and hereafter attaching thereto.

3 CONSIDERATION

The aggregate consideration for the purchase of the Shares and the Assets shall be:

3.1. £1 which shall be paid to the Vendor at Completion; and

3.2. the assumption by the Purchaser of the Liabilities.

4 CONDITIONS

4.1. *Conditions Precedent* Completion of this Agreement is conditional upon:

(omissis)

4.1.2. the Office of Fair Trading indicating in terms satisfactory to the Purchaser that it is not intention of the Secretary of State for Trade and Industry to refer the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser, or any matters arising therefrom, to the Monopolies and Mergers Commission;

4.1.3. the European Commission indicating in terms satisfactory to the Purchaser that neither the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser nor any matters arising therefrom give rise to a concentration falling within the scope of Council Regulation (EEC) 4064/89;

(omissis)

4.1.5. the completion to the reasonable satisfaction of the Purchaser of the discontinuation or disposal of the charter operations of the Group as part of the rationalisation of the Group and preservation of its remaining business comprising:

a) the disposal or transfer of ownership and/or possession of all aircraft owned, leased or held on hire purchase by the Company which have been identified by the Purchaser in writing prior to exchange of this Agreement to the Vendor as surplus to the requirements of the proposed future scheduled operations of the Group;

b) the transfer, repudiation or termination of all contracts for charter flights by the Group;

c) the effective termination of employment of employees employed by the Company or by the Vendor or the Group in the business of the Company in accordance with the provisions of the document in the agreed terms;

d) the disposal to the Vendor of all books and records wich contain information exclusively in respect of the charter operations of the Group;

(omissis)

4.2. *Waiver* The Purchaser may, in its sole discretion, waive any of the conditions referred to in clauses 4.1.2 to 4.1.19 by written notice to the vendor (...) on or before 5 pm on the last day for satisfaction of such conditions.

6 COMPLETION

6.1. *Date and place*: Subject as hereinafter provided, Completion shall take place at the offices of the Purchaser's Solicitors on a date specified by the Purchaser which will be on or after 1 November, 1992 but otherwise not more than 3 days after the conditions set out in Clause 4.1 are satisfied. Any notice by the Purchaser specifying such date may be revised by notice at the Purchaser's discretion, provided that the revised date is within such 3 day period.»

[«2 ACUERDO DE VENTA DE LAS ACCIONES Y ACTIVOS

Conforme a las cláusulas y condiciones del presente acuerdo, con efectos a partir del 1 de noviembre de 1992, el vendedor vende en tanto que propietario y el comprador compra, basándose únicamente en las cláusulas y compromisos contenidos en el presente acuerdo, las acciones y activos, libres de todo crédito o reivindicación del vendedor, pero gravados con las cargas, derechos de retención, acciones y derechos existentes en favor de terceros, así como con los derechos y las ventajas, presentes y futuros, vinculados a los mismos.

3 PRECIO

El precio total por la compra de las acciones y activos consistirá:

3.1. en el pago de 1 UKL al vendedor, en el momento de la ejecución del acuerdo, y

3.2. en la asunción del pasivo por parte del comprador.

4 CONDICIONES

4.1. *Condiciones previas:* La ejecución del presente acuerdo está supeditada a que:

(omissis)

4.1.2. La Office of Fair Trading indique, a satisfacción del comprador, que el Secretary of State for Trade and Industry no tiene la intención de someter el proyecto de adquisición de las acciones y activos por el comprador, ni cuestión alguna relacionada con el mismo, a la Monopolies and Mergers Commission.

4.1.3. La Comisión de las Comunidades Europeas indique, a satisfacción del comprador, que ni el proyecto de adquisición de las acciones y activos por el comprador ni cuestión alguna relacionada con el mismo constituyen una concentración comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo.

(omissis)

4.1.5. Se produzca, de forma razonablemente satisfactoria para el comprador, la cesación o la cesión de las actividades chárter del grupo, como parte de su racionalización y del mantenimiento de sus restantes actividades, incluyendo:

a) La cesión o la transmisión de la propiedad y/o de la posesión de todas las aeronaves de que disponga la empresa en propiedad, arrendamiento financiero o arrendamiento con opción de compra "hire purchase", que el comprador haya identificado, mediante escrito dirigido al vendedor antes de celebrarse el presente acuerdo, como aeronaves que superan las necesidades de las futuras actividades de transporte aéreo regular del grupo que se proyectan.

b) La transmisión, resolución o cesación por parte del grupo de todos los contratos relativos a vuelos chárter.

c) La cesación efectiva del trabajo de las personas empleadas por la empresa o por el vendedor o el grupo en las actividades de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el documento en los términos acordados.

d) La cesión al vendedor de todos los libros contables y de todos los informes que contengan datos relativos exclusivamente a las actividades chárter del grupo.

(omissis)

4.2. *Cláusula de renuncia:* El comprador podrá renunciar, por decisión propia, a algunas de las condiciones contempladas en los artículos 4.1.2. a 4.1.9., mediante notificación escrita que el vendedor deberá recibir [...] antes de las 17 horas del día en que vayan a cumplirse tales condiciones.

(omissis)

6 PERFECCION DEL ACUERDO

6.1. *Fecha y lugar:* Sin perjuicio de lo dispuesto a continuación, la perfección del acuerdo se llevará a cabo en el despacho de los Solicitors del comprador, en una fecha que éste especificará, que será el 1 de noviembre de 1992 o después, pero, en cualquier caso, no más de 3 días después de que se hayan cumplido las condiciones establecidas en la cláusula 4.1. Toda comunicación de tal fecha por parte del comprador podrá ser modificada mediante comunicación posterior, por decisión propia del comprador, siempre que la fecha modificada se sitúe dentro de dicho período de tres días.»

6 En cumplimiento de la obligación estipulada en el citado punto 4.1.5. del acuerdo de 23 de octubre de 1992, Davies y Newman cesó, antes de la realización efectiva de la operación, sus actividades «chárter» y se deshizo de las partes de su empresa que no eran necesarias para el mantenimiento de sus actividades de servicios regulares. Davies y Newman devolvió a los coordinadores respectivos todas las franjas horarias que poseía para sus vuelos «chárter», redujo su flota de 38 a 12 aeronaves, resolvió los contratos de «chárter» y redujo su personal de vuelo.

7 Mediante una nueva comunicación, de fecha 28 de octubre de 1992, los asesores de BA proporcionaron a los servicios de la Comisión precisiones complementarias. Mediante escrito de 30 de octubre de 1992, dichos servicios confirmaron que, en su

opinión, la operación no revestía dimensión comunitaria. Al igual que anteriormente, dicho escrito precisa que sólo vincula a los servicios de la Comisión y no prejuzga las decisiones posteriores de esta Institución.

8 El 31 de octubre de 1992, la agencia de prensa Europe (en lo sucesivo, «Agencia Europe») informó, en los siguientes términos, de una declaración del portavoz del Comisario encargado de la Política de Competencia, también de fecha 30 de octubre de 1992:

«The proposed concentration between British Airways and Dan Air (disputed by interested third parties in Great Britain) is not considered of Community dimension as one of the quantitative thresholds fixed by the EC regulation on the prior control of mergers is not reached, stated a spokesman for the European Commission on Friday.

The regulation, according to which the Commission may authorise or impede a merger, stipulates in particular that "the total turnover achieved individually in the Community by at least two of the companies concerned" should be greater than 250 Mecus per year. This amount is not achieved by the regional European airline Dan Air, either within the Community or at world level. The Commission cannot, therefore, intervene. In the name of subsidiarity, it is up to the British Mergers and Monopolies Commission to take a position on the project. Sir Leon Brittan's spokesman stated that the Commission, in its preliminary calculations, did not take into account Dan Air charter flight business because, as a prerequisite for merger with the British number one in air transport, Dan Air (affiliate to the holding company Davis & Newman) should give up this line of business. The merger regulation clearly stipulates on this that "only the turnover concerning the parties which are the object of the transaction are taken into consideration"».

[«Según declaró el pasado viernes un portavoz de la Comisión Europea, no se considera que la operación de concentración proyectada entre British Airways y Dan Air (impugnada por terceros interesados en Gran Bretaña) presente una dimensión

comunitaria, ya que no se cumple uno de los requisitos cuantitativos fijados por el Reglamento CEE sobre el control previo de las fusiones.

El Reglamento, conforme al cual la Comisión puede autorizar o impedir una fusión, establece en particular que "el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas" debe ser superior a 250 millones de ECU al año. La compañía aérea regional europea Dan Air no alcanza dicha cifra, ni en la Comunidad ni a nivel mundial. En consecuencia, la Comisión no puede intervenir. En nombre de la subsidiariedad, corresponde a la Mergers and Monopolies Commission británica pronunciarse sobre el proyecto. El portavoz de Sir Leon Brittan declaró que, en sus cálculos preliminares, la Comisión no tuvo en cuenta las actividades de Dan Air relativas a vuelos chárter, ya que esta empresa (filial de la sociedad holding Davis & Newman) debería abandonar este tipo de actividad, como requisito previo a la fusión con el número uno británico en el sector del transporte aéreo. A este respecto, el Reglamento sobre las fusiones dispone claramente que "sólo se tendrá en cuenta [...] el volumen de negocios relativo a las partes que son objeto de la transacción".»]

9 El acuerdo de 23 de octubre de 1992 fue sometido a las autoridades británicas competentes en materia de control de las concentraciones, a saber, el Secretary of State for Trade and Industry (en lo sucesivo, «Secretary of State») y la Office of Fair Trading (en lo sucesivo, «OFT»). El 2 de noviembre de 1992, el Secretary of State anunció mediante un comunicado de prensa que las autoridades nacionales habían decidido no someter el asunto a la Mergers and Monopolies Commission.

10 La transmisión de títulos por la que se materializaba el cumplimiento efectivo de la operación de concentración se produjo el 8 de noviembre de 1992.

11 El 9 de noviembre de 1992, la Compagnie nationale Air France (en lo sucesivo, «Air France») envió a la Comisión una comunicación que se refería a dos asuntos. Por una parte, dicha comunicación contenía las observaciones de Air France respecto al asunto que dio lugar al presente recurso; por otra parte, exponía los comentarios de Air France respecto a la compra de TAT European Airlines (en lo sucesivo, «TAT») por BA. Dicha compra estaba siendo examinada en aquel momento por la Comisión, como consecuencia de la notificación de la operación que le había enviado BA. En dicha comunicación, Air France indicaba las modificaciones del funcionamiento del mercado derivadas de la posición dominante adquirida, en su opinión, por BA, como consecuencia de ambas operaciones.

12 Por lo que se refiere, más en particular, a la operación de que se trata en el presente asunto, la demandante impugnaba en dicha comunicación la interpretación que la Comisión hacía del Reglamento, destacando que, en su opinión, para valorar los volúmenes de negocios que debían tomarse en consideración para determinar la «dimensión comunitaria» de la operación no procedía tener en cuenta que la empresa absorbida tenía que abandonar la actividad «chárter» que ejercía.

13 En su respuesta a la demandante, de fecha 17 de noviembre de 1992, el Comisario encargado de la Política de Competencia, Sir Leon Brittan, mantuvo la opinión inicialmente formulada por la Comisión destacando, por una parte, que, en su opinión, el abandono de la actividad «chárter» era anterior a la adquisición de Dan Air por BA y, por otra, que, conforme al párrafo primero del apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, antes citado, sólo procedía tener en cuenta el volumen de negocios de las actividades que fueran objeto de la adquisición. La propia demandante replicó a esta respuesta, el 23 de noviembre de 1992, confirmando su interpretación inicial del Reglamento.

14 El 27 de noviembre de 1992, la Comisión decidió no oponerse a la compra de TAT por BA, ya que consideraba que su compatibilidad con el mercado común no planteaba dudas serias, teniendo en cuenta lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento (DO 1992, C 326, p. 16).

15 La publicación de esta decisión dio lugar a una nueva comunicación enviada por la demandante al Comisario el 2 de diciembre de 1992, en la que se mantenía la interpretación inicial del Reglamento efectuada en el presente asunto y se informaba a la demandante de que el Gobierno belga había presentado una solicitud, a efectos del apartado 3 del artículo 22 del Reglamento, antes mencionado. La Comisión se pronunció sobre dicha solicitud el 17 de febrero de 1993 (DO 1993, C 68, p. 5). La Comisión declaró en dicha fecha que la operación no es de dimensión comunitaria y que no crea ni refuerza posición dominante alguna en el territorio del Reino de Bélgica.

Desarrollo del procedimiento

16 En este contexto, mediante recurso presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 5 de enero de 1993, Air France solicitó la anulación de la decisión de 30 de octubre de 1992, hecha pública en dicha fecha a través de la declaración antes mencionada del portavoz del Comisario encargado de la Política de Competencia.

17 Mediante escrito separado de la misma fecha, la demandante solicitó la acumulación del presente asunto al asunto T-2/93, interpuesto el mismo día, y que tenía por objeto que se anulara la decisión de la Comisión de 27 de noviembre de 1992, antes mencionada. El 20 de enero de 1993, la Comisión comunicó que no estaba a favor de la acumulación de ambos asuntos, por ser demasiado dispares. Se informó a las partes de que, en esta fase del procedimiento, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia no tenía intención de acumular los asuntos.

18 El 27 de agosto de 1993, la demandante presentó una nueva solicitud de acumulación del presente asunto al asunto T-2/93. El 6 de octubre de 1993, la Comisión comunicó al Tribunal de Primera Instancia que no estaba a favor de la acumulación de los asuntos.

19 Mediante escrito separado, registrado el 24 de febrero de 1993, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad, conforme a los requisitos previstos en el artículo 114 del Reglamento de Procedimiento. El 2 de abril de 1993, la demandante presentó sus observaciones sobre la excepción de inadmisibilidad. Mediante auto del Tribunal de Primera Instancia, de fecha 28 de mayo de 1993, la excepción de inadmisibilidad se acumuló al fondo del asunto. La fase escrita del procedimiento entre las partes principales finalizó el 6 de octubre de 1993, con la presentación del escrito de dúplica de la Comisión.

20 El 21 de mayo de 1993, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en lo sucesivo, «Reino Unido») presentó una solicitud para intervenir en el litigio, en apoyo de las pretensiones de la parte demandada, según las circunstancias previstas en el artículo 37 del Estatuto (CEE) del Tribunal de Justicia, aplicable al procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia conforme al párrafo primero de su artículo 46. El 26 de mayo de 1993, BA presentó una solicitud que tenía por objeto, por una parte, intervenir en el litigio en apoyo de las pretensiones de la parte demandada y, por otra, que se le autorizara a expresarse en inglés.

21 Mediante auto de 1 de julio de 1993, el Tribunal de Primera Instancia admitió la intervención del Reino Unido y de BA en el litigio, denegó la solicitud de excepción al régimen lingüístico presentada por BA, en la medida en que dicha solicitud se refería a la fase escrita del procedimiento, y reservó su decisión sobre la solicitud de excepción al régimen lingüístico presentada por BA, en la medida en que se refería a la fase oral del procedimiento.

22 Mediante auto de 21 de septiembre de 1993, el Tribunal de Primera Instancia autorizó a BA a expresarse en inglés durante la fase oral del procedimiento.

23 BA y el Reino Unido presentaron sus escritos de formalización de la intervención el 31 de agosto y el 1 de septiembre de 1993, respectivamente. La demandante presentó, el 5 de octubre de 1993, sus observaciones sobre dichos escritos. El 6 de octubre de 1993, la Comisión, por una parte, comunicó al Tribunal de Primera Instancia que no tenía observaciones que presentar sobre el escrito de formalización de la intervención de BA y, por otra, presentó sus observaciones sobre el escrito de formalización de la intervención presentado por el Reino Unido.

24 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. No obstante, el 28 de mayo de 1993, se instó a las partes principales a que presentaran determinados documentos y respondieran a determinadas preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia. El 13 de julio de 1993 se enviaron también a todas las partes nuevas peticiones de presentación de documentos. Por otra parte, en esa misma fecha, se formularon determinadas preguntas a la Comisión y al Reino Unido.

25 La Comisión presentó los documentos solicitados y respondió a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia el 7 de julio y el 6 de octubre de 1993. En esta ocasión, comunicó al Tribunal de Primera Instancia que no disponía de ningún documento que contuviera la declaración del portavoz, objeto del presente litigio. El 27 de agosto de 1993, la demandante respondió a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia y presentó observaciones sobre las preguntas formuladas a las demás partes, así como sobre las respuestas de la demandada. BA respondió a la pregunta formulada por el Tribunal de Primera Instancia el 31 de agosto de 1993. El Reino Unido respondió a la cuestión formulada y presentó los documentos solicitados el 1 de septiembre de 1993.

26 En la vista de 23 de noviembre de 1993 se oyeron los informes orales de las partes principales y de las partes coadyuvantes, así como sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

Pretensiones de las partes

27 Air France solicita al Tribunal de Primera Instancia que anule: «La decisión de 30 de octubre de 1992, hecha pública entonces por el portavoz de la Comisión y publicada por la Agencia Europa el 31 de octubre de 1992, por la que la Comisión se declaró incompetente para conocer, con arreglo al Reglamento n° 4064/89 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, de la operación de concentración entre la empresa British Airways y la empresa Dan Air, y [que] condene a la parte demandada a pagar los gastos y las costas de la parte demandante».

28 En su excepción de inadmisibilidad, la Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que declare la inadmisibilidad del recurso y condene en costas a la parte demandante.

29 En sus observaciones sobre la excepción de inadmisibilidad, la demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que acuerde la admisión del presente recurso.

30 En su escrito de contestación, la Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que desestime el recurso y condene en costas a la parte demandante.

31 El Reino Unido, parte coadyuvante, considera que «la Comisión no cometió un error jurídico al afirmar que la adquisición de Dan Air Services Limited por British Airways plc no era una concentración de dimensión comunitaria, a efectos del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento nº 4064/89 del Consejo».

32 BA, parte coadyuvante, «apoya las pretensiones de la Comisión en la medida en que solicita al Tribunal de Primera Instancia que declare la inadmisibilidad del recurso de Air France, y que carece de fundamento, y pide que se condene a Air France a pagar las costas, incluidas las soportadas por BA en su intervención».

Sobre la admisibilidad

33 La excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión está articulada en cuatro partes. En primer lugar, la Comisión alega que la declaración impugnada no tiene el carácter de una decisión que pueda ser objeto de recurso de anulación; en segundo lugar, afirma que el recurso no puede admitirse, teniendo en cuenta la

forma del acto contra el que se dirige; en tercer lugar, la Comisión afirma que el medio de impugnación que utilizó la demandante no es adecuado; en cuarto y último lugar, la Comisión alega que, aunque se admitiera el carácter de decisión de la declaración impugnada, la demandante no demuestra que la misma le afecta directa e individualmente.

Por lo que respecta al carácter de decisión del acto

Exposición sucinta de las alegaciones de las partes

34 En opinión de la Comisión, la declaración impugnada no puede asimilarse a una decisión que pueda ser objeto de recurso contencioso, en las circunstancias previstas en el artículo 173 del Tratado CEE. No puede producir efectos jurídicos, al regular una situación jurídica de forma definitiva y obligatoria, principalmente porque no vincula a las autoridades nacionales por lo que se refiere a la declaración de su competencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1980, Sucrimex y Westzucker/Comisión, 133/79, Rec. p. 1299; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 1990, Nefarma y Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrij/Comisión, T-113/89, Rec. p. II-797). A este respecto, la Comisión niega que se pueda interpretar que la decisión de 17 de febrero de 1993, antes mencionada, significa que las autoridades belgas admitieron que la declaración impugnada de 30 de octubre de 1992 fijaba el inicio del plazo de un mes que se les había señalado para solicitar la aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 del Reglamento, antes citado.

35 En opinión de la Comisión, la letra a) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento, antes citado, sólo le faculta para decidir la inaplicabilidad del Reglamento a una operación de concentración si la misma le ha sido notificada. En la medida en que no se haya efectuado dicha notificación, ninguna disposición del Reglamento le concede la posibilidad de adoptar una decisión relativa a tal operación (autos del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1989, Italia/Comisión, 151/88, Rec. p. 1255, y de 13 de junio de 1991, Sunzest/Comisión, C-50/90, Rec. p. 2917; sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1980, Giry et Guerlain y otros, asuntos acumulados 253/78 y 1/79 a 3/79, Rec. p. 2327; sentencia del Tribunal de Primera

Instancia, Nefarma y Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrij/Comisión, antes citada).

36 La Comisión considera además que, si la declaración impugnada no tiene carácter de decisión, las respuestas dirigidas posteriormente a la demandante por el Comisario encargado de la Política de Competencia, que tenían un carácter puramente informal, tampoco pueden servir de decisión (auto del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 1992, Syndicat français de l'Express international y otros/Comisión, T-36/92, Rec. p. II-2479, apartado 48).

37 Por el contrario, el Reino Unido considera que la declaración del portavoz de la Comisión es una decisión que puede ser objeto de control jurisdiccional (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, denominada «AETR», 22/70, Rec. p. 263, apartados 33 y ss.). Alega que las autoridades británicas no se declararon competentes para conocer de la operación ante la inexistencia de una decisión de la Comisión por la que se declarara que dicha operación no era de dimensión comunitaria.

38 Según BA, la declaración impugnada no constituye una decisión que pueda ser objeto de recurso. En su opinión, la expresión de la opinión de la MTF, en sus dos escritos de 21 y 30 de octubre de 1992, antes mencionados, no produjo efecto jurídico alguno. En caso de que la operación hubiera tenido que ser notificada a la Comisión —*quod non*—, dichas comunicaciones no habrían podido liberar a BA de dicha obligación. Según la parte coadyuvante, tales comunicaciones no facultaban a los Estados miembros para aplicar su legislación nacional. En su opinión, dicha competencia resulta directamente del Reglamento y del hecho de que la operación careciera de dimensión comunitaria. Por último, siempre según BA, las comunicaciones no privan a la Comisión de la posibilidad de hacer uso, posteriormente, de sus propias competencias.

39 Por su parte, la demandante considera que el acto impugnado puede ser objeto de recurso de anulación, ya que tiene carácter de decisión. Afirma que, para existir, una decisión sólo tiene que haber sido adoptada por la Comisión. Ahora bien, en

su opinión, la Comisión no niega que llegó a la convicción de no tener competencia para examinar, de acuerdo con el Reglamento, la adquisición de Dan Air por BA. En el caso de autos, el portavoz declaró públicamente, siempre según la demandante, que la Comisión había adoptado una decisión de incompetencia basada en el Reglamento y, más en particular, en la letra b) del apartado 2 del artículo 1 y en el apartado 2 del artículo 5, antes citados, indicando así, por una parte, que la adquisición de Dan Air por BA era una operación de concentración, a efectos del artículo 3 del Reglamento, antes citado, y, por otra, que sólo las autoridades nacionales eran competentes para valorar dicha operación.

40 Según la demandante, la declaración del portavoz destaca dos elementos sustanciales. El primer elemento es que, a 30 de octubre de 1992, la Comisión había llegado a la convicción de que la operación no era de dimensión comunitaria, de manera que toda referencia al carácter «preliminar» del acto sería, por este motivo, inadecuada. BA no procedió a la notificación de la operación con posterioridad a la declaración del portavoz, lo que reveló el carácter redundante de tal formalidad. Según la demandante, las dos circunstancias relativas al hecho de que la Comisión no reaccionara cuando la OFT examinó el asunto y al hecho de que la Comisión mantuviera en sus comunicaciones, antes mencionadas, dirigidas a la demandante, su opinión tal como la había expresado en el acto impugnado, permiten determinar el carácter definitivo de esta valoración. El segundo elemento es que, a 30 de octubre de 1992, la Comisión había llegado también a la conclusión de que la operación estaba comprendida dentro de la esfera de competencia de las autoridades nacionales británicas y no podía afirmarse que dichas autoridades pudieran declararse incompetentes, debido a que la operación presentaba una «dimensión comunitaria». Por otra parte, la adopción de la decisión de 17 de febrero de 1993, antes mencionada, confirma que también el Reino de Bélgica admitió el carácter de decisión de la declaración del portavoz.

41 Según la demandante, desde el punto de vista material, el acto que se hizo público el 30 de octubre de 1992 es, debido a su carácter definitivo, idéntico a una decisión adoptada conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento, antes citado. En efecto, en su opinión, la distinción entre la declaración impugnada y una decisión adoptada como consecuencia de una notificación es puramente formal. Refiriéndose al adagio «*Tu patere legem quem fecisti*», la demandante afirma que el acto impugnado tiene fuerza obligatoria, en la medida en que la Comisión queda vinculada por la declaración de su portavoz de 30 de octubre de 1992. El hecho de que en el Reglamento no exista un procedimiento de denuncia refuerza,

en su opinión, la posibilidad de que, si no se reconoce la admisibilidad de un recurso como el presentado por la demandante, la Comisión resuelva cuestiones de principio relativas a la interpretación del Reglamento sin ninguna posibilidad de recurso jurisdiccional.

42 Siempre según la demandante, carece de pertinencia el debate sobre las facultades de «actuación de oficio» de la Comisión en materia de operaciones de concentración no notificadas. La verdadera cuestión no se refiere al hecho de que la Comisión se abstuviera de tomar conocimiento de una operación que no se le hubiera notificado, sino sobre el hecho de que se declarara incompetente respecto a dicha operación. En consecuencia, según la demandante, la verdadera cuestión de competencia que plantea este asunto es la de si, al no haberse notificado la operación, la Comisión tenía competencia para declarar que dicha operación se situaba fuera del ámbito de aplicación del Reglamento.

Apreciación del Tribunal

43 Con carácter preliminar, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «para determinar si las medidas impugnadas constituyen actos a efectos del artículo 173, hay que atenerse a su contenido esencial [...] Constituyen actos o Decisiones que pueden ser objeto de recurso de anulación, a efectos del artículo 173, las medidas que producen efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando de forma caracterizada la situación jurídica del mismo» (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639; véase, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, Automec/Comisión, T-64/89, Rec. p. II-367).

44 Por consiguiente, para determinar, a la luz de la jurisprudencia que acaba de recordarse, si la declaración impugnada, antes mencionada, tiene el carácter de un acto que puede ser objeto de recurso de anulación, procede examinar en qué medida dicha declaración produce efectos jurídicos. Desde este punto de vista, el Tribunal de Primera Instancia considera que la declaración impugnada produce efectos jurídicos en varios sentidos.

45 El Tribunal de Primera Instancia considera que el acto impugnado produjo, en primer lugar, una serie de efectos jurídicos respecto a los Estados miembros. A este respecto, procede indicar que, teniendo en cuenta su sistema general, la aplicación del Reglamento excluye, en principio, la aplicación de otras disposiciones, en particular de las disposiciones nacionales que también tengan por objeto el control de las operaciones de concentración entre empresas, que, en caso de inaplicabilidad del Reglamento a una operación dada son, en principio, aplicables a dicha operación. Para una operación determinada, la o las legislaciones nacionales que pueden, en su caso, aplicarse dependen de la localización de las empresas que participan en dicha operación y de la de los mercados y actividades a los que la misma afecta. En el caso de autos, la declaración del Comisario encargado de la Política de Competencia, por la que se declara públicamente la inaplicabilidad del Reglamento a la operación de que se trata, produjo el efecto de confirmar, con certeza, la competencia de los Estados miembros cuyo territorio queda afectado de forma más particular, teniendo en cuenta la localización de los agentes económicos que participaban en la operación y de los servicios aéreos de que se trata, a saber, el Reino Unido y la República Francesa, para valorar la operación de concentración sometida a examen, con respecto a su propia legislación nacional relativa al control de las operaciones de concentración. Por otra parte, uno de los dos Estados miembros antes mencionados examinó, efectivamente, la operación de que se trata, con respecto a su propia legislación nacional. Sobre este particular, el Tribunal de Primera Instancia destaca que el propio Reino Unido, coadyuvante en apoyo de las pretensiones de la demandada, solicitó que se admitiera el presente recurso, precisando, acertadamente, que la declaración impugnada de 30 de octubre de 1992, por la que se declara públicamente la inaplicabilidad del Reglamento respecto a la operación examinada, hizo posible la declaración del Secretary of State, de fecha 2 de noviembre de 1992.

46 Además, el acto impugnado produjo efectos respecto a todo Estado miembro cuyo territorio queda afectado, directa o indirectamente, por la operación de que se trata. En efecto, desde el momento en que la Comisión ha declarado públicamente, como hizo en el caso de autos, que una operación de concentración determinada no es de dimensión comunitaria, queda eliminada cualquier inseguridad relativa al cumplimiento de los requisitos necesarios para la aplicación, por parte de uno o varios Estados miembros, de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 del Reglamento, antes mencionado. Desde este punto de vista, el Tribunal de Primera Instancia hace constar que, también en este caso, las disposiciones de que se trata fueron, en el caso de autos, efectivamente aplicadas por primera vez desde la entrada en vigor del Reglamento por un Estado miembro, en el presente caso el Reino de Bélgica. Además, como señaló la demandante, el recurso presentado por el Reino de Bélgica se interpuso, de hecho, dentro del plazo de un mes, previsto por dichas disposiciones, a partir de la declaración impugnada.

47 A continuación, el Tribunal de Primera Instancia considera que el acto impugnado produjo también efectos jurídicos respecto a las empresas que participaron en la operación de concentración. En efecto, dicha declaración, como lo confirman, por otra parte, las comunicaciones que el Comisario encargado de la Política de Competencia dirigió a la demandante antes de la interposición del presente recurso, produjo el efecto de dispensar a las empresas afectadas por esta operación de su notificación a la Comisión en las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento, antes citado. A este respecto, procede señalar, en particular, que, teniendo en cuenta el carácter suspensivo que se reconoce en principio, conforme al apartado 1 del artículo 7 del Reglamento, a la notificación de una operación de concentración de dimensión comunitaria, comunicar públicamente a las empresas afectadas por una operación que no están obligadas a notificarla equivale, con arreglo al Derecho comunitario de las concentraciones, a autorizar su realización inmediata. En consecuencia, de acuerdo con el Derecho comunitario, la declaración impugnada tuvo por efecto posibilitar inmediatamente, desde el momento en que se produjo, la adquisición de Dan Air por BA.

48 A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia destaca, además, que la demandante afirma acertadamente que, en las circunstancias del caso de autos, la Institución demandada queda vinculada por el tenor literal de la declaración impugnada. En efecto, teniendo en cuenta el carácter difícilmente reversible de una operación como aquélla de la que se trata, la realización de dicha operación con éxito es incompatible con una situación de inseguridad jurídica de los agentes económicos afectados.

49 En esta fase del razonamiento, el Tribunal de Primera Instancia señala que el acto impugnado debe distinguirse netamente de las comunicaciones enviadas a BA los días 21 y 30 de octubre de 1992, antes mencionadas, debido no sólo a los efectos jurídicos que el mismo produce respecto a las empresas afectadas por la operación, tal como acaban de analizarse, sino también a las diferencias en cuanto a la forma que revisten dichas valoraciones de la operación de que se trata, efectuadas de manera sucesiva. En efecto, las comunicaciones dirigidas a BA los días 21 y 30 de octubre de 1992 proceden únicamente de los servicios de la Comisión y, por otra parte, precisan expresamente que sólo vinculan a la Comisión en cuanto tal; por el contrario, debe considerarse que el acto impugnado procede del miembro de la Comisión encargado de la Política de Competencia y que, por esta razón, vinculó públicamente a toda la Junta de Comisarios, sobre todo cuando ha quedado acreditado que la tramitación del presente asunto reveló que la Comisión pretendió hacer suyo su contenido.

50 Del conjunto de consideraciones jurídicas y de hecho que acaban de analizarse se deduce que la Comisión afirma equivocadamente que la valoración y calificación jurídicas hechas públicas el 30 de octubre de 1992 tenían carácter preliminar. Ciertamente, este mismo calificativo podría atribuirse a las valoraciones efectuadas por la MTF, en sus comunicaciones de 21 y 30 de octubre de 1992, antes mencionadas, pero de ninguna manera podría valer para el acto impugnado, que procede de un miembro de la Comisión expresándose en nombre de la misma. Por consiguiente, por las razones anteriormente expuestas, la declaración impugnada reviste una naturaleza jurídica diferente a la del dictamen emitido por la MTF en la respuesta enviada a BA con la misma fecha que el acto impugnado. Aunque, en efecto, es cierto que dicha comunicación de la MTF tiene el carácter de un «escrito de archivo de las actuaciones», en el sentido de la sentencia Giry y Guerlain y otros, antes mencionada, invocado por la Institución demandada, y, en consecuencia, no puede ser objeto de un recurso de anulación, no sucede lo mismo con la declaración impugnada. Por lo demás, como destaca la demandante, la Comisión no puede afirmar de forma eficaz que pretendió hacer pública una valoración que no presentaba carácter definitivo. En realidad, la instrucción del asunto demostró de forma suficiente que la valoración de la Comisión se adoptó teniendo en cuenta tanto el carácter de concentración de la operación como la falta de «dimensión comunitaria» de la misma. Al referirse a los cálculos preliminares efectuados, el Comisario no quiso referirse a cálculos provisionales, sino a los cálculos previos, necesarios para la determinación de la «dimensión comunitaria» de toda operación de concentración entre empresas.

51 Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia considera que los efectos de la declaración impugnada son, desde el punto de vista de los agentes económicos que participan en la operación proyectada, idénticos a los que resultarían para los mismos de una Decisión por la que la Comisión declarara, como consecuencia de una notificación de la operación que se le hubiera presentado en debida forma, que la misma no era de «dimensión comunitaria», teniendo en cuenta lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento, antes mencionado. Desde el punto de vista de los Estados miembros y de los terceros, en particular de los competidores directos de los agentes que participan en la operación de concentración, tales efectos son, por lo menos, idénticos a los que resultan, respecto a los mismos, de una Decisión formal de la Comisión, adoptada también con arreglo a dicha disposición del Reglamento. Ahora bien, no se discute que tal Decisión podría ser objeto de recurso de anulación ante el órgano jurisdiccional comunitario.

52 En consecuencia, debe rechazarse la alegación de la Comisión según la cual esta Institución sólo puede declarar la falta de «dimensión comunitaria» de una operación en las circunstancias previstas en la letra a) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento, es decir, como consecuencia de una notificación de la operación. Por lo tanto, en esta fase del procedimiento, quedan suficientemente probados los efectos jurídicos de la declaración impugnada, ya se trate de efectos frente a los agentes directamente afectados por la operación de concentración, frente a los Estados miembros o frente a terceros.

53 Además, el Tribunal de Primera Instancia considera que la teoría de la Comisión según la cual, para admitir que la declaración impugnada presenta el carácter de una Decisión, sería necesario considerar que la Comisión «actuó de oficio», carece de fundamento. En efecto, desde este punto de vista, el Tribunal de Primera Instancia considera que admitir que la declaración impugnada contiene una Decisión que puede ser objeto de recurso contencioso significa solamente que, con arreglo al dictamen emitido por la MTF, en respuesta a la petición que le había presentado BA, la Comisión dio a conocer públicamente la inaplicabilidad del Reglamento respecto a la operación de que se trata. Ahora bien, en la medida en que el Reglamento, cuya aplicación no puede depender únicamente de la voluntad de las partes, faculta a la Comisión para examinar determinadas operaciones de concentración, el Tribunal de Primera Instancia considera que, a diferencia de lo que afirma dicha Institución, la misma es necesariamente competente para verificar su propia competencia respecto a una operación concreta, independientemente de toda notificación de dicha operación, y para declarar, como en el caso de autos, que el Reglamento no es aplicable a una operación determinada.

54 De ello se deduce que debe desestimarse la primera parte de la excepción de inadmisibilidad, tal como la propuso la Comisión.

Por lo que respecta a la forma del acto

55 Según la Comisión, la declaración impugnada tampoco tiene el carácter de una Decisión debido a su forma; no se refiere a ningún destinatario nominalmente identificado ni corresponde a la comunicación de una Decisión por ella adoptada, sino que expresa una simple opinión sobre la interpretación del Reglamento.

Además, dado que se hizo oralmente, esta comunicación, destinada al público, no podía ser notificada, a efectos del artículo 191 del Tratado CEE. Por otra parte, siempre según la Comisión, la demandante se encontró, con razón, en la imposibilidad material de presentar, como Anexo a su recurso, la supuesta Decisión de la Comisión, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 19 del Estatuto (CEE) del Tribunal de Justicia.

56 Las partes coadyuvantes y la parte demandante no presentaron observaciones particulares a este respecto.

57 Con carácter preliminar, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que «la elección de la forma no puede cambiar la naturaleza del acto» (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1977, Honig/Consejo y Comisión, 101/76, Rec. p. 797; *traducción no oficial)* y que «la forma en que se adoptan los actos o Decisiones es, en principio, indiferente por lo que respecta a la posibilidad de impugnarlos a través de un recurso de anulación» (sentencia IBM/Comisión, antes citada; véase también, en el mismo sentido, la sentencia «AETR», antes citada). A la luz de esta jurisprudencia, procede analizar el alcance de la segunda parte de la excepción de inadmisibilidad propuesta por la demandada.

58 A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia hace constar que el acto impugnado reviste una forma inhabitual, en la medida en que, por una parte, de la instrucción practicada y, en particular, de las respuestas de la Comisión a las preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia, resulta que no existe ningún documento escrito, aparte de la transcripción que fue publicada por determinadas agencias de prensa, como la publicada por la Agencia Europe, y, por otra, la muy amplia publicidad que se dio a dicha declaración tiende, debido a su propia forma, a acercarla a un acto de alcance general, más que a una decisión de carácter individual. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia observa, respecto a la forma no escrita del acto, que, según jurisprudencia reiterada, tal como se ha recordado anteriormente (véase el apartado 43), las posibilidades de recurso jurisdiccional se basan, en primer lugar, en el contenido del acto y en la cuestión de si el mismo produce efectos jurídicos que afectan personalmente al demandante. Además, el Juez comunitario ha reconocido ya la admisibilidad de recursos dirigidos contra actos materializados bajo una forma inhabitual, por ejemplo, una Decisión puramente verbal (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de febrero de 1984, Kohler/Tribunal de Cuentas, asuntos acumulados 316/82 y 40/83, Rec. p. 641). En

el caso de autos, el contenido de la declaración, lejos de haber sido negado por la Institución, fue, por el contrario, ampliamente confirmado por la misma, tanto en el marco de los intercambios de comunicaciones, anteriormente recordadas, previas a la interposición del presente recurso, como durante la instrucción del mismo. En cuanto a la naturaleza de las medidas de publicidad que se reconocen al acto, procede recordar que las mismas, ajenas al propio acto, carecen de incidencia sobre su legalidad y sólo producen efectos sobre el inicio de los plazos de recurso que pueden ejercitarse contra el mismo.

59 En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia considera que deben rechazarse tanto la alegación relativa al hecho de que la demandante no pudo adjuntar a su recurso una copia de la declaración impugnada, como la relativa al hecho de que, en dicha fecha, la declaración impugnada no había comenzado a producir sus efectos, al no haber sido regularmente notificada a las empresas afectadas por la operación de concentración, en la medida en que, como se ha dicho anteriormente, para la resolución del presente litigio, la declaración impugnada produjo sus efectos frente a terceros.

60 De ello se deduce que debe desestimarse la segunda parte de la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.

Por lo que respecta a la «excepción de recursos paralelos»

Exposición sucinta de las alegaciones de las partes

61 Según la Comisión, la declaración impugnada no impedía de ninguna manera que la demandante requiriera a la Comisión, si creía que tenía motivos para hacerlo, a obligar a BA a notificar la operación. En su opinión, dicho requerimiento habría abierto a la demandante la vía del recurso por omisión, según las circunstancias previstas en el artículo 175 del Tratado CEE, en caso de silencio por su parte, o, en caso contrario, la vía del recurso de anulación. No obstante, en el caso de autos, Air France nunca presentó tal petición.

62 La Comisión afirma también que, en el marco del recurso de anulación, la demandante debería haber dirigido sus pretensiones contra una de las respuestas que le envió el miembro de la Comisión encargado de la Política de Competencia, más que contra la declaración de 30 de octubre de 1992, de la que no es destinataria. Además, la Comisión considera que correspondía a la demandante, dentro de un plazo razonable a partir del 31 de octubre de 1992, fecha en la que pudo conocer la existencia de la declaración impugnada, solicitar que la misma se comunicara a la Institución. Según la Comisión, al no haberse producido dicho paso, debe declararse la inadmisibilidad del recurso.

63 Por último, la Comisión afirma que el recurso debería haber sido interpuesto ante los órganos jurisdiccionales nacionales, con la posibilidad de que la cuestión de la «dimensión comunitaria» de la operación se resolviera mediante una cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia, en las circunstancias previstas en el artículo 177 del Tratado CEE. La Comisión considera que, en efecto, sólo la decisión adoptada por las autoridades nacionales puede afectar, llegado el caso, a la situación de la demandante.

64 El Reino Unido no presentó observaciones a este respecto.

65 La parte coadyuvante BA destaca que Air France no presentó observación alguna ante las autoridades británicas.

66 La demandante afirma que el hecho de que la Comisión se declare incompetente respecto a operaciones que no le son notificadas no puede producir el efecto de privar a las empresas de un medio de impugnación contra dicha declaración de incompetencia. Si se siguiera el razonamiento de la Comisión, ésta podría convenir con las empresas que participan en una operación de concentración, fuera de todo control jurisdiccional, que la operación no tiene que notificársele. De esta manera, podría llegarse a dos procedimientos distintos, según que la operación se haya notificado o no a la Comisión.

Apreciación del Tribunal

67 El Tribunal de Primera Instancia considera que, en efecto, es cierto que los medios de impugnación que preconiza la Comisión son, por regla general, los únicos de que disponen los terceros, en el marco del contencioso que puede surgir con posterioridad a los contactos informales entre las empresas y la Comisión, tal como están previstos en el punto 8 de la exposición de motivos del Reglamento nº 2367/90/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1990, modificado, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 219, p. 5). No obstante, dichos medios de impugnación no son adecuados a las circunstancias del presente asunto ni excluyen otros medios de impugnación. En efecto, en el caso de autos, la aplicación de las vías procesales preconizadas por la Comisión habría retrasado inútilmente la resolución del litigio, en circunstancias que, como ha reconocido la propia Comisión, no son prácticamente compatibles con el imperativo de celeridad que caracteriza el sistema general del Reglamento. Sin volver a poner en entredicho, de ninguna manera, el interés esencial del procedimiento de los contactos informales, conforme al principio de buena administración, el Tribunal de Primera Instancia considera, en un afán de economía procesal y de eficacia del control jurisdiccional, que la demandante pudo considerar legítimamente, teniendo en cuenta las respuestas dadas a las diferentes comunicaciones que envió al Comisario encargado de la Política de Competencia, que un requerimiento dirigido a la Comisión no produciría los efectos previstos y que se tenía acceso directo al recurso de anulación contra una declaración que contuviera una calificación jurídica de los hechos por parte de la autoridad competente.

68 A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia observa, además, que, aunque la Comisión afirmó que las pretensiones del recurso de anulación deberían haberse dirigido contra una de las respuestas dadas a la demandante por el miembro de la Comisión encargado de la Política de Competencia, más que contra la declaración impugnada de 30 de octubre de 1992, la comunicación enviada por Air France al Comisario encargado de la Política de Competencia, de fecha 9 de noviembre de 1992, debe ser interpretada como una solicitud presentada a la Comisión para que modificara o revocara su propia apreciación de los hechos, tal como se había realizado en la declaración impugnada de 30 de octubre de 1992. En estas circunstancias, la demandante pudo, fundadamente, dirigir su recurso directamente contra la apreciación inicial de la Comisión, tal como se efectuó el 30 de octubre de 1992, y no contra la respuesta de la Institución, de fecha 17 de noviembre de 1992, por la

que se rechazaba la solicitud de la demandante, como se deduce del propio tenor literal de dicha comunicación (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de octubre de 1993, Zunis Holding y otros/Comisión, T-83/92, Rec. p. II-1169).

69 En cuanto a la objeción según la cual la demandante debería haber dirigido su recurso contra la decisión del Secretary of State, en la medida en que dicha decisión implicaba necesariamente que dicha autoridad era competente para pronunciarse sobre la concentración de que se trata, con la posibilidad de que el Juez comunitario resolviera, llegado el caso, a través del artículo 177 del Tratado, la cuestión de si la operación era de «dimensión comunitaria», y sin que sea necesario analizar si es posible discutir, ante el Juez nacional, la legalidad de una Decisión de la Comisión que se haya convertido en definitiva, procede señalar, en cualquier caso, que el hecho de que puedan ejercitarse, en su caso, medios de impugnación ante el Juez nacional no puede excluir la posibilidad de impugnar directamente, ante el Juez comunitario, la legalidad de una Decisión adoptada por una Institución comunitaria, sobre la base del artículo 173 del Tratado. Ello sucede con mayor razón en el caso de autos, en la medida en que, como destaca acertadamente la demandante, el control de una operación de concentración, efectuado con arreglo a la o las legislaciones de uno o varios Estados miembros, no puede ser asimilado, en cuanto a su alcance y efectos, al ejercido por las Instituciones comunitarias, debido a que estos distintos controles tienen la misma finalidad. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia señala que, a diferencia del control ejercido en el ámbito comunitario, el control efectuado por una autoridad nacional queda limitado a la determinación del alcance de la operación en el territorio del Estado miembro del que se trate y que, además, la aplicación de dicho control es particularmente compleja en materia de transportes aéreos internacionales.

70 Por último, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en las circunstancias del caso de autos, no puede afirmarse eficazmente que correspondía a la demandante, dentro de un plazo razonable a partir del 31 de octubre de 1992, fecha en la que pudo conocer la existencia de la declaración impugnada, solicitar a la Institución que le comunicara dicha declaración, en la medida en que debe considerarse, como se ha dicho anteriormente (véase el apartado 68), que las comunicaciones enviadas al miembro de la Comisión encargado de la Política de Competencia tienen por objeto obtener de la Institución la revocación o la modificación de la decisión contenida en la declaración impugnada. Ahora bien, respondiendo a tales peticiones, presentadas, por su parte, dentro de un plazo razonable, el Comisario se limitó a confirmar su propia interpretación inicial del Reglamento y a desesti-

marlas, sin negar la existencia real de la declaración, la exactitud de su contenido ni la interpretación que de ella hacía la demandante. En consecuencia, en cualquier caso, era superflua una solicitud de comunicación del acto impugnado.

71 De ello se deduce que debe desestimarse la tercera parte de la excepción de inadmisibilidad, tal como la propuso la Comisión.

Por lo que respecta a la cuestión de si la demandante queda directa e individualmente afectada por la decisión impugnada

Exposición sucinta de las alegaciones de las partes

72 La Comisión considera que la declaración de 30 de octubre de 1992 no modifica de forma característica la situación jurídica de la demandante. Según dicha Institución, aun admitiendo que el Tribunal de Primera Instancia llegara a la conclusión de que la declaración impugnada constituye un acto que produce efectos jurídicos obligatorios, dicho acto no perjudicaría a la demandante que no hubiera probado que la afirmación de la Comisión respecto a la inaplicabilidad del Reglamento a la operación de concentración objeto de litigio modifica, de por sí, su situación. En efecto, según la Comisión, la declaración impugnada no prejuzga la cuestión de la compatibilidad de dicha operación con el mercado común. También por esta razón, no puede producir efectos jurídicos (sentencias IBM/Comisión, antes citada, y de 24 de junio de 1986, Akzo/Comisión, 53/85, Rec. p. 1965).

73 Además, la Comisión opina que, aun cuando la declaración impugnada debiera ser asimilada a una Decisión adoptada conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento, la demandante no quedaría individualmente afectada por dicha Decisión (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión, 25/62, Rec. p. 197; de 14 de julio de 1983, Spijker Kwasten/Comisión, 231/82, Rec. p. 2559; y de 28 de enero de 1986, Cofaz y otros/Comisión, 169/84, Rec. p. 391, apartado 25). Siempre según la Comisión, el hecho de que una empresa se encuentre en una relación de competencia

con la empresa afectada por la operación no puede bastar para que dicha empresa pueda considerarse individualmente afectada por dicha operación.

74 Según la Comisión, la teoría de la demandante, según la cual los límites fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la admisibilidad de los recursos de anulación interpuestos por particulares no deben aplicarse en el ámbito de las concentraciones, llevaría a declarar la admisibilidad del recurso de cualquier compañía aérea, ignorando el tenor literal del artículo 173 del Tratado, que exige que el demandante quede directa e individualmente afectado por la Decisión cuya legalidad se discute (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de junio de 1982, Lord Bethell/Comisión, 246/81, Rec. p. 2277, apartado 16).

75 El Reino Unido no presentó observaciones particulares al respecto.

76 BA considera que Air France no demostró que sus intereses quedan afectados por la medida que impugna (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1969, Eridania y otros/Comisión, asuntos acumulados 10/68 y 18/68, Rec. p. 459, apartado 7). En opinión de BA, el motivo de impugnación de la demandante se refiere, en realidad, a una supuesta discriminación de la que se considera víctima.

77 La demandante se considera directa e individualmente afectada por la decisión. En su opinión, una decisión de incompetencia de la Comisión para examinar la compatibilidad con el mercado común de la operación de que se trata modifica su situación jurídica. Por una parte, parece que la Comisión exige que la demandante pruebe, desde este momento, la incompatibilidad de la operación con el mercado común. Por otra parte, parece que la demandante considera que, en cualquier caso, una declaración de incompetencia por parte de la Comisión convierte en competentes a las autoridades nacionales respecto a la operación de que se trata, sin tener en cuenta que las autoridades nacionales efectúan sus apreciaciones basándose en elementos materiales y territoriales distintos de los que utiliza la Comisión.

78 Según la demandante, la desaparición del competidor Dan Air, en favor de otro que lo absorbió, a saber BA, modifica las posiciones de mercado de forma suficiente como para que los competidores directos de la empresa absorbente queden individualmente afectados por dicha operación. En el caso de autos, las consecuencias que resultan de la adquisición de Dan Air por BA afectan directamente a la posición de Air France. Por otra parte, Air France indicó, de manera detallada, en sus comunicaciones dirigidas al Comisario encargado de la Política de Competencia, a las que hace referencia expresa, en qué medida quedaba directa e individualmente afectada por la operación. En su opinión, BA sustituiría a Dan Air no sólo en el aeropuerto de Gatwick, sino también en las siete líneas que efectúan la ruta París-Londres, ya que BA controlaría o poseería a partir de este momento cuatro de ellas; en la ruta Niza-Londres, la parte de BA sería del 70 % del tráfico, lo que le concedería, en este mercado concreto, una posición dominante que produciría, manifiestamente, un obstáculo. Siempre según la demandante, Air France es el principal competidor de BA en el mercado de las diferentes redes establecidas por los grandes transportistas europeos. La adquisición de Dan Air por BA produce un efecto multiplicador que afecta individualmente a la demandante.

Apreciación del Tribunal

79 Con carácter preliminar, procede recordar que «quienes no sean destinatarios de una Decisión sólo pueden alegar que ésta les afecta individualmente cuando dicha Decisión les atañe debido a ciertas cualidades que les son propias o a una situación de hecho que les caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, les individualiza de una manera análoga a la del destinatario» (sentencia Plaumann/Comisión, antes citada).

80 Teniendo en cuenta los principios jurisprudenciales que acaban de recordarse, el Tribunal de Primera Instancia considera, en primer lugar, que de las consideraciones anteriores (véase el apartado 47) se deduce que, en la medida en que autoriza, tanto jurídicamente como de hecho, la realización inmediata de la operación proyectada, la declaración impugnada puede producir una modificación inmediata de la situación del o de los mercados afectados, la cual depende únicamente, en tal caso, de la voluntad de las partes. En el caso de autos, del análisis de las cláusulas del acuerdo de 23 de octubre de 1992, antes citadas, se deduce claramente que el mismo debía surtir efectos el 1 de noviembre de 1992 o, como más tarde, el día en

que se cumplieran las condiciones suspensivas que contenía, entre las que figuraba, además, el hecho de que la Comisión asegurara a las empresas, en términos suficientemente ciertos, que la operación no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento. En estas circunstancias y, por otra parte, dado que la transmisión material de títulos, en la que se materializaba la realización de la operación de concentración, se produjo a partir del 8 de noviembre de 1992, procede considerar que la declaración impugnada afecta directamente a los agentes económicos que actúan en el o en los mercados de transporte aéreo internacional, los cuales podían dar por segura, en la fecha del acto impugnado, una modificación inmediata o rápida del estado del mercado. Por el contrario, en el supuesto de que la Comisión hubiera considerado que la operación era de «dimensión comunitaria», dichos agentes habrían tenido la seguridad de que antes de que expirara el plazo previsto en el apartado 1 del artículo 7 del Reglamento, tras haber podido, en su caso, alegar sus derechos y ser oídos, no podría producirse ninguna modificación del estado del o de los mercados.

81 En efecto, la declaración, por parte de la Comisión, de que una operación de concentración entre empresas no es de «dimensión comunitaria» produce el efecto de privar a los terceros de los derechos procesales de que disponen conforme al apartado 4 del artículo 18 del Reglamento y que, por el contrario, habrían podido utilizar en el supuesto de que la operación, de «dimensión comunitaria», se hubiese notificado a la Comisión. En consecuencia, por motivos relativos tanto a sus efectos jurídicos inmediatos sobre el o los mercados afectados por la operación de concentración proyectada, por una parte, como, por otra, sobre los derechos procesales de los terceros, debe considerarse que la declaración impugnada afecta directamente a la posición de los competidores en el o los mercados del transporte aéreo (véanse, por razonamientos similares, las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión, 26/76, Rec. p. 1875, y de 19 de mayo de 1993, Cook/Comisión, C-198/91, Rec. p. I-2487, apartado 23).

82 Por último, por lo que respecta a la cuestión de si la demandante queda individualmente afectada por la declaración impugnada, el Tribunal de Primera Instancia señala, en segundo lugar, que de la instrucción practicada se deduce, como, por otra parte, admitió la Comisión durante el procedimiento, que la situación de Air France en relación con la operación de concentración de que se trata está claramente caracterizada, respecto a la de otros transportistas aéreos internacionales. En efecto, la operación de concentración se traduce en la sustitución de Dan Air por BA en las líneas regulares explotadas por aquélla. De la instrucción practicada resulta que los enlaces aéreos de que se trata afectan a las relaciones entre Francia

y el Reino Unido, por una parte, y a las relaciones entre Bélgica y el Reino Unido, por otra. Por lo que respecta a las relaciones entre Francia y el Reino Unido, las rutas explotadas por Dan Air tienen a Londres y Manchester como punto de partida y a Montpellier, Niza, París, Pau y Toulouse como punto de destino. Por su parte, las relaciones entre Bélgica y el Reino Unido afectan a la ruta Bruselas-Londres. En todas estas rutas, BA refuerza sustancialmente su posición, gracias a la compra de Dan Air, mientras que, paralelamente, el grupo Air France ve afectada su posición de competencia, en las circunstancias que lo individualizan respecto a cualquier otro transportista aéreo. En estas circunstancias, Air France puede quedar asimilado a un destinatario de la Decisión, a efectos de la jurisprudencia Plaumann, antes citada. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia considera que Air France demostró de forma suficiente que el acto impugnado modifica de forma caracterizada su posición en el mercado y que le afecta directa e individualmente, en el sentido de las sentencias Eridania y otros/Comisión y Cofaz y otros/Comisión, antes mencionadas.

83 Por consiguiente, debe desestimarse la cuarta parte de la excepción de inadmisibilidad, tal como la propuso la Comisión.

84 De todas las consideraciones anteriores se deduce que debe desestimarse la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.

Sobre el fondo

85 En su recurso, la demandante invoca tres motivos en apoyo de sus pretensiones de anulación:

— El primero se refiere a la infracción de los apartados 1 y 2 del artículo 1 y de los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Reglamento.

— El segundo se refiere a la violación del principio general de seguridad jurídica en la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 1 y de los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Reglamento.

— El tercero se refiere a una violación del principio general de buena administración, así como a la infracción de los artículos 155 y 190 del Tratado CEE.

86 En su escrito de réplica, la demandante afirma también que la decisión impugnada constituye una violación del principio general de igualdad.

Por lo que respecta al primer motivo de anulación, relativo a la infracción de los apartados 1 y 2 del artículo 1 y de los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Reglamento

Exposición sucinta de las alegaciones de las partes

87 La demandante impugna la apreciación de la Comisión, según la cual la operación de que se trata carece de «dimensión comunitaria», a efectos del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento, antes citado, debido a que, según dicha Institución, para la determinación del volumen de negocios realizado por la empresa absorbida no procede tener en cuenta el volumen de negocios realizado en la actividad «chárter», en la medida en que, en su opinión, dicha actividad fue abandonada antes de la operación de concentración que dio origen al litigio.

88 En primer lugar, la demandante considera que el apartado 1 del artículo 5 del Reglamento obliga a la Comisión a tener en cuenta, para comprobar la aplicabilidad del apartado 2 del artículo 1, el volumen de negocios realizado por una empresa, que participa en una operación de concentración, en sus actividades ordinarias, durante el último ejercicio cerrado. Ahora bien, en su opinión, ha quedado acreditado que Dan Air ejerció su actividad «chárter» durante el último

ejercicio cerrado. En consecuencia, según la demandante, procedía tener en cuenta, para la evaluación de la «dimensión comunitaria» de la operación, el volumen de negocios realizado en dicho sector de actividad.

89 En segundo lugar, la demandante afirma que el hecho de que una empresa, que participa en una operación de concentración, abandone un sector de actividad no da lugar a la aplicación, en beneficio de la misma, de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, antes citado, que se refiere únicamente a las cesiones parciales. En su opinión, mientras que la continuación de las actividades que no son objeto de la cesión es un requisito esencial de la aplicabilidad del apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, la actividad abandonada durante el último ejercicio social cerrado, o entre la fecha de cierre de dicho ejercicio y la fecha de la realización de la operación de concentración, forma parte integrante de las actividades cedidas. Si se tuvieran en cuenta las modificaciones producidas después de la fecha de cierre del ejercicio de referencia, dicho concepto perdería toda su eficacia. Por esta razón, siempre según la demandante, únicamente deben tomarse en consideración las modificaciones que afectan a la propia empresa, por adquisición o cesión de activos. Esta norma se impone en mayor medida en el supuesto de que, como sucede en el caso de autos, el abandono por parte de la empresa cedente de una parte de sus actividades sea consecuencia de una obligación contractual que le impuso la empresa cesionaria.

90 Según la demandante, la finalidad del criterio del volumen de negocios del año de referencia es permitir la identificación automática, sin impugnación posible, del ámbito, comunitario o nacional, en el que debe efectuarse la evaluación económica de la operación. Ahora bien, en su opinión, la fecha de referencia para determinar si dicha operación es de dimensión comunitaria no es la misma que la fecha en la que se supone que debe situarse la Comisión para efectuar la evaluación del fondo de la operación, tal como lo demuestra la Decisión de la Comisión en el asunto Accor/Wagons-lits (Decisión 92/385/CEE de la Comisión, de 28 de abril de 1992, por la que se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración, asunto n° IV/M.126, DO L 204, p. 1). Dado que se trata de un concepto contable, la elección del ejercicio social de referencia para la evaluación de la dimensión de la operación debería ser absolutamente respetada. Además, según la demandante, el pasivo correspondiente a dicho sector de actividad «chárter» fue liquidado por el cesionario.

91 La Comisión considera que la interpretación del artículo 5 del Reglamento que propone la demandante ignora tanto la letra y el espíritu del Reglamento como la finalidad de los umbrales de volumen de negocios previstos en el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento, antes citado, y su método de cálculo. En su opinión, dichos umbrales tienen por objeto reflejar la importancia real de la operación respecto a la estructura de la oferta. De ello se deduce que el cálculo del volumen de negocios sólo tiene sentido si toma a las empresas con la configuración en la que se encontraban en el momento de la concentración. En consecuencia, la Comisión no puede dejar de tener en cuenta la importancia económica de los activos efectivamente cedidos. Si se tomaran en consideración las actividades de Dan Air que habían sido abandonadas antes de la realización de la operación, se efectuaría una determinación errónea de la importancia de la misma.

92 Siempre según la Comisión, aunque la referencia al volumen de negocios del último ejercicio cerrado tiene por objeto proporcionar una base clara e indiscutible, dicha referencia no puede, no obstante, hacer que se ignoren los cambios estructurales producidos después de dicha fecha. La Comisión considera que el párrafo primero del apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, antes citado, no contiene ningún elemento que confirme la interpretación restrictiva de dicha disposición que defiende la demandante. En su opinión, la disposición de que se trata no se preocupa en forma alguna del destino reservado a las partes de empresas que no son objeto de una transacción. En consecuencia, según la Comisión, no excluye los casos en los que la actividad de que se trata fue abandonada antes de la cesión y comprende aquéllos en los que un agente determinado, distinto del adquirente, continuó con dicha actividad. En el caso concreto, la actividad «chárter» de Dan Air había sido efectivamente abandonada y el hecho de que BA asumiera el pasivo de Dan Air no significa, sin embargo, que BA asumiera el activo correspondiente a la actividad «chárter» de la empresa adquirida. No obstante, en el supuesto de que se comprobara que BA eludió la legislación comunitaria, la Comisión no dudaría en utilizar, frente a dicha empresa, lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 8 y en los artículos 14 y 15 del Reglamento. En caso de que se reanudara la actividad en un plazo de dos años, la Comisión debería analizar la operación en su conjunto, en la fecha de la reanudación, de acuerdo con el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, antes citado. Por último, la Comisión considera que la solución preconizada por la demandante, que consiste en atenerse a los datos contables, podría introducir desigualdades entre los diferentes Estados miembros, en la medida en que las normas de presentación de las cuentas pueden ser distintas de un Estado miembro a otro.

93 El Reino Unido considera que la exclusión del volumen de negocios correspondiente a la actividad «chárter» es conforme con el Reglamento, ya se admita que

la transacción objeto de litigio implicaba solamente la adquisición de una parte de la empresa, a efectos del apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, antes citado, o se admita, con carácter subsidiario, que la empresa afectada, a efectos del apartado 1 del artículo 5 del Reglamento, está constituida por los sectores de actividad adquiridos. En su opinión, está claro que si, en el supuesto de la misma operación de concentración, Dan Air hubiese continuado su actividad «chárter», la transacción objeto de litigio habría estado comprendida en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento. Lo mismo sucedería si Dan Air hubiese transferido su actividad «chárter» a un tercero, distinto de BA. El Reino Unido no ve en qué medida sería diferente la solución, en caso de abandono de la actividad no transmitida. Además, el acuerdo de adquisición contenía una condición alternativa, consistente en una obligación de cesión de la actividad o abandono de la misma.

94 Con carácter subsidiario, siempre según el Reino Unido, en el supuesto de que no se considerara aplicable el apartado 2 del artículo 5, sería de aplicación el apartado 1 del artículo 5. En efecto, aunque el Reglamento no contiene una definición del concepto de empresa, procede considerar que el término se refiere a una unidad económica. En el caso de autos, la parte de Dan Air que dejó de ser independiente y pasó a estar bajo el control de BA es aquélla que comprende las actividades de Dan Air distintas de la actividad «chárter». Esta parte de la actividad podía identificarse inmediatamente por su volumen de negocios y, según la parte coadyuvante, debe considerarse como la empresa afectada, a efectos del artículo 5 del Reglamento.

95 BA considera que sólo adquirió una parte de la empresa Davies y Newman y que, en consecuencia, de conformidad con el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, antes citado, únicamente debe imputarse al cedente el volumen de negocios de dicha parte de la empresa. En su opinión, en el caso concreto, la empresa Davies y Newman que pasó a estar bajo el control de BA está compuesta por el conjunto de personas y bienes necesario para que Dan Air continúe solamente sus actividades de servicios regulares. Siempre según BA, ésta es «la empresa afectada», desde el punto de vista de Davies y Newman, y sólo debe tenerse en cuenta la cifra de negocios de dicha empresa.

96 Según BA, es irrelevante el hecho de que el abandono de la actividad sea voluntario, ya que, como consecuencia de su cesión, las franjas horarias, el personal y las aeronaves necesarias para permitir la reanudación de las actividades «chárter»

de Davies y Newman no pasaron a estar bajo el control de BA. Además, si, en contra del razonamiento anterior, el ámbito de la empresa Davies y Newman tuviera que determinarse en una fecha anterior a la de la realización de la operación, quedaría claro que BA no adquirió la totalidad de dicha empresa y que, en consecuencia, debe aplicarse lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, antes citado.

Apreciación del Tribunal

97 Con carácter preliminar, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que, por una parte, conforme a las disposiciones aplicables del Reglamento, antes citadas, a tenor del apartado 1 del artículo 1, «el presente Reglamento se aplicará a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria [...]»; y a tenor del apartado 1 del artículo 4, «las operaciones de concentración de dimensión comunitaria objeto del presente Reglamento deberán notificarse a la Comisión en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control. El plazo comenzará a contar a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados.»

98 Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que, de acuerdo con el tenor literal del artículo 3 del Reglamento, «existe una operación de concentración [...] b) cuando: una o más personas que ya controlen al menos una empresa [...] mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas», y que, a tenor del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento, «a efectos del presente Reglamento, las operaciones de concentración se considerarán de dimensión comunitaria cuando: a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de ecus; y b) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración, supere 250 millones de ecus, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro».

99 De todas las disposiciones citadas, relacionándolas entre sí, se deduce que responder a la cuestión de si la operación de adquisición de Dan Air por BA era una operación de «dimensión comunitaria», a efectos de tales disposiciones, equivale a investigar si la operación de adquisición, tal como se estableció en el acuerdo de 23 de octubre de 1992, antes citado, debía ser notificada a la Comisión. En efecto, en dicha fecha, el acuerdo de voluntades entre el cesionario y el cedente era perfecto y, en consecuencia, dicho acuerdo constituía, en el caso de autos, en el supuesto de que la operación hubiese tenido «dimensión comunitaria», el punto de partida del plazo de notificación, tal como se prevé en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento, antes citado.

100 A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia observa, en primer lugar, que aunque, por regla general, la adquisición parcial de una empresa sólo es posible en la medida en que el contrato de adquisición se refiera a elementos del activo inmovilizado y no a la adquisición de los elementos del activo circulante, de las cláusulas del acuerdo de 23 de octubre de 1992 y, en particular, de su artículo 2, titulado «agreement to sell the shares and assets», se deduce que dicho contrato tiene por objeto tanto la cesión a BA de la cartera de títulos que poseía Davies y Newman como la cesión de algunos de los activos inmovilizados constitutivos de la empresa. Por otra parte, de la condición prevista en el artículo 4.1.5 del acuerdo, antes citado —que, calificada equivocadamente de condición resolutoria por la demandante, constituye, en realidad, una condición suspensiva—, resulta claramente que, desde el 23 de octubre de 1992, las partes pretendieron subordinar la perfección del acuerdo de adquisición a la condición de que los activos correspondientes al ejercicio de la actividad «chárter» no fueran adquiridos por el cesionario, bien porque el cedente cediera dichos activos a un tercero, bien porque él mismo tomara por su cuenta la cesación de actividad de dicho sector. En consecuencia, al subordinar la fecha de efectividad del acuerdo, en particular, al cumplimiento de la condición prevista en su artículo 4.1.5, las partes pretendieron, claramente, excluir el sector de actividad «chárter» del objeto del contrato de adquisición. Por lo tanto y dado que, además, el 28 de octubre de 1992, BA se comprometió frente a la Comisión a no aplicar la cláusula prevista en el artículo 4.2 del acuerdo, antes citado, que le permitía renunciar a la condición suspensiva que acaba de examinarse («waiver»), debe interpretarse que el artículo 4.1.5 produce el efecto de limitar el objeto del acuerdo a la adquisición de los activos de Davies y Newman distintos de los necesarios para el ejercicio de las actividades del departamento «chárter», es decir, solamente a los elementos del activo necesarios para la actividad del sector «vuelos regulares» y de las demás filiales del grupo (véase el apartado 1, *supra*).

101 El Tribunal de Primera Instancia recuerda que, a tenor del artículo 5 del Reglamento, antes citado: «1. El volumen de negocios total citado en el apartado 2 del artículo 1 incluye los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias [...]

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, si la concentración se lleva a cabo mediante la adquisición de partes de una o más empresas, y con independencia de que dichas partes tengan personalidad jurídica propia, sólo se tendrá en cuenta, con respecto al cedente o a los cedentes, el volumen de negocios relativo a las partes que son objeto de la transacción [...]»

102 Del sistema general de esta disposición se deduce que el legislador comunitario quiso que, en el marco de la misión que se le confía en materia de control de las concentraciones, la Comisión intervenga únicamente si la operación proyectada alcanza una determinada magnitud económica, es decir una «dimensión comunitaria». Por consiguiente, la finalidad del apartado 2 del artículo 5 del Reglamento es determinar la dimensión real de la operación de concentración, para examinar si, teniendo en cuenta las partes de empresas efectivamente adquiridas, con independencia de que dichas partes tengan personalidad jurídica propia, la operación proyectada es de «dimensión comunitaria», a efectos del artículo 1 del Reglamento, antes citado.

103 Teniendo en cuenta esta finalidad del apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, y aunque dicho artículo no se refiera expresamente al concepto de cesación de actividades, el Tribunal de Primera Instancia considera que los conceptos de «cesión parcial» y de «cesación parcial» de actividades pueden asimilarse, en la medida en que ambos permiten determinar con precisión el objeto, la consistencia y el alcance exactos de la concentración proyectada. De ello resulta que sólo el volumen de negocios que se refiere a las partes de la empresa efectivamente adquiridas debe tenerse en cuenta para determinar la dimensión de la operación proyectada. En consecuencia, procede referirse al volumen de negocios del último ejercicio social solamente por lo que respecta a las partes de empresa realmente adquiridas.

104 Ahora bien, del análisis del acuerdo de adquisición celebrado entre BA y Davies y Newman el 23 de octubre de 1992, tal como acaba de efectuarse, se deduce que

dicho acuerdo excluye expresamente de su objeto, a través de la condición suspensiva del artículo 4.1.5, antes analizada, los activos necesarios para el ejercicio de la actividad «chárter». Al limitar así, por vía de consecuencia, el alcance de la operación de concentración a algunos de los elementos del activo de la entidad adquirida, el acuerdo de adquisición otorga a dicha operación el carácter de adquisición parcial, a efectos del apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, antes mencionado, referida a los elementos del activo inmovilizado de una parte de la empresa. En efecto, ha quedado acreditado que, después de realizada la operación de concentración, la empresa cesionaria no está constituida, desde el punto de vista económico, por la suma de las empresas que participan en la operación de concentración, dado que BA no incluye, en su nueva configuración, los activos que necesitaba Davies y Newman, antes de la realización de dicha operación, para el ejercicio de las actividades «chárter» de Dan Air. Esta afirmación no puede volver a ponerse en entredicho debido a que el cesionario liquidó el pasivo del cedente, incluido el correspondiente al sector de las actividades «chárter».

105 De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento, antes citado, para determinar la «dimensión comunitaria» de la operación sólo debe tomarse en consideración el volumen de negocios de los sectores de actividad que son efectivamente objeto de la transacción. Ahora bien, no se discute que el volumen de negocios determinado de esta manera, es decir, el volumen de negocios que se refiere a la única parte de Davies y Newman adquirida por BA, valorado en la fecha de cierre del último ejercicio social, tal como fue comunicado a la Comisión por BA en el documento que contenía los cálculos, que, por su parte, se adjuntaba como Anexo a la comunicación de 16 de octubre de 1992, antes mencionada, es inferior al umbral previsto en las disposiciones del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento, antes citadas.

106 Aunque, en el caso de autos, parece que la concentración no se produjo efectivamente hasta el momento en que se cumplió la última de las condiciones suspensivas establecidas en el acuerdo de 23 de octubre de 1992, es decir, en una fecha comprendida entre el 2 y el 8 de noviembre de 1992, el Tribunal de Primera Instancia considera que, a partir del 30 de octubre de 1992, fecha del acto impugnado, la Comisión pudo perfectamente, teniendo en cuenta todas las cláusulas del acuerdo, así como los compromisos suscritos por BA, valorar la «dimensión comunitaria» de la operación, para determinar si la operación proyectada debía o no ser notificada, incluso antes de que se cumpliera la última condición suspensiva.

107 El Tribunal de Primera Instancia señala, además, que, como destacó la Comisión, en el supuesto de que se revelara que, al utilizar el concepto de cesación parcial de actividades, un agente económico pretendía, en realidad, utilizar de forma improcedente las disposiciones del Reglamento, la Comisión dispondría de los medios previstos por el Reglamento, fundamentalmente en el apartado 4 del artículo 8 y en los artículos 14 y 15, para poner fin a dicha situación. En cualquier caso, esta situación no se presenta en el caso de autos, ya que ha quedado acreditado que se cumplieron escrupulosamente las cláusulas del acuerdo, en particular la cesación definitiva del sector «chárter» por parte de Dan Air, así como los compromisos suscritos por BA.

108 De las consideraciones anteriores resulta que debe desestimarse el primer motivo de anulación invocado por la demandante.

Por lo que respecta al segundo motivo de anulación, relativo a la violación del principio general de seguridad jurídica en la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 1 y de los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Reglamento

109 Este motivo está dividido en dos partes: la demandante afirma, por un lado, que el concepto de abandono de actividad no corresponde a ningún concepto jurídico o económico concreto y que, al emplearlo, la Comisión violó el principio general de seguridad jurídica y, por otro, que, por el contrario, dicha Institución habría debido utilizar las facultades que le concede el Reglamento, y, en particular, el apartado 2 de su artículo 8, para imponer, en su caso, al cesionario la cesación definitiva de las actividades «chárter».

110 Con carácter preliminar, la Comisión se pregunta sobre la relación existente entre los dos primeros motivos de anulación formulados por la demandante. En efecto, en el supuesto de que el Tribunal de Primera Instancia desestimara el primer motivo, de ello debería deducirse que la Comisión interpretó correctamente el artículo 5 del Reglamento. Ahora bien, la aplicación exacta de un texto de Derecho comunitario no puede constituir una violación del principio general de seguridad

jurídica. Por otra parte, el concepto de abandono de actividad carece de toda ambigüedad. Por lo tanto, según la Comisión, es irrelevante que el Reglamento no se refiera expresamente a dicho supuesto, ya que, indiscutiblemente, lo prevé.

111 Las partes coadyuvantes no presentaron observaciones a este respecto.

112 Por lo que respecta a la primera parte del motivo, el Tribunal de Primera Instancia considera, además de lo que se ha dicho anteriormente, en el apartado 103, que el concepto de abandono o de cesación de actividad es una mera cuestión de hecho y que, por consiguiente, no puede sino rechazarse la supuesta violación del principio de seguridad jurídica, consecuencia de la toma en consideración del abandono de la actividad «chárter».

113 Por lo que respecta a la segunda parte del motivo, procede recordar, en cualquier caso, que, en el marco del recurso de anulación, no corresponde al Juez sustituir la valoración de la Comisión por la suya propia y pronunciarse sobre la cuestión de si esta Institución debía imponer, a través del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento, tal cesación de actividad, sobre todo teniendo en cuenta que dicha disposición del Reglamento se refiere al examen de fondo de la compatibilidad de la concentración proyectada con el mercado común, que la Comisión efectúa en el supuesto de una operación previamente notificada (véase la reciente sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, SIV y otros/Comisión, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Rec. p. II-1403, apartados 319 y 320).

114 En consecuencia, debe desestimarse también el segundo motivo de anulación.

Por lo que respecta al tercer motivo de anulación, relativo a la violación del principio general de buena administración, así como a la infracción de los artículos 155 y 190 del Tratado CEE

115 También este motivo está dividido en dos partes. La demandante reprocha a la decisión impugnada el haber sido adoptada, por una parte, sin consultar a los Estados miembros o a las empresas que fueran terceros interesados y, por otra, infringiendo el artículo 190 del Tratado. En efecto, en primer lugar, el principio general de buena administración exigía, en su opinión, que la Comisión recopilara información, para resolver con pleno conocimiento de causa una cuestión de principio, aun cuando ningún texto jurídico le obligue expresamente a efectuar dicha consulta. En segundo lugar, siempre según la demandante, la obligación de motivación, prevista en el artículo 190 del Tratado, es parte del principio general del derecho de defensa (sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 1963, Alemania/Comisión, 24/62, Rec. p. 129). Al no efectuar ninguna referencia pertinente al Reglamento, la Comisión incumplió esta obligación. En consecuencia, según Air France, la decisión impugnada adolece de una falta de motivación, ya que los verdaderos motivos en los que se basa no se revelaron hasta después del 30 de octubre de 1992. Por lo tanto, simplemente teniendo en cuenta esta declaración, no es comprensible el razonamiento en el que se basa la declaración impugnada.

116 Haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión considera, en primer lugar, que no tenía ninguna obligación de consultar a los Estados miembros ni a las empresas interesadas, antes de emitir una opinión sobre la compra de Dan Air por BA. En segundo lugar, la Comisión afirma que, en cualquier caso, el motivo relativo a la falta de motivación procede de una confusión entre la motivación formal de la decisión y el fundamento de dicha motivación. En el caso de autos, la Comisión afirma que expuso suficientemente las razones por las que consideró que la empresa objeto de la operación de adquisición no realizaba, en el territorio comunitario, un volumen de negocios de 250 millones de ECU. En su opinión, la cuestión de si tales motivos son exactos y pueden justificar la incompetencia de la Comisión corresponde al control de la legalidad interna del acto.

117 El Reino Unido considera que el Reglamento no obliga a la Comisión a consultar a los Estados miembros antes de decidir sobre su propia competencia respecto a una operación de concentración. En su opinión, los derechos de los Estados miembros están establecidos en el artículo 19 del Reglamento y los de los terceros, en el apartado 4 de su artículo 18. Al no haberse notificado la operación, no es aplicable ninguno de estos dos artículos.

118 La parte coadyuvante BA no presentó observaciones a este respecto.

119 Por lo que respecta a la primera parte del motivo, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que, como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 15 de mayo de 1975, Frubo/Comisión (71/74, Rec. p. 563), obligar a la Comisión a cumplir una formalidad de consulta, cuando, como sucede en el caso de autos, los textos jurídicos aplicables a la materia de que se trata no imponen a la Institución dicha obligación de consulta, sería someterla a un formalismo excesivo y retrasar inútilmente los procedimientos. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia considera que no hay ningún principio general de Derecho que pueda conducir al Juez comunitario a imponer a la Comisión una obligación de consulta que, como ocurre en el caso de autos, no está prevista en ningún texto jurídico.

120 Por lo que respecta a la segunda parte del motivo, el Tribunal de Primera Instancia considera que, como señaló acertadamente la Comisión, la misma procede de una confusión entre un motivo relativo a la falta de motivación de la decisión y la cuestión del fundamento de dicha motivación. En el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia estima que, como, por otra parte, demuestra suficientemente el propio recurso, mediante el cual la demandante pudo perfectamente impugnar la validez de la interpretación del Reglamento que se realizaba en la declaración impugnada, dicha declaración está clara y suficientemente motivada, mediante la referencia a la falta de «dimensión comunitaria» de la operación y la exposición del razonamiento jurídico y económico en el que se basa dicha deducción.

121 En consecuencia, debe desestimarse también el tercer motivo del recurso.

Por lo que respecta al cuarto motivo de anulación, relativo a la violación del principio general de igualdad

122 La demandante afirma que, con carácter previo a la adopción de la declaración impugnada, la Comisión realizó una consulta con el Reino Unido o aceptó participar en dicha consulta, de la que quedaron excluidos, equivocadamente, los demás Estados miembros y, en particular, la República Francesa. Ahora bien, en su opinión, el principio general de igualdad debe extenderse a los Estados miembros en sus relaciones con la Comisión. En consecuencia, la demandante tiene interés en invocar un motivo relativo a la falta de consulta a su propio Gobierno.

123 La Comisión afirma que no tuvo lugar ninguna negociación tripartita entre el Reino Unido, BA y ella misma. En su opinión, el envío a la OFT de la copia del escrito que dirigió a BA el 30 de octubre de 1992 prueba solamente el espíritu de cooperación con las autoridades nacionales competentes en materia de competencia con el que trabaja la Institución comunitaria. Aun admitiendo que el Tribunal de Justicia consagró expresamente el principio de igualdad de trato entre los Estados miembros respecto al Derecho comunitario (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 1979, Comisión/Reino Unido, 231/78, Rec. p. 1447, apartado 17), la Comisión duda, no obstante, que los particulares puedan invocar este principio, que sólo afecta a las relaciones entre los Estados miembros y las Comunidades.

124 Las partes coadyuvantes no presentaron observaciones a este respecto.

125 El Tribunal de Primera Instancia considera que este motivo carece de fundamento, ya que, a diferencia de lo que afirma la demandante, de los documentos obrantes en autos no se deduce en modo alguno que la Comisión consultara al Gobierno británico con carácter previo a la adopción de la declaración impugnada. En consecuencia, este motivo no puede sino ser desestimado, sin que sea necesario examinar su admisibilidad, a la luz del apartado 2 del artículo 48 del Reglamento de Procedimiento, ni la cuestión de si las personas físicas o jurídicas están facultadas para invocar una violación del principio de igualdad de trato entre Estados miembros.

126 De todo lo anterior resulta que debe desestimarse el recurso.

Costas

127 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de la parte demandante y por haberlo solicitado la Comisión, procede condenarla en costas, incluidas las de la parte coadyuvante British Airways.

128 A tenor del apartado 4 del artículo 87 de dicho Reglamento, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio cargarán con sus propias costas. En estas circunstancias, el Reino Unido cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) La parte coadyuvante cargará con las costas, incluidas las de la parte coadyuvante British Airways.

3) El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargará con sus propias costas.

Cruz Vilaça Briët Barrington

Saggio Biancarelli

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 24 de marzo de 1994.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

J. L. Cruz Vilaça