CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 6 de febrero de 1997 *

Indice

El Reglamento: génesis y contenido ..... I - 1383

El procedimiento y la Decisión ..... I - 1387

Los dos recursos: términos del problema y plan de las conclusiones ..... I - 1391

I. Admisibilidad (asunto C-30/95) ..... I - 1394

a) Sobre la anulación parcial ..... I - 1395

b) Sobre la legitimación activa ..... I - 1396

c) Sobre la impugnabilidad del considerando de la Decisión relativo a Potacan .... I - 1399

d) Sobre la falta de interés para ejercitar la acción ..... I - 1400

II. Fondo ..... I - 1401

a) Sobre la inobservancia de la obligación de colaboración con las autoridades nacionales (asunto C-68/94) ..... I - 1401

b) Sobre los efectos de la operación de concentración en el mercado alemán (asunto C-68/94) ..... I - 1404

c) Sobre los efectos de la operación de concentración en el mercado comunitario, excluida Alemania (asuntos C-68/94 y C-30/95) ..... I - 1410

1) La delimitación del mercado geográfico de referencia ..... I - 1410

2) La posibilidad de utilizar el Reglamento de concentraciones para intervenir en contra de posiciones dominantes colectivas ..... I - 1417

— El dato textual ..... I - 1419

— Bases jurídicas y voluntad del legislador ..... I - 1420

— Las garantías de procedimiento ..... I - 1422

— Consideraciones económicas y finalidad del Reglamento ..... I - 1425

3) La utilización errónea, en el presente caso, del concepto de posición dominante colectiva ..... I - 1428

— El grado de concentración del mercado ..... I - 1431

— Los vínculos estructurales entre K+S y SCPA ..... I - 1432

* Lengua original: italiano.

— Las características del competidor eliminado ..... I - 1436

— La posición de los competidores ..... I - 1437

— Comparación entre las situaciones de K+S/MdK y SCPA ..... I - 1438

— El poder económico de la clientela ..... I - 1440

— Las barreras de entrada ..... I - 1441

— Las características del mercado y del producto ..... I - 1442

— El paralelismo de las conductas ..... I - 1442

d) Sobre la imposición de condiciones y cargas que recaen sobre terceros ajenos a la operación de concentración (asuntos C-68/94 y C-30/95) ..... I - 1444

1) Sobre la posibilidad de aplicar el apartado 2 del artículo 8 a empresas terceras respecto a la operación de concentración ..... I - 1445

2) Sobre el carácter adecuado de las condiciones impuestas en el presente caso para mantener una competencia efectiva ..... I - 1446

— Sobre la condición relativa a la salida de K+S del cartel Kali-Export ..... I - 1447

— Sobre la condición relativa a la resolución de los vínculos de distribución entre K+S y SCPA ..... I - 1448

Conclusión ..... I - 1449

1. ¿Pueden aplicarse a los oligopolios las normas del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas [1] (en lo sucesivo, «Reglamento»)? Y, ¿a qué límites, a la luz de las disposiciones del Reglamento, está sujeta la Comisión en la apreciación de la legalidad de las operaciones de concentración?

Los recursos C-68/94 y C-30/95 dan ocasión a este Tribunal de responder, entre otros, a dichos interrogantes de indudable relevancia a efectos de la aplicación del Reglamento. Dichos recursos —uno de ellos interpuesto por el Gobierno francés y el otro por Société commerciale des potasses et de l'azote (en lo sucesivo, «SCPA») y Entreprise minière et chimique (en lo sucesivo, «EMC»)— ponen en tela de juicio, si bien desde perspectivas parcialmente diversas, la legalidad de la Decisión 94/449/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993 [2] (en lo sucesivo, «Decisión»).

2. Mediante dicha Decisión, la Comisión autorizó una operación que tenía por objeto

1 — DO 1990, L 257, p. 14.

2 — Decisión de la Comisión relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (Asunto nº IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (DO 1994, L 186, p. 38).

la agrupación de las actividades relativas a la potasa y a la sal gema de las sociedades Kali und Salz AG (en lo sucesivo, «K+S») y Mitteldeutsche Kali AG (en lo sucesivo, «MdK») en una empresa conjunta creada por K+S y la Treuhandanstalt. No obstante, la declaración de compatibilidad se supeditó al respeto por dichas empresas de determinadas condiciones, esencialmente consistentes en la interrupción de las relaciones comerciales con SCPA y EMC.

Precisamente, el recurso interpuesto por SCPA y EMC (asunto C-30/95) se dirige a obtener la anulación de la Decisión por cuanto establece dichas condiciones; el interpuesto por el Gobierno francés (asunto C-68/94), en cambio, se refiere también a otros aspectos y, por consiguiente, tiene un alcance más amplio. No obstante, habida cuenta de la diversidad sólo parcial existente entre ambos recursos y de la importante coincidencia entre algunos de los motivos formulados y las argumentaciones expuestas en uno y otro, considero posible e, incluso, preferible examinarlos conjuntamente, sin perjuicio de hacer las distinciones obligadas.

3. No obstante, antes de pasar a recordar los términos de la Decisión y, por tanto, de proceder al examen de un litigio que, por las razones de principio que suscita, puede representar una etapa importante en la jurisprudencia en materia de competencia, considero procedente evocar la génesis del Reglamento, sus características sustanciales y el marco procedimental en el que se lleva a cabo el control de las operaciones de concentración. Ello facilitará la comprensión de algunos aspectos de carácter general que, posteriormente, evocaré en el examen de las diversas cuestiones, sobre la admisibilidad y sobre el fondo, planteadas en los presentes recursos.

El Reglamento: génesis y contenido

4. A diferencia del Tratado CECA (artículo 66), el Tratado CE no contiene ninguna disposición específica en materia de concentración de empresas. Esta laguna es fruto de una voluntad política precisa encaminada a incentivar el fortalecimiento de las empresas comunitarias, incluso mediante concentraciones. La propia Comisión, en una comunicación escrita de 1 de diciembre de 1965, declaró su posición de principio favorable a los fenómenos de concentración, en la medida en que los consideraba útiles para el fortalecimiento de la industria europea, todavía excesivamente débil para competir en los mercados internacionales. En la misma comunicación, afirmó asimismo su intención de aplicar a las concentraciones el artículo 86, más que el artículo 85. Este planteamiento fue avalado por el Tribunal de Justicia, el cual, en la sentencia Europemballage y Continental Can/Comisión, declaró que concurre una explotación abusiva, a efectos del artículo 86, cuando una empresa que ya disfruta de una posición dominante refuerza dicha posición, por ejemplo, mediante una fusión, «en la medida en que el grado de dominio así alcanzado obstaculice sustancialmente la competencia». [3]

3 — Sentencia de 21 de febrero de 1973 (6/72, Rec. p. 215), apartado 26.

Sin embargo, la aplicación del artículo 86 no podía constituir una respuesta enteramente satisfactoria, aunque sólo fuera porque dicha norma permite intervenir únicamente *ex post*, es decir, ante posiciones dominantes ya existentes, mientras que una normativa sobre las concentraciones debería, ante todo, prevenir los efectos contrarios a la competencia. En consecuencia, poco después de dictarse la sentencia Europemballage y Continental Can/Comisión, la Comisión presentó al Consejo una primera propuesta de Reglamento *ad hoc*. Por otra parte, su posterior práctica decisoria puso de manifiesto la voluntad de evaluar de nuevo la aplicación del artículo 85 a las concentraciones, utilizando el mecanismo de la «apreciación previa». [4] Dicha orientación pareció confirmarse en la sentencia Philip Morris, [5] en la que este Tribunal admitió que la adquisición por una empresa de una participación minoritaria en el capital de otra empresa competidora podía dar lugar, en determinadas circunstancias, a una restricción incompatible con el artículo 85.

5. La sentencia que acabo de recordar alimentó el debate sobre este asunto y estimuló una renovación del impulso de la Comisión, que en 1988 presentó una nueva propuesta. Basándose en esta propuesta, el Consejo adoptó el Reglamento, cuyo texto final no oculta las discrepancias, incluso profundas, que caracterizaron la fase de elaboración del mismo. [6]

Sin embargo, la adopción del Reglamento no condujo al abandono de la valoración positiva de las formas de agrupación de empresas, consideradas el medio adecuado para permitir a la industria europea competir de manera eficaz en el mercado internacional. En efecto, en la exposición de motivos del Reglamento se subraya que las operaciones de concentración, destinadas a intensificarse como consecuencia de la supresión de las fronteras interiores para la realización del mercado único, deben valorarse de forma positiva porque responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las condiciones de crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad. No obstante, se dice, la agrupación y la reestructuración industrial no deben causar un perjuicio permanente a la competencia, y el Derecho comunitario debe poder intervenir en las «operaciones de concentración que puedan impedir de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo» (quinto considerando).

6. El Reglamento se basa, ante todo, en el artículo 87, en la medida en que contiene condiciones de desarrollo de los artículos 85

4 — En este sentido, véase, por ejemplo, Santamaria, *Diritto commerciale comunitario*, Milán, 1995, pp. 92 y ss., que cita como primer ejemplo de dicha práctica la Decisión 85/78/CEE de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984 (asunto Mechaniver — PPG) (DO 1985, L 35, p. 54).

5 — Sentencia de 17 de noviembre de 1987, Bat y Reynolds/Comisión, «Philip Morris» (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487). No obstante, véase, como postura opuesta al reconocimiento a la sentencia Philip Morris de un alcance que excediera del del asunto concreto, entre otros, Bellamy, *Mergers outside the Scope of the New Merger Regulation. Implications of the Philip Morris Judgement*, en *Fordham Corp. Law Institute*, 1988, p. 22.

6 — Véase la reconstrucción realizada por Frignani-Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Turín, 1996, pp. 685-686.

y 86. Sin embargo, debido a que, como se indica en el sexto considerando, «los artículos 85 y 86 [...] no son [...] suficientes para incluir todas las operaciones que pueden resultan incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecida por el Tratado», su base jurídica está representada también por el artículo 235.

Las operaciones de concentración se definen, en el apartado 1 del artículo 3, con un concepto muy amplio que comprende, de hecho, además de las fusiones, situaciones en las que puede subsistir la autonomía jurídica e, incluso, económica de las partes interesadas. [7] Lo que, principalmente, caracteriza una operación de concentración, más allá de los casos de fusión en sentido técnico, es la adquisición del control, que en el apartado 3 del artículo 3 se define como la «posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa», a través de «derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa» o de «derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa». Las operaciones comprendidas en la disposición del artículo 3 están sujetas a la normativa del Reglamento exclusivamente si se consideran de «dimensión comunitaria». [8] Por el contrario, los restantes supuestos de concentración están comprendidos en el ámbito de la competencia de las autoridades nacionales.

7. En el apartado 1 del artículo 2 se exige a la Comisión tener en cuenta, a efectos de la evaluación de la compatibilidad de la operación de concentración de que se trate, «la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad»; así como una serie de parámetros utilizados para determinar el poder de mercado efectivo de las empresas participantes. [9] La enumeración contenida en la norma deja un amplio margen de discrecionalidad a la Comisión, entre otras razones, por no establecer ninguna jerarquía entre los factores que han de ser tomados en consideración. No carece de importancia la inexistencia, en el Reglamento, de presunciones de ilegalidad relacionadas con las cuotas de mercado poseídas por las empresas, así como de criterios matemáticos utilizables para la evaluación que,

7 — Literalmente: «a) cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen, o b) cuando — una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o— una o más empresas mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquieran, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas».

8 — Esta se alcanza cuando «el volumen de negocios total, a nivel mundial, de todas las empresas afectadas supere los 5.000 millones de ECU», o cuando «el volumen de negocios total, en la Comunidad, de por lo menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere 250 millones de ECU», 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» (apartado 2 del artículo 1).

9 — Se trata de la «posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia».

en cambio, sí están presentes en otras legislaciones en materia de defensa de la competencia. [10]

En los apartados 2 y 3 del mismo artículo 2 se establece que el juicio de compatibilidad, efectuado según los criterios que acaban de evocarse, dependerá, en última instancia, de si la concentración considerada crea o refuerza una posición dominante «en el mercado común o en una parte sustancial del mismo» «que [suponga] un obstáculo significativo para una competencia efectiva». [11]

8. Por lo que respecta al procedimiento de control, se articula en dos fases. Durante la primera, que comienza con la notificación [12] y tiene una duración de un mes, la Comisión comprueba si la operación plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común. [13] Si no sucede así o si la operación no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento, el procedimiento concluye en el marco de la primera fase, mediante decisión de la Comisión [letras a) y b) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento]. A falta de decisión, la operación se considerará declarada compatible con el mercado común (apartado 6 de artículo 10).

Si, por el contrario, la operación plantea serias dudas y la Comisión decide, en consecuencia, incoar el procedimiento formal [letra c) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento], la decisión debe producirse en el plazo de cuatro meses. De lo contrario, será considerada compatible. En la eventual decisión (final), puede declararse la compatibilidad de la operación con el mercado común, si procede, supeditándola a la observancia de condiciones y cargas (apartado 2 del artículo 8), o bien declararla incompatible. En este último supuesto, si la operación ya se ha realizado, la Comisión puede orde-

10 — En Estados Unidos, las «Merger Guidelines» de 1984 introdujeron el denominado Herfindhal-Hirschman Index (HHI), que suma las cuotas de mercado de cada una de las empresas participantes en la concentración, tras haberlas elevado al cuadrado. Para determinar el incremento efectivo del grado de concentración del mercado ocasionado por la operación, se multiplica por 2 el producto de las cuotas de mercado de las empresas participantes. Si, con posterioridad a la concentración, el índice HHI es inferior a 1.000, por regla general, se autorizará la operación. Si está comprendido entre 1.000 y 1.800, se examinará la operación, que podrá ser prohibida si implica un incremento superior a 100. Si, por último, el HHI supera el nivel de 1.800, podrá prohibirse la concentración aunque entrañe un incremento inferior a 50.

11 — El término «significativo» ha suscitado animados debates doctrinales: entre las interpretaciones más acreditadas se cuenta aquella que lo relaciona con el criterio *de minimis*, en el sentido de que únicamente pueden declararse incompatibles las concentraciones que entrañen efectos sustanciales sobre la competencia, reduciéndola de forma importante y duradera. En este sentido, véase Langeheine, *Substantive Review under the EEC Merger Regulation*, en *Fordham Corporate Law Institute*, 1990, pp. 484 y ss. Sobre esta cuestión, véase, asimismo, Bellamy y Child, *Common Market Law of Competition*, 4.ª ed., Londres, 1993, pp. 336 y ss. Por lo que respecta al significado de los términos «competencia efectiva», la jurisprudencia de este Tribunal hace referencia a las condiciones reales en las que se desarrollaría la competencia de no ser por la limitación de que se trate: véase, al respecto, la sentencia de 10 de diciembre de 1985, ETA Investment (31/85, Rec. p. 3933), apartado 11. Véase, también, Dechery, *Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations*, en *Revue trim. dr. eur.*, 1990, p. 317, especialmente, p. 323.

12 — La notificación de la operación de concentración debe efectuarse 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.

13 — La evaluación de una concentración de dimensión «comunitaria» exige, evidentemente, delimitar el sector económico de referencia, tanto por lo que respecta al producto como en lo que atañe a la zona geográfica que ha de considerarse. A este respecto, resultan de ayuda las indicaciones contenidas en el formulario CO previsto en el Anexo I del Reglamento (CEE) nº 2367/90 de la Comisión, de 25 de julio de 1990, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (DO L 219, p. 5), posteriormente derogado y sustituido por el Reglamento (CE) nº 3384/94 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1994 (DO L 377, p. 1). En efecto, en dicho formulario se relacionan todas las informaciones que deben comunicarse a la Comisión en la notificación.

nar cualesquiera medidas adecuadas para restablecer una competencia efectiva (apartado 4 del artículo 8).

El procedimiento y la Decisión

9. El 14 de julio de 1993, de conformidad con el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento, la Comisión recibió notificación de un proyecto de concentración entre la empresa alemana K+S, filial del grupo químico BASF, y MdK, sociedad que agrupa todas las actividades de la antigua República Democrática Alemana en el sector de la extracción y transformación de sales de potasa y sal gema, cuyo único accionista es la Treuhand, ente de Derecho público encargado de la reestructuración de las empresas estatales de la RDA.

Procede, ahora, precisar que, en el momento de la notificación del proyecto de concentración, K+S era, con gran diferencia, el mayor productor europeo de potasa, con un volumen superior a 2.000.000 de toneladas al año, seguida de Mdk, con 1.430.000 toneladas anuales. En consecuencia, en total, en el año inmediatamente anterior a la operación de concentración (1992), la producción alemana de potasa alcanzó un volumen de 3.500.000 toneladas. En tercer lugar se situaba, con unas 1.000.000 de toneladas anuales, la producción de Mines de potasse d'Alsace (en lo sucesivo, «MPA»), perteneciente al ente público francés EMC, que a su vez es titular del 100 % del capital de SCPA, sociedad que comercializa los referidos productos. Posteriormente, con cantidades de producción inferiores a 1.000.000 de toneladas anuales, seguían tres empresas españolas, recientemente agrupadas en un ente estatal denominado INI, que comercializan su producción a través de una misma sociedad: Coposa; y, por último, la sociedad británica Cleveland Potash Limited (en lo sucesivo, «CPL»).

10. De acuerdo con el proyecto de concentración, todas las actividades de extracción y transformación de potasa y sal gema de K+S y MdK se transferirían a Mitteldeutsche Kali GmbH (en lo sucesivo, «MdK GmbH»), empresa conjunta de K+S y la Treuhandanstalt. Según el proyecto, K+S cedió a la empresa conjunta todas sus actividades en el sector de que se trata, mientras que la Treuhand aportó a su capital recursos líquidos por importe superior a 1.000 millones de DM. K+S y la Treuhand eran titulares, respectivamente, del 51 % y del 49 % del capital y de los derechos de voto.

Tras haber examinado el proyecto, la Comisión, el 16 de agosto de 1993, con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento, decidió incoar el procedimiento formal, por cuanto la operación de concentración planteaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común. En consecuencia, el 14 de diciembre de 1993, la

Comisión adoptó la Decisión por la que autorizó la concentración, [14] si bien, con arreglo al apartado 2 del artículo 8 del Reglamento, la supeditó a determinados compromisos.

11. El mercado del producto de referencia, tal como se identifica en la Decisión, comprende esencialmente los productos a base de sales de potasa para usos agrícolas. [15] Se trata de abonos minerales utilizados por sí solos o combinados en el suelo con otros elementos, en particular en los denominados abonos compuestos, junto con nitrógeno y fósforo. En ambos usos, las sales de potasa no pueden sustituirse por otros elementos. En opinión de la Comisión, dichos productos —cualquiera que sea su contenido (distinta cantidad de potasa), forma (producto estándar o granulado) o destino (agricultura o industria para la producción de abonos compuestos)— resultan objetivamente y en gran medida intercambiables desde el punto de vista del cliente, lo que hace que puedan examinarse de forma unitaria. [16]

Asimismo, la Comisión determinó un segundo mercado de referencia, distinto del de los productos a base de sales de potasa, integrados por los productos derivados del magnesio, y declaró que en este sector ejercen actividad básicamente —en el mercado comunitario considerado en su conjunto— sólo K+S y MdK. [17] Pese a que llegó a la conclusión de que, con posterioridad a la fusión, dichas sociedades tendrían una posición monopolística en el mercado comunitario por lo que respecta al sulfato magnésico y a la kieserita, y que, por tanto, la empresa que iba a constituirse tendría en ese mercado concreto, con una cuota del 92 %, una posición dominante, [18] la Comisión, no obstante, no dedujo ninguna consecuencia de ello.

12. Por lo que respecta a los productos a base de sales de potasa para usos agrícolas, en los cuales se centra, casi en su totalidad, la Decisión, la Comisión, en cambio, distinguió dos mercados geográficos de referencia: Alemania y el resto de la Comunidad. [19]

Por lo que respecta al mercado alemán, la Comisión declaró que la referida concentración reforzaría la posición dominante de K+S, creando un monopolio *de facto*. [20] Tras tomar nota de la situación de insolvencia de MdK, destinada a abandonar el mercado de

14 — El dictamen favorable del Comité consultivo en materia de operaciones de concentración, expresado por mayoría en la reunión de 3 de diciembre de 1993, se encuentra publicado en el Diario Oficial (DO 1994, C 199, p. 5).

15 — En efecto, la Comisión excluyó que la concentración en los sectores de la sal y los productos a base de sales de potasa para usos industriales pudiera originar o reforzar una posición dominante que impidiera de forma notable la competencia en la Comunidad o en una parte significativa de la misma (considerando 11 de la Decisión).

16 — Véanse los considerandos 13 a 29 de la Decisión.

17 — Véanse los considerandos 30 y 45 de la Decisión.

18 — Véase el considerando 69 de la Decisión.

19 — Véanse los considerandos 31 a 44 de la Decisión.

20 — Sin las cantidades destinadas a autoconsumo (constituidas, casi íntegramente, por los suministros internos de K+S al grupo BASF), la cuota de mercado de K+S equivale, aproximadamente, al 79 %, y la de MdK, al 19 %; en consecuencia, la cuota de mercado total de MdK GmbH es del 98 % (considerando 46 de la Decisión).

no ser adquirida en breve plazo por otra empresa, con la consiguiente adquisición de su cuota, en todo caso, por K+S, la Comisión dedujo de ello que la posición dominante se crearía incluso en el supuesto de que se prohibiera la operación de concentración proyectada. [21]

En estas circunstancias, la Comisión consideró que podía acoger la argumentación de las partes basada en la aplicación de la doctrina de la «failing company defense» (doctrina de la excepción en favor de la empresa en estado de insolvencia), según la cual las autoridades competentes no pueden prohibir una concentración si una de las empresas interesadas está al borde de la quiebra. En efecto, también según la Comisión, a la luz de la situación que se crearía en Alemania oriental como consecuencia del cierre de MdK, dicha conclusión debe considerarse coherente con la exigencia de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad, a la que hace expresa referencia el considerando 13 del Reglamento. [22]

13. En lo que concierne al mercado integrado por todos los Estados miembros menos Alemania, la Comisión señaló que, como consecuencia de la concentración propuesta, existirían dos empresas en posición dominante: K+S/MdK y SCPA. [23]

La apreciación de la Comisión se basa, por un lado, en la consideración de que la oferta no procedente de los dos principales productores está muy fraccionada y corresponde a agentes económicos que no están en condiciones de menoscabar las cuotas de mercado poseídas por el duopolio, [24] y, por otro, en la presunción de que dejará de haber una competencia efectiva entre K+S y SCPA, tanto por las características del mercado correspondiente como por el comportamiento pasado de ambas sociedades, así como también, por último, en razón de sus estrechos vínculos comerciales. [25] Dichos vínculos consisten, fundamentalmente, en: a) la colaboración en el seno del cartel de exportación Kali-Export GmbH, sociedad austriaca con domicilio en Viena, que coordina la comercialización de los productos derivados de la potasa de sus miembros en países extracomunitarios (en dicho cartel participan, con sendos porcentajes del 25 % del capital, K+S, MdK, SCPA y Coposa); b) el control de una empresa conjunta en Canadá, Potacan, en cuyo capital K+S y EMC/SCPA poseen sendas participaciones del 50 %, y c) las consolidadas relaciones de suministro existentes, en virtud de las cuales SCPA distribuye los productos de K+S en Francia.

21 — Considerando 70 de la Decisión.

22 — Véase el considerando 95 de la Decisión.

23 — Y, en efecto, como se precisó en los considerandos 51 y 52 de la Decisión, la empresa resultante de la fusión K+S/MdK y la francesa SCPA producen el 80 % de la producción comunitaria de sales de potasa (K+S 35 %, MdK 25 % y SCPA 20 %). Excluido el autoconsumo de las empresas interesadas y, por tanto, con base exclusivamente en las ventas, se obtiene una cuota de mercado total de cerca del 60 % (K+S 17 %, MdK 8 % y SCPA 25 %). Sin embargo, dado que SCPA vende considerables cantidades de sales de potasa de otros productores, incluso de países terceros, finalmente se obtiene, considerando las ventas totales controladas por K+S, MdK y SCPA en los Estados miembros de la Comunidad, excluida Alemania, una cuota de mercado total del 60 % (K+S 16 %, MdK 7 % y SCPA 37 %).

24 — Véanse los considerandos 54 a 56 de la Decisión.

25 — Véanse los considerandos 57 a 62 de la Decisión.

14. Por todas las consideraciones expuestas, la Comisión consideró que la operación llevaría a una posición dominante colectiva en el mercado comunitario, excluida Alemania, capaz de afectar a la competencia de forma significativa. Con objeto de evitar las consecuencias negativas derivadas de dicha conclusión, las partes aceptaron asumir determinados compromisos, indicados en el considerando 63 de la Decisión, que reproduzco textualmente:

«— *Kali-Export GmbH, Viena*

K+S y la empresa conjunta se retirarán inmediatamente de Kali-Export GmbH, cuyo domicilio social se halla en Viena [...]

Del mismo modo, K+S y la empresa conjunta resolverán [...] el contrato de representación con Kali-Export GmbH [...] conforme a las estipulaciones sobre resolución previstas en dicho contrato. Tras esta fecha, la empresa conjunta competirá con Kali-Export GmbH a través de su propia red de distribución [...]

— *Distribución*

K+S y la empresa conjunta establecerán dentro de la Comunidad su propia red de distribución —en la medida en que aún no exista— y distribuirán sus productos a través de dicha red, con arreglo a los usos del comercio. Se creará en Francia una red de distribución para la potasa, así como para las especialidades de la potasa. Cubrirá la totalidad del mercado francés; su naturaleza y extensión serán proporcionales a la importancia del mercado francés. Su establecimiento se realizará dentro del respeto del principio de eficiencia económica.

La actual cooperación con SCPA, como distribuidor asociado en el mercado francés, finalizará. Por una parte, ello permitirá a SCPA ejecutar los contrato ya celebrados con sus propios clientes y, por otra parte, a la empresa conjunta establecer su propia red de distribución. Se podrán seguir celebrando contratos de compraventa con SCPA, en las condiciones normales del mercado.»

15. Atendiendo a las dudas de la Comisión sobre la repercusión negativa de la operación de concentración sobre las condiciones de la competencia en la Comunidad, K+S se compromete asimismo, como se indica en el considerando 65 de la Decisión, «a adaptar la restructura de Potacan, antes del 30 de junio de 1994, de manera que cada uno de los socios independientemente pueda comercializar la potasa producida por Potacan en el mercado comunitario».

No obstante, en el considerando 67 se precisa a este respecto que: «[l]a Comisión ha decidido no considerar el compromiso

relativo a Potacan como una obligación formal. Toma nota de dicho compromiso y parte de la base de que K+S realizará todos los esfuerzos posibles para llegar a un acuerdo con EMC/SCPA, en cuanto a una transformación de Potacan que satisfaga los requisitos antes citados». Habida cuenta de que EMC/SCPA no es parte en el procedimiento y que, por otra parte, K+S y EMC notificaron a la Comisión, con arreglo al Reglamento n° 17, la creación de la empresa conjunta Potacan, la Comisión añadió que en caso de que «K+S, a pesar de sus esfuerzos, no pueda llegar a un acuerdo con EMC, deberá hallarse una solución adecuada a los problemas de competencia derivados de la forma actual de la empresa conjunta Potacan, en el marco del procedimiento incoado en virtud del Reglamento n° 17».

16. En consecuencia, por considerar que los referidos compromisos disolverían los vínculos existentes entre K+S y EMC/SCPA, la Comisión adoptó una Decisión de compatibilidad, en cuyo artículo 1 se dispone: «Siempre que se cumplan las condiciones establecidas en los compromisos contemplados en el considerando 63 de la presente Decisión, se declara compatible con el mercado común la operación de concentración propuesta entre Kali und Salz AG, Mitteldeutsche Kali AG y la Treuhandanstalt.»

Los dos recursos: términos del problema y plan de las conclusiones

17. Como ya se ha dicho, la Decisión fue impugnada tanto por el Gobierno francés (asunto C-68/94) [26] como por SCPA y EMC (asunto C-30/95). [27] Estas últimas solicitan la anulación parcial del artículo 1, por cuanto supedita la declaración de compatibilidad de la operación de concentración a las condiciones establecidas en el considerando 63. Las mismas sociedades solicitan, asimismo, la anulación de la Decisión por cuanto en ella se acepta el compromiso (referido en el considerando 65) asumido por K+S de reestructurar, antes del 30 de junio de 1994, la empresa Potacan.

En apoyo del recurso, las sociedades formularon seis motivos: mediante los dos primeros, sostienen que las condiciones previstas en el considerando 63 carecen de relación con el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado comunitario; mediante el tercero, reprochan a la Comisión el haber aceptado el compromiso relativo a Potacan, tanto en la determinación del mercado geográfico, compuesto por los Estados miembros, excluida Alemania, como en la apreciación de la existencia de una presunta posición dominante colectiva en dicho mercado; por último, aducen que las normas del Reglamento no son aplicables a un supuesto de posición dominante colectiva.

26 — En dicho asunto, el Gobierno alemán intervino en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

27 — En dicho asunto, el Gobierno francés intervino en apoyo de las pretensiones de las partes demandantes, mientras que se admitió la intervención de K+S y MdK en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

18. En este punto, considero importante recordar que, cuando el procedimiento estaba todavía pendiente ante el Tribunal de Primera Instancia, [28] SCPA y EMC presentaron una demanda de suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada, en la medida en que obliga a K+S a vender sus participaciones y/o retirarse de Kali-Export y a poner fin a las relaciones contractuales de distribución que las vinculaban con SCPA; asimismo, presentaron una demanda de suspensión del procedimiento incoado por la Comisión, en el marco del Reglamento n° 17, en relación con Potacan.

Tras un primer auto provisional, [29] el Presidente del Tribunal de Primera Instancia, mediante auto de 15 de junio de 1994, [30] estimó parcialmente el recurso de las sociedades demandantes, suspendiendo la ejecución del artículo 1 de la Decisión, por cuanto impone la separación de K+S y de la empresa conjunta de Kali-Export.

19. A diferencia de las sociedades SCPA y EMC, el Gobierno francés solicita la anulación de la Decisión en su totalidad (asunto C-68/94). Alega que la Comisión violó el principio de estrecha y constante relación con las autoridades de los Estados miembros que impone el Reglamento; apreció erróneamente los efectos de la concentración en el mercado alemán, en particular desde la perspectiva de la aplicación al presente caso de la doctrina de la «failing company defense», y, además, apreció erróneamente la operación de concentración en el mercado comunitario, excluida Alemania.

Mediante este último motivo, a su vez articulado en diversas imputaciones, el Gobierno francés discute: a) la delimitación del mercado geográfico de referencia, constituido por los Estados miembros salvo Alemania; b) la aplicabilidad del Reglamento de concentraciones a las posiciones dominantes colectivas; c) la utilización errónea, en el caso presente, del concepto de posición dominante colectiva, y d) la imposición de condiciones y cargas a terceros que no son partes en la operación de concentración.

20. Evidentemente, en relación con la presunta apreciación errónea de la operación de concentración en el mercado comunitario excluida Alemania, las imputaciones de SCPA y EMC coinciden casi enteramente con las formuladas por el Gobierno francés. Como ya he mencionado, ello permite examinar conjuntamente el fondo de ambos recursos, poniendo de manifiesto, cuando proceda, las diversas argumentaciones esgrimidas.

28 — En efecto, el recurso de las sociedades SCPA y EMC fue interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia, y remitido por éste al Tribunal de Justicia por estar pendiente ante este Tribunal el recurso interpuesto por el Gobierno francés (asunto C-68/94), referente a la misma Decisión. En verdad, tras haber solicitado las propias sociedades demandantes que ambos asuntos fuesen examinados conjuntamente por el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia, mediante auto de 1 de febrero de 1995, declinó su competencia con arreglo al párrafo tercero del artículo 47 del Estatuto y remitió los autos a este Tribunal de Justicia.

29 — Auto de 10 de mayo de 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote y Entreprise minière et chimique/Comisión (T-88/94 R, Rec. p. II-263).

30 — Société commerciale des potasses et de l'azote y Entreprise minière et chimique/Comisión (T-88/94 R, Rec. p. II-401).

No obstante, antes de abordar el examen pormenorizado de los motivos de recurso formulados por las partes, estimo oportuno exponer algunas observaciones breves, de carácter general, destinadas a evidenciar, más allá de los importantes intereses en juego, las consecuencias que el presente procedimiento tiene en la esfera de los principios.

21. Comenzaré recordando que las normas sobre la competencia, debido a la naturaleza de la materia que regulan, dejan, en principio, una amplia autonomía a la autoridad administrativa, a la que incumbe apreciar las particularidades del caso concreto para adoptar las decisiones más oportunas. Es igualmente pacífico que también la tarea del Juez comunitario en esta materia exige un cierto margen de apreciación sobre el valor económico de las normas. [31]

Dichas observaciones se aplican, *a fortiori*, en materia de concentraciones, el control de las cuales, por revestir un carácter necesariamente preventivo, exige una apreciación de por sí discrecional por parte de quien deba interpretar y aplicar el Reglamento. En efecto, en todos los sistemas «antitrust», incluso en los provistos de modalidades de control basadas en datos estructurales (cuota de mercado poseída por las empresas interesadas y presunciones correspondientes), se advierte una tendencia hacia la formulación de juicios basados también en factores cualitativos, que tienen en cuenta las particularidades del caso concreto. [32] No obstante, el empleo de criterios «cualitativos» no debe transformarse en una práctica impredecible, que innegablemente tendría la consecuencia inmediata de una sustancial reducción del alcance del control de la legalidad. [33] Por otra parte, dicho control parece aún más necesario si se considera que el desdoblamiento funcional de la Comisión, que, además de una facultad de investigación e instrucción, dispone de una facultad de decisión, debería imponerle una obligación aún más rigurosa de respeto del derecho de defensa. [34]

22. Formulo estas observaciones precisamente porque los problemas específicos suscitados en el presente procedimiento someten al examen de este Tribunal una cuestión de carácter general que afecta a los límites de la discrecionalidad de la Comisión [35] y a las

31 — Siguen siendo esclarecedoras, a propósito del papel desempeñado por el Tribunal de Justicia en materia de competencia, las reflexiones del Sr. Trabucchi, *Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria sulla concorrenza*, en *Rivista di diritto civile*, 1973, I, pp. 497 y ss.

32 — Véase, en relación con Estados Unidos, Leddy, *The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy*, en *ECLR*, 1993, p. 15.

33 — Desde la perspectiva de la legalidad formal, dicho control conduce a examinar los aspectos referentes a la competencia, motivación, regularidad del procedimiento y respeto del derecho de defensa; desde el punto de vista de la legalidad sustantiva, en cambio, se traduce en el control de la congruencia del análisis económico, de mercado, de los efectos contrarios a la competencia y de la corrección de las consecuencias jurídicas (por ejemplo, en el plano de la calificación de los hechos) que se deducen de dicho análisis, naturalmente, sin menoscabar la esfera de discrecionalidad de que disfruta la Comisión en la aplicación de las normas sobre la competencia. A este respecto, véanse los informes de Canivet y Biancarelli en *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations* (Actes du séminaire organisé par le Tribunal de première instance des Communautés européennes, les 22 et 23 novembre 1993), Luxemburgo, 1994, pp. 25 a 38 y 55 a 65.

34 — Sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française/Comisión (asuntos acumulados 100/80, 101/80, 102/80 y 103/80, Rec. p. 1825).

35 — A este respecto, deseo señalar que la actitud favorable a las operaciones de concentración, antes mencionada, fue confirmada por el planteamiento pragmático adoptado por la Comisión en la aplicación del Reglamento, caracterizado por la preferencia por la adopción de soluciones «negociadas», si bien favorables a los proyectos examinados. En definitiva, frecuentemente se ha recurrido a la facultad de aprobar las operaciones a condición de que se respeten condiciones y cargas y, a la inversa, se ha utilizado bastante poco la facultad de prohibición. Sobre este asunto, véase Van Bael-Bellis, *Il diritto della concorrenza nella CE*, 1995, pp. 555-556.

consiguientes facultades de intervención de la autoridad jurisdiccional.

Por consiguiente, este Tribunal debe apreciar con suma atención las consecuencias, que llamaría «sistemáticas», que podrá tener su decisión, en primer lugar, en la esfera de la seguridad jurídica, de la igualdad de trato y de las garantías de los derechos de terceros, así como sus repercusiones en la práctica futura en el ámbito del control de las operaciones de concentración. A este respecto, no considero superfluo recordar que el control del Juez es esencial en la definición de las reglas en materia de concentraciones; y ello incluso en los sistemas en que, a diferencia del nuestro, existe ya un parámetro valorativo establecido de antemano, que orienta la actividad de la autoridad administrativa, dotando a su práctica de claridad y previsibilidad. [36]

23. En las páginas siguientes analizaré las excepciones de inadmisibilidad propuestas por la Comisión en relación con los recursos de las sociedades francesas (asunto C-30/95), que hacen referencia a: a) la posibilidad de anular parcialmente la Decisión, como solicitan dichas sociedades; b) su legitimación activa; c) la impugnabilidad de la Decisión, en la medida en que en ella se toma nota del compromiso asumido por K+S de reestructurar Potacan (considerando 65), y, por último, d) el interés de las partes demandantes para ejercitar la acción.

A continuación, pasaré a examinar el fondo de ambos asuntos. En primer lugar, me referiré a los dos motivos deducidos exclusivamente por el Gobierno francés, a saber, la falta de respeto del principio de estrecha y constante relación con las autoridades de los Estados miembros, que incumbe a la Comisión con arreglo al artículo 19 del Reglamento (a), y el fundamento de la apreciación de la Comisión en orden a los efectos de la concentración sobre el mercado alemán (b). Seguirá el examen de las imputaciones formuladas en ambos recursos, es decir, las referentes a la apreciación de los efectos de la concentración en el mercado comunitario, excluida Alemania (c). A este respecto, examinaré, ante todo, los aspectos inherentes a la delimitación del mercado geográfico de referencia (1), para, seguidamente, pasar al examen de la posibilidad de utilizar las normas del Reglamento para intervenir ante posiciones dominantes colectivas (2), así como de su aplicabilidad al presente caso (3), a la luz también de los criterios elaborados por la Comisión en sus decisiones anteriores. Por último, abordaré los aspectos relativos a la legalidad de la imposición de condiciones a terceros respecto a la operación de concentración (d).

I. Admisibilidad (asunto C-30/95)

24. Antes de nada, procede examinar el fundamento de las excepciones de inadmisibilidad propuestas por la Comisión en relación con el recurso de las sociedades francesas.

36 — Sobre la experiencia estadounidense, véanse las observaciones de Hawk, *Public Private Enforcement of Merger Law in the United States*, en *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, citado en la nota 33 *supra*, pp. 81 y ss., especialmente pp. 83 y 84, quien recuerda que: «The Legality of Mergers is ultimately determined in the Courts according to the judicial standards developed under Section 7 of the Clayton Act, although the Guidelines are increasingly consulted.»

a) *Sobre la anulación parcial*

25. La primera excepción se refiere a la pretensión de anulación parcial de la Decisión. En efecto, la Comisión sostiene que la anulación de una de las condiciones, o de todas ellas, al eliminar los presupuestos en que se basó la declaración de compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común, le obligaría, inevitablemente, a revocar la Decisión impugnada en su totalidad.

Las partes demandantes, por el contrario, sostienen que las condiciones discutidas podrían separarse sin dificultad del resto de la Decisión, y que la anulación de las mismas no tendría otro efecto que el de dar carácter incondicional a la propia Decisión. Añaden que, por no ser aplicable en el caso presente el apartado 5 del artículo 8 del Reglamento, que permite a la Comisión revocar su decisión en caso de incumplimiento de un compromiso asumido por las partes, [37] en modo alguno podría materializarse la situación que teme la Comisión.

26. Considero que dicha excepción debe examinarse conjuntamente con el fondo del recurso. Sólo así podrá verificarse si, efectivamente, la eventual anulación de las condiciones puede repercutir en el resto de la Decisión, obligando a la anulación total de la misma.

Por otra parte, en teoría, bien sería posible proceder a la «escisión» mencionada por las demandantes, incluso a la luz del apartado 5 del artículo 10 del Reglamento, que contempla expresamente la posibilidad de la anulación parcial. A tal efecto, procede determinar si concurren los requisitos a los que la jurisprudencia comunitaria supedita el ejercicio de la potestad de anulación parcial. Se trata, como declaró el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia «vidrio plano», [38] de «comprobar si el alcance de la parte dispositiva de la Decisión, interpretada a la luz de los fundamentos jurídicos de ésta, puede ser objeto de una limitación *ratione materiae*, *ratione personae* o *ratione temporis*, de modo que sus efectos se limiten sin, no obstante, modificar su sustancia». En la realización de dicha comprobación, procede tener en cuenta la posibilidad, admitida por el Tribunal de Justicia, de que «[sea] posible y [esté] justificada una anulación parcial por la circunstancia de tratarse de una Decisión favorable, en conjunto, a los intereses de las empresas interesadas». [39]

27. Como ya he señalado, la fijación de las condiciones a las que se supedita la compatibilidad de la operación de concentración estriba en la consideración de que, según la Comisión, la concentración provocaría la creación en el mercado comunitario, excluida

37 — A tenor de dicha disposición, «[l]a Comisión podrá revocar la decisión adoptada en virtud del apartado 2: a) cuando la declaración de compatibilidad se haya basado en información inexacta de la que sea responsable alguna de las empresas interesadas o cuando haya sido obtenida fraudulentamente, o b) si las empresas interesadas incumplen la carga que acompañaba a su decisión».

38 — Sentencia de 10 de marzo de 1992, SIV y otros/Comisión, «vidrio plano» (asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Rec. p. II-1403), apartado 320.

39 — Sentencia de 23 de octubre de 1974, Transocean Marine Paint/Comisión (17/74, Rec. p. 1063), apartado 21.

Alemania, de un duopolio que podría obstaculizar la competencia y que sólo se evitaría mediante el respeto de dichas condiciones. En consecuencia, para anular parcialmente la Decisión, sería necesario demostrar la falta de fundamento de dicha suposición, es decir, que, por no tener la concentración el efecto que supone la Comisión, no es necesario establecer condiciones para declarar la operación compatible.

Ello confirma que la excepción sólo puede examinarse conjuntamente con el fondo. Tan sólo procede subrayar, desde ahora, que la eventual anulación parcial podría, a lo sumo, implicar la aplicación del apartado 5 del artículo 20 del Reglamento, [40] con la consiguiente reanudación de los plazos y repetición del examen por parte de la Comisión.

b) *Sobre la legitimación activa*

28. La Comisión sostiene asimismo que la Decisión impugnada no afecta directa e individualmente a las partes demandantes. Observaciones análogas fueron expuestas por las sociedades K+S y MdK, que consideran que son las únicas destinatarias de las condiciones impuestas a la Decisión.

Esta excepción me parece manifiestamente infundada. Debido a que las sociedades francesas impugnan una Decisión de la que no son destinatarias formales, procede comprobar si la misma las afecta directa e individualmente, como lo exige el artículo 173. Ante todo, deseo señalar que la Decisión impugnada, sin duda, afecta *directamente* a las partes demandantes, dado que el perjuicio alegadamente sufrido por las sociedades francesas depende de dicha Decisión.

29. Por lo que respecta al requisito de la individualidad, procede recordar que, conforme a una jurisprudencia reiterada, «los sujetos distintos de los destinatarios de una Decisión únicamente pueden alegar que ésta les afecta [individualmente] cuando dicha Decisión les atañe debido a determinadas calidades que les son propias o a una situación de hecho que los caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, los individualiza de una manera análoga a la del destinatario». [41] En el caso presente, es evidente que las partes demandantes se encuentran en una situación de hecho que las diferencia claramente de la generalidad de los sujetos.

En primer lugar, es significativo el que las partes demandantes fueran oídas durante el procedimiento administrativo previo. En efecto, de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia sobre la legitimación de los terceros

40 — Literalmente: «Cuando el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que anule total o parcialmente una decisión de la Comisión adoptada en virtud del presente Reglamento, los plazos fijados en el presente Reglamento se aplicarán de nuevo a partir de la fecha en que se haya dictado la sentencia.»

41 — Sentencias de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión (25/62, Rec. pp. 195 y ss., especialmente p. 219); de 19 de mayo de 1993, Cook/Comisión (C-198/91, Rec. p. I-2487), apartado 20, y de 28 de octubre de 1993, Zunis Holding y otros/Comisión (T-83/92, Rec. p. II-1169), apartado 36.

en materia de competencia, antidumping y ayudas se desprende que las personas a las que un Reglamento o el propio Tratado confieren el derecho de participar en un procedimiento administrativo están legitimadas para ejercitar una acción «para proteger sus intereses legítimos». [42]

30. En segundo lugar, la situación de la competencia en uno de los dos mercados señalados como mercados de referencia, al igual que los efectos de la operación de concentración, fueron apreciados por la Comisión habida cuenta, esencial y específicamente, de la situación de EMC/SCPA, como integrante de un duopolio con K+S. [43]

31. En tercer lugar, todas las condiciones impuestas a las empresas participantes en la operación de concentración para declarar la compatibilidad de la misma se refieren directamente, y casi exclusivamente, a los intereses de las partes demandantes, y pueden perjudicar de forma sustancial su posición en el mercado. [44] Se advierte de inmediato que, al condicionar la adopción de una Decisión relativa a un sujeto a la modificación o, incluso, al cese de las relaciones contractuales o societarias con un tercero, se incide de manera significativa en la actividad de ambos sujetos, y no sólo en la del primero.

32. A esta última observación tampoco cabe oponer la argumentación de la Comisión. Con referencia a SCPA, ciertamente, no constituye motivo válido para excluir su legitimación activa la circunstancia de que otra sociedad integrada en el cartel de exportación Kali-Export, la española Coposa, estuviera igualmente interesada en la Decisión.

En primer lugar, SCPA resulta directa y específicamente afectada también por las otras condiciones previstas en la Decisión, condiciones que, en cambio, no inciden en ningún otro sujeto; y ello basta para caracterizar su situación en relación con cualesquiera otras personas, individualizándola de manera análoga a la de un destinatario de la medida. En segundo lugar, no cabría impedir a un sujeto indiscutiblemente (e individualmente) afectado por una Decisión ejercitar acciones para la protección de sus intereses por el mero hecho de que otro sujeto se encuentre en una situación análoga.

33. De acogerse la tesis ahora criticada se correría el riesgo de vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional. Por otra parte, tampoco me parece que dicha tesis se sustente en una interpretación correcta de la jurisprudencia

42 — Sentencias de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76, Rec. p. 1875), apartado 13; de 4 de octubre de 1983, Fediol/Comisión (191/82, Rec. p. 2913), apartados 28 y ss., y de 28 de enero de 1986, Cofaz y otros/Comisión (169/84, Rec. p. 391), apartado 23. En la jurisprudencia más reciente, véanse las sentencias de 18 de mayo de 1994, BEUC y NCC/Comisión (T-37/92, Rec. p. II-285), apartado 36, y de 24 de enero de 1995, BEMIM/Comisión (T-114/92, Rec. p. II-147), apartado 26.

43 — Sentencias de 6 de noviembre de 1990, Weddel (C-354/87, Rec. p. I-3847), apartados 20 a 23, y de 19 de mayo de 1994, Air France (T-2/93, Rec. p. II-323), apartado 45, en la cual el Tribunal de Primera Instancia declaró la admisibilidad del recurso interpuesto por la sociedad Air France contra una Decisión de la Comisión, relativa a una concentración entre dos de sus competidoras, entre otras razones, debido a que «la situación competitiva en los dos mercados identificados como los mercados afectados por la operación de concentración fue valorada por la Comisión teniendo en cuenta sobre todo la situación de Air France».

44 — Véase, aunque haga referencia a un supuesto distinto, la sentencia de 28 de enero de 1986, Cofaz y otros/Comisión, citada en la nota 42 *supra*, especialmente, apartados 28 y 29.

relativa al párrafo cuarto del artículo 173 del Tratado. En efecto, nada permite considerar, salvo mediante una interpretación indebidamente restrictiva, [45] que la situación consistente en estar afectado «directa o individualmente» deba ser propia de un solo sujeto y no pueda, en cambio, corresponder a varios sujetos, exactamente individualizables en concreto, por estar inmediatamente interesados en la medida. Lo que se requiere, a efectos de la legitimación activa, es, en realidad, el respeto del requisito mencionado, es decir, la caracterización específica y distintiva de la situación respecto a la de cualesquiera otras personas; caracterización que, en el caso de autos, no cabe discutir seriamente.

34. Por otro lado, deseo señalar que en el presente caso concurre el nexo de causalidad, en el sentido de que la situación de las partes demandantes fue específicamente considerada, hasta el punto de haber sido determinante para la Decisión de la Institución, y la base de la razón de ser del propio acto, en la parte impugnada del mismo. [46] En otras palabras, los mismos hechos del litigio ponen de manifiesto la caracterización, no accidental, de la situación de las sociedades demandantes.

35. Por último, no me parece pertinente la remisión que hace la Comisión a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto Zunis Holding y otros/Comisión. [47] Según la Institución demandada, la mera titularidad de una participación accionarial en una sociedad participante en una operación de concentración no es suficiente para caracterizar la situación de hecho de manera análoga a la del destinatario de una Decisión, desde el punto de vista de la legitimación para impugnarla.

A este respecto, observo, en primer lugar, que los principios enunciados en la sentencia Zunis Holding y otros/Comisión tenían validez para las sociedades demandantes en aquel asunto, que eran accionistas de las sociedades directamente participantes en la operación de concentración y que, en consecuencia, se encontraban en una posición enteramente distinta de la de EMC y SCPA en el presente caso. Por otro lado, en la referida sentencia, el Tribunal de Primera Instancia no declaró, en modo alguno, que la titularidad de un paquete accionarial sea insuficiente para caracterizar la posición de un sujeto a efectos del artículo 173, como sostiene la Comisión, sino que se limitó a señalar que, a ese respecto, no basta la posible influencia de un acto en las relaciones existentes entre los diferentes accionistas de una sociedad, requiriéndose, en cambio, circunstancias específicas para que pueda considerarse que «[a]fecta directa e individualmente» a la situación de cualquiera de dichos accionistas. Y entre tales circunstancias, incluso con base en una lectura minuciosa de la sentencia ahora evocada, no sería irrazonable considerar comprendida la especial importancia de la participación. [48]

36. Estas últimas observaciones tienen validez tanto para SCPA como para EMC. Esta última, por otro lado, fue identificada

45 — Como aclaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Plaumann/Comisión, citada en la nota 41 *supra*, «el tenor literal y el sentido gramatical de la disposición antes citada justifican la interpretación más amplia. Por otra parte, las disposiciones del Tratado relativas a la legitimación activa de los justiciables no pueden ser interpretadas de manera restrictiva» (Rec. p. 219).

46 — Sobre este punto, véase Barav y Vandersanden, *Contentieux communautaire*, Bruselas, 1977, p. 172.

47 — Sentencia citada en la nota 41 *supra*.

48 — Véase la sentencia Zunis Holding y otros/Comisión, apartados 34 a 36; véase, también, la sentencia Cook-Kerse, *EC Merger Control*, Londres, 1996, pp. 200-201.

también por la Comisión como destinataria de la condición relativa a Kali-Export. Ciertamente, no obstante el hecho de que sólo SCPA participase en la sociedad mencionada, la Decisión se refiere conjuntamente a EMC/SCPA, tratándolas pues —con razón o sin ella— como una única entidad empresarial. [49] En consecuencia, parece cuando menos forzado el intento de la Comisión de separar, con el fin de excluir su legitimación activa, la posición de EMC de la de SCPA; y ello aun prescindiendo de que la propia EMC alegó haber sufrido perjuicios «autónomos» con respecto a SCPA, en especial como consecuencia de la disolución del cartel de exportación. En efecto, dicha disolución le priva de la red de distribución en países terceros, obstaculizando así su actividad en el área de la «gran» exportación.

Huelga añadir que el conjunto de las consideraciones hasta ahora expuestas en relación con la excepción de inadmisibilidad relativa a las condiciones subjetivas de impugnabilidad del acto sirven asimismo para refutar la argumentación de las sociedades coadyuvantes, centrada, en especial, en la falta de legitimación activa de las partes demandantes.

c) *Sobre la impugnabilidad del considerando de la Decisión relativo a Potacan*

37. Mediante la última de las excepciones que propone, la Comisión considera que la parte de la Decisión relativa a la estructura de Potacan no es impugnable en la medida en que no puede producir efectos jurídicos vinculantes que incidan en los intereses de las demandantes.

A este respecto, deseo recordar en primer lugar que, según la jurisprudencia de este Tribunal, para determinar si un acto es impugnable con arreglo al artículo 173, procede tener en cuenta la sustancia del mismo y comprobar si está destinado a producir efectos jurídicos vinculantes capaces de incidir en los intereses de quien lo impugne, modificando de forma caracterizada su situación jurídica. [50]

38. Ahora bien, es ciertamente llamativo el que la Comisión, pese a haber iniciado un procedimiento *ad hoc* destinado a comprobar la compatibilidad de Potacan con el mercado común a la luz del artículo 85 del Tratado, admita como hipótesis o, incluso, sugiera una solución ya en el contexto que nos ocupa, induciendo, en efecto, a una de las empresas participantes en la operación de concentración a hacer «lo posible por llegar a un acuerdo con EMC/SCPA sobre una reestructuración de Potacan» que cumpla los requisitos expuestos por la propia Comisión. Acerca de la corrección de ese planteamiento, el cual, evidentemente, crea una confusión

49 — Considerando 60 de la Decisión.

50 — En materia de competencia, véanse las sentencias de 24 de junio de 1986, Akzo Chemie/Comisión (53/85, Rec. p. 1965), y de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión (60/81, Rec. p. 2639); de forma más general, sobre el concepto de acto impugnable con arreglo al artículo 173, véanse, en el sentido indicado, las sentencias de 16 de junio de 1993, Francia/Comisión (C-325/91, Rec. p. I-3283), apartado 9, y de 23 de noviembre de 1995, Nutral/Comisión (C-476/93 P, Rec. p. I-4125), apartado 28.

entre procedimientos que, pese a tener partes y objetos distintos, terminan influyéndose recíprocamente, no puede por menos de albergarse más de una duda.

Dicho esto, sin embargo, es menester reconocer que la parte de la medida aquí considerada no parece responder a los requisitos exigidos en el artículo 173 para que pueda impugnarse un acto y, más concretamente, no puede producir efectos jurídicos vinculantes frente a las sociedades demandantes.

39. En efecto, en la Decisión impugnada, en la parte ahora discutida, simplemente se toma «nota» de un compromiso asumido por K+S, si bien a continuación de una explícita sugerencia de la Comisión en el sentido de que la cuestión Potacan se resuelva mediante un acuerdo con EMC. Por otra parte, no se impone a esta última ninguna obligación de iniciar negociaciones, como tampoco de aceptar las propuestas presentadas por K+S. La parte de la Decisión de que se trata podría, a lo sumo, producir algún efecto indirecto, como antes se ha señalado, en el procedimiento iniciado con arreglo al Reglamento nº 17; [51] sin embargo, se trata de consecuencias que, aun cuando se comprobasen efectivamente, no podrían incidir en la esfera de la apreciación de la impugnabilidad del acto objeto del presente procedimiento.

Tampoco me parece que pueda invocarse de forma eficaz, en el presente caso, la solución adoptada en la sentencia «pasta de madera», [52] en la que el Tribunal de Justicia asimiló una declaración de compromiso de las empresas demandantes, a efectos de la impugnabilidad, a las órdenes conminatorias de poner fin a las infracciones previstas en el artículo 3 del Reglamento nº 17. Aun prescindiendo de la diversidad entre los dos casos, deseo señalar que el presupuesto de dicha solución, a saber, que las demandantes se limitaron a dar su consentimiento a una Decisión que la Comisión estaba facultada para adoptar unilateralmente, no concurre en este caso.

40. En consecuencia, propongo que se estime la excepción propuesta por la Comisión y las sociedades coadyuvantes, y que se declare la inadmisibilidad, en relación con el punto que acabo de examinar, del recurso interpuesto por las sociedades francesas.

d) *Sobre la falta de interés para ejercitar la acción*

41. Por último, las sociedades coadyuvantes alegaron la inadmisibilidad del recurso de las sociedades francesas, también basándose en la falta de interés para ejercitar la acción, en

51 — Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

52 — Sentencia de 31 de marzo de 1993, Ahlström y otros/Comisión, «pasta de madera» (asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307), apartado 181.

la medida en que ya han cumplido íntegramente los compromisos a que se referían las condiciones establecidas en la Decisión.

A este respecto, ante todo, debo señalar que, en el plano procesal, procede declarar la inadmisibilidad de esta excepción, por no confirmarse en la argumentación expuesta por la Comisión. De todos modos, la mencionada excepción resulta invalidada por la postura jurisprudencial de este Tribunal, en virtud de la cual, con arreglo al artículo 177, incluso en caso de que el cumplimiento de la obligación impuesta por dicha disposición se revelara imposible, «el recurso de anulación conservaría todavía un interés, en tanto que base de un eventual recurso de responsabilidad». [53]

II. Fondo

42. A la hora de abordar el fondo del asunto, examinaré, en primer lugar, los motivos formulados exclusivamente por el Gobierno francés, relativos, por tanto, al asunto C-68/94. Más concretamente, comenzaré con la apreciación del fundamento del alegado incumplimiento de la obligación de colaboración con las autoridades nacionales (a), para, seguidamente, pasar al examen de las imputaciones expuestas en relación con la apreciación de la operación de concentración en el mercado alemán (b). Por último, examinaré los aspectos referentes a los vicios supuestamente existentes en la evaluación de la concentración en el mercado comunitario, excluido el alemán (c), incluida la cuestión de la legalidad de la imposición de condiciones y cargas a terceros ajenos a la operación de concentración (d), aspectos que se plantean en ambos recursos y que, en consecuencia, serán examinados conjuntamente en relación con las alegaciones comunes.

a) *Sobre la inobservancia de la obligación de colaboración con las autoridades nacionales* (asunto C-68/94)

43. Con este motivo, el Gobierno francés reprocha a la Comisión el no haber respetado, desde diversos puntos de vista, el principio de estrecha y constante relación con las autoridades de los restantes Estados miembros sancionado en el artículo 19 del Reglamento. En particular, alega que los datos relativos al reparto de las ventas de los diversos agentes económicos en cada uno de los Estados miembros y, por lo que respecta a SCPA, a la distinción entre las ventas de productos propios y las de productos de terceros —datos que considera esenciales para apreciar, con conocimiento de causa, tanto las objeciones formuladas por la Comisión a las partes notificantes como el proyecto de Decisión— no fueron comunicados a los Estados miembros hasta la reunión del Comité consultivo de 3 de diciembre de 1993. En efecto, las reiteradas solicitudes del Gobierno francés en tal sentido fueron objeto de una respuesta telefónica, el 5 de noviembre de 1993, de carácter meramente parcial. Por último, el referido Gobierno alega que el error en el dato relativo a las ventas de SCPA en Bélgica y Luxemburgo, tal como fue comunicado por la Comisión al

53 — Sentencia de 5 de marzo de 1980, Könecke/Comisión (76/79, Rec. p. 665), apartado 9.

Comité consultivo, impidió a los representantes de los Estados apreciar de forma óptima la operación. [54]

La Comisión, en primer lugar, responde que el principio de estrecha y constante colaboración con los Estados miembros, sancionado en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento, no constituye un principio general y absoluto, sino que, por el contrario, ha de conciliarse tanto con la observancia de los plazos especialmente breves establecidos para el procedimiento de control (artículo 10 del Reglamento) como con el respeto del secreto profesional, invocado en este mismo caso en relación con las ventas efectuadas en diversos países. En segundo lugar, en su opinión, es a ella a quien corresponde, con arreglo al Reglamento, la facultad de decidir cuáles son los documentos más importantes a efectos de su remisión a las autoridades de los Estados miembros. En todo caso, en el presente asunto, tanto las autoridades de los Estados miembros como el Comité consultivo dispusieron de toda la información necesaria para proceder a una apreciación ponderada de la incidencia de la concentración proyectada sobre la competencia. Por último, en todo caso, no puede considerarse que el dato señalado por el Gobierno francés, que, por otra parte, y de forma patente, no es sino un garrafal error de imprenta, baste para poner en tela de juicio el análisis del Comité consultivo.

44. En primer lugar, procede recordar que el artículo 19 del Reglamento obliga a la Comisión a remitir «a las autoridades competentes de los Estados miembros copia de las notificaciones así como, en el más breve plazo, los documentos más importantes que le hayan sido enviados o que haya emitido en aplicación del presente Reglamento» (apartado 1 del artículo 19). La disposición exige asimismo a la Comisión que tramite los procedimientos previstos «en estrecha y constante relación con las autoridades competentes de los Estados miembros, que estarán facultadas para formular cualquier observación con respecto a dichos procedimientos» (apartado 2 del artículo 19). La misma norma prevé, para lo que aquí interesa, la participación de representantes de las autoridades nacionales en un Comité consultivo *ad hoc*, que tiene la función de emitir un dictamen basándose en «una relación del asunto con indicación de los documentos más importantes y un anteproyecto de Decisión» (apartado 5 del artículo 19).

Ahora bien, las partes no discuten que la Comisión remitió a los interesados a su debido tiempo, conforme a lo prescrito en el apartado 1 del artículo 19, tanto las objeciones dirigidas a las partes notificantes (14 de octubre de 1993) como el proyecto de Decisión relativo a la operación de concentración de que se trata (26 de noviembre de 1993), proyecto que contenía, entre otras cosas, los datos relativos a las cuotas poseídas por los operadores del sector en el mercado comunitario; por otro lado, el 5 de noviembre de 1993, se comunicaron al Gobierno francés, a solicitud de este último aunque, ciertamente, por teléfono, algunos de los datos relativos al volumen de ventas de los distintos operadores en cada Estado miembro. Tampoco se discute que los datos solicitados por el Gobierno francés no fueron comunicados íntegramente a todos los Estados miembros hasta la reunión del Comité consultivo de 3 de diciembre de 1993, ni que uno de los

54 — En efecto, las ventas totales de SCPA en Bélgica y Luxemburgo ascendían a 22.000 toneladas, mientras que en los documentos comunicados por la Comisión se indicaba una cifra de 221.000 toneladas.

referidos datos, a saber, el relativo a las ventas de SCPA en Bélgica y Luxemburgo, era erróneo.

45. En estas circunstancias, procede determinar si, como sostiene el Gobierno demandante, la comunicación tardía de los datos relativos al volumen de venta de potasa, unida al error cometido en uno de ellos, implica un incumplimiento de la obligación que incumbe a la Comisión de colaborar con las autoridades nacionales.

A este respecto, comenzaré señalando que, en el presente caso, la comunicación tardía de dichos datos no puede justificarse ni por el interés en la confidencialidad invocado por las empresas participantes en la operación de concentración, ya que, en tal caso, no hubieran debido comunicarse ni siquiera con retraso, [55] ni mediante una invocación genérica de la potestad discrecional de que disfruta la Comisión a la hora de decidir cuáles son los documentos más importantes a efectos del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento. Es cierto que la comunicación oportuna no constituye un fin en sí misma, sino que es necesaria para garantizar el correcto desarrollo del procedimiento. Desde esta perspectiva, lo que procede es comprobar si los datos ahora controvertidos eran esenciales para la apreciación de los efectos contrarios a la competencia de la operación de concentración, y si la comunicación tardía de los mismos llegó a falsear el procedimiento.

55 — Por otro lado, la propia Comisión afirmó en sus escritos que, en su mayoría, se trataba de datos estadísticos de fácil acceso y que, en todo caso, de conformidad con el artículo 19 del Reglamento, los Estados miembros tienen garantizado el acceso al expediente.

46. Admito que albergo alguna duda sobre el hecho de que los datos relativos al volumen y al reparto de las ventas de los distintos operadores del sector, sin duda importantes para disponer de un cuadro completo de los efectos de la operación de concentración, deban considerarse comprendidos entre los documentos más importantes a efectos del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento. A este respecto, no considero infundada la tesis de la Comisión según la cual los datos referentes a las cuotas de mercado poseídas por cada operador, contenidos en el proyecto de Decisión, eran suficientes para apreciar, con conocimiento de causa, la operación de concentración proyectada.

En todo caso, habida cuenta de los plazos especialmente breves en los que debe adoptarse la Decisión de la Comisión, así como del hecho de que tales datos fueron comunicados telefónicamente al Gobierno francés ya el 5 de noviembre, no cabe a mi juicio reprochar a la Comisión el haber incumplido, con respecto a Francia, las obligaciones que le imponen los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento. A ello se añade que no puede considerarse que la comunicación tardía de dicha información, de por sí, enerve la validez de la Decisión, siendo necesario a tal efecto, por el contrario, que la irregularidad alegada constituya un vicio sustancial de forma. A este respecto, deseo señalar que, de conformidad con una reiterada jurisprudencia de este Tribunal, para que una «violación del derecho de defensa suponga una anulación, es menester [...] que, de no darse esta situación antijurídica, el proceso hubiera

podido concluir con un resultado diverso». [56] Ahora bien, en el presente caso, el Gobierno demandante no ha demostrado, en modo alguno, que la Decisión de la Comisión hubiera sido distinta de no haber sido por el alegado incumplimiento de la obligación de constante colaboración con las autoridades nacionales, habiéndose limitado a afirmar que no cabe excluir dicha posibilidad.

47. Resta por considerar la circunstancia, también señalada por el Gobierno francés, de que el Comité consultivo no recibió todos los datos pertinentes, entre ellos el erróneo, hasta la reunión del 5 de diciembre, es decir, el mismo día en que debía emitir su dictamen. Sin embargo, el apartado 5 del artículo 19 del Reglamento exige que el anteproyecto de decisión y todos los documentos más importantes se comuniquen al Comité consultivo en el momento de la convocatoria, es decir, al menos catorce días antes de la reunión en la que se emite el dictamen. [57]

No parece que la mencionada imputación, que, como señala la Comisión, afecta más bien a las condiciones de convocatoria y consulta del Comité consultivo, pueda tener consecuencias sustanciales sobre la Decisión impugnada. En primer lugar, en efecto, no cabe infravalorar la circunstancia de que el Comité consultivo, integrado por expertos del sector, no formuló ninguna observación al respecto. En segundo lugar, el Gobierno demandante no ha demostrado, en modo alguno, que la comunicación puntual de los datos de que se trata y la inexistencia del error relativo a uno de ellos hubiera llevado al Comité consultivo a adoptar un dictamen distinto; como tampoco que la Decisión final de la Comisión hubiera sido distinta. [58] Por el contrario, las observaciones expuestas por la Comisión sobre este extremo, que no han sido contradichas, parecen excluir tal eventualidad.

b) *Sobre los efectos de la operación de concentración en el mercado alemán* (asunto C-68/94)

48. Son dos las imputaciones realizadas por el Gobierno francés en relación con la apreciación de la operación de concentración en el mercado alemán: por un lado, reprocha a la Comisión el que, en el presente caso, aplicase erróneamente la denominada doctrina

56 — Sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959), apartado 48. En el mismo sentido, véanse, entre otras, las sentencias de 10 de julio de 1980, Distillers Company/Comisión (30/78, Rec. p. 2229), apartado 26, y de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión (234/84, Rec. p. 2263), apartado 30.

57 — No obstante, el mismo apartado 5 del artículo 19 establece que la Comisión podrá acortar dicho plazo «para evitar que una o varias de las empresas afectadas por la operación de concentración sufra perjuicio grave».

58 — A este respecto, no es superfluo recordar que «[l]a Comisión tendrá en cuenta, en la medida de lo posible, el dictamen del Comité y, en cualquier caso, le informará sobre cómo se ha tenido en cuenta dicho dictamen» (apartado 6 del artículo 19). En consecuencia, la Comisión puede desatender el dictamen del Comité o revisar su propia postura y adoptar una Decisión final distinta del anteproyecto de Decisión sometido al dictamen del Comité. A este respecto, me parece paradigmático el caso que condujo a la adopción de la Decisión 94/208/CE, de 31 de enero de 1994, por la que se declaró compatible con el mercado común una operación de concentración (asunto nº IV/M.315 — Mannesmann/Vallourec/Ilva) (DO L 102, p. 15). En efecto, en aquel asunto, el proyecto de Decisión sobre el que emitió su dictamen el Comité consultivo iba en el sentido de la incompatibilidad de la operación de concentración con el mercado común (véase el dictamen del Comité consultivo; DO 1994, C 111, p. 6), mientras que en su Decisión final la Comisión, no se sabe si, en parte, como consecuencia de la opinión minoritaria de algunos de los miembros del Comité consultivo, se inclinó en sentido opuesto. Sobre el punto discutido en el texto, véase, también, respecto al Comité consultivo creado basándose en el Reglamento nº 17, la sentencia de 10 de julio de 1991, Radio Telefis Eireann/Comisión (T-69/89, Rec. p. II-485), apartados 21 a 27.

de la «failing company defense», en virtud de la cual la adquisición de una empresa en situación de quiebra (inminente) debe ser autorizada, con determinadas condiciones, siempre que no origine problemas competitivos; por otro, el que no supeditase a ninguna condición, en relación con el referido mercado, la autorización de la operación de concentración, pese a que la misma conduce a la creación de un auténtico monopolio (98 %) de la empresa conjunta en dicho mercado.

49. Por lo que respecta a la primera de las imputaciones, en primer lugar, recuerdo que la normativa «antitrust» estadounidense admite, aunque sea sólo con sujeción a límites restrictivos destinados a limitar los abusos, la posibilidad de autorizar la adquisición de una empresa en estado de insolvencia siempre y cuando las empresas partes en la operación de concentración, en el marco de una especie de examen de proporcionalidad, demuestren que: a) la empresa objeto de la adquisición se encuentra en circunstancias tales que hacen probable su quiebra inminente; b) es incapaz de reestructurarse con probabilidades de éxito, a efectos del capítulo 11 de la Bankrupty Act; c) no existen soluciones alternativas a la hipótesis de la concentración que entrañen un menor perjuicio para las condiciones de la competencia, y d) la empresa «insolvente» desaparecería del mercado de no llevarse a cabo la concentración. [59]

La Comisión, como señaló expresamente en su propia Decisión, no aplicó la mencionada doctrina tal cual, sino que introdujo apreciaciones propias. En particular, si bien se inspiró en dicha doctrina, en el presente caso se basó en los tres criterios siguientes: 1) MdK habría desaparecido del mercado de no haber sido adquirida por otra sociedad; 2) K+S, de todos modos, habría absorbido la cuota de MdK tras el abandono del mercado por esta última, y 3) no existían soluciones de adquisición alternativas menos perjudiciales para la competencia.

50. El Gobierno francés, fundamentalmente, discute la elección realizada por la Comisión, consistente en recurrir a una doctrina elaborada en y para otro sistema, modificando, en parte, los criterios de aplicación de la misma. En particular, alega que la Comisión no tuvo en cuenta, en absoluto, los criterios de la doctrina estadounidense señalados anteriormente en las letras a) y b); introdujo arbitrariamente el criterio de la absorción de las cuotas de mercado y, por último, no demostró adecuadamente ni que MdK hubiera estado obligada, en todo caso, a abandonar el mercado, ni la inexistencia de soluciones alternativas de adquisición.

Por otro lado, el Gobierno francés, sin dejar de admitir la procedencia de tomar en consideración, a la hora de apreciar una operación de concentración, el objetivo de la cohesión económica y social contemplado en los artículos J.2 y J.3 del Tratado, objetivo que se evoca también en el considerando 13 del Reglamento, [60] sostiene que, sin embargo, ello no debería traducirse en una negación del objetivo básico del control de las opera-

59 — Véase, sobre lo previsto en las «Guidelines» de 1992, Leddy, citado en la nota 32 *supra*.

60 — Procede recordar que en dicho considerando se declara que «la Comisión debe situar su apreciación en el marco general de la realización de los objetivos fundamentales establecidos en el artículo 2 del Tratado, incluido el de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad establecido en el artículo 130 A».

ciones de concentración, consistente en la tutela de la competencia.

51. Ahora bien, es cierto que los criterios a la luz de los cuales debe apreciarse la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común, tal como se fijaron en el Reglamento, indican que prevalece un planteamiento rigurosamente «economicista», anclado, pues, esencialmente, en consideraciones de tutela de la competencia. [61] No obstante, también es cierto que el considerando 13, como lo reconoce el propio Gobierno francés, pone de manifiesto una atención significativo a las exigencias de la cohesión económica y social, justificando así la toma en consideración —bien entendido, dentro de límites que impidan poner en peligro la tutela de la competencia— de objetivos considerados igualmente fundamentales en el propio Tratado.

Por otra parte, huelga decir que no puede constituir un motivo de invalidez de la Decisión la circunstancia de que la Comisión se inspirase en una doctrina elaborada en otro sistema, aunque modificando parcialmente los criterios de aplicación de la misma. Lo que importa es que dicha doctrina no sea contraria al Reglamento, que el análisis realizado al respecto en la Decisión no adolezca de vicios y que, en definitiva, los criterios empleados se hayan aplicado correctamente.

52. Como se señala en la propia Decisión, la Comisión consideró que podía efectivamente aceptarse un argumento centrado en la doctrina de la «failing company defense» «conforme al apartado 2 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones, *por lo que respecta a la existencia de un nexo de causalidad entre la operación de concentración y la creación o el reforzamiento de una posición dominante*». [62]

Desde esta óptica, la discutida introducción del criterio consistente en comprobar si la empresa que efectúa la adquisición conseguiría, de todos modos, la cuota de mercado de la empresa adquirida tiene por objeto, precisamente, demostrar que el reforzamiento de la posición dominante sería inevitable, en el sentido de que se realizaría aunque se prohibiera la operación de concentración.

53. A este respecto, en primer lugar, deseo destacar que la demostrada impermeabilidad del mercado alemán y la circunstancia, también señalada en la Decisión, de que K+S estaba en condiciones de aumentar su producción sin un incremento de costes y de llegar a ser el único suministrador del mercado alemán, conducen a la conclusión, inevitable,

61 — Véase el apartado 2 del artículo 3. La propia práctica de la Comisión parece haber seguido esta dirección. En efecto, hasta la Decisión aquí impugnada, no se conocen decisiones en las que las consideraciones evocadas de índole social hayan prevalecido sobre la exigencia de preservar la competencia. A este respecto, recuerdo la Decisión Aérospatiale-Alenia/de Havilland, en la que la Comisión no acogió el argumento de las partes basado en la probable eliminación del mercado de la empresa de Havilland en el supuesto de que no se aprobase la concentración, si bien es cierto que la consideró improbable (Decisión 91/619/CEE de la Comisión, de 2 de octubre de 1991, Asunto nº IV/M.053 — Aérospatiale-Alenia/de Havilland) (DO L 334, p. 42).

62 — Considerando 71 de la Decisión; el subrayado es mío.

de que la cuota de mercado de MdK habría pasado, de abandonar esta empresa el mercado, a K+S. Lo cual, por otra parte, no discute seriamente ni siquiera el Gobierno francés.

El Gobierno francés pone en tela de juicio, más bien, la aplicación de tal criterio por considerar que, de ese modo, se permitiría a empresas que ya disfrutan de una posición dominante reforzar su posición únicamente debido a la probabilidad de que, en un futuro próximo, terminen adquiriendo, de todos modos, la cuota de mercado de la otra empresa presente en el mismo: lo cual, en su opinión, es excesivo y contradice el objetivo de tutelar la competencia. No obstante, dicha afirmación, de por sí indiscutible, hace abstracción del hecho de que el referido criterio presupone la concurrencia de otros dos requisitos: que la empresa de que se trate esté, de todas formas, destinada a abandonar el mercado, y que no existan soluciones de adquisición alternativas menos perjudiciales para la competencia.

54. Respecto a estos dos últimos criterios, como ya se ha mencionado, el Gobierno francés sostiene, no obstante, que no fueron aplicados correctamente en el presente caso. Por lo que respecta al probable abandono del mercado por parte de MdK, en particular, alega que la Comisión no demostró, en modo alguno, la imposibilidad del mantenimiento de MdK como empresa estatal, por ejemplo, mediante la concesión de ayudas compatibles con los artículos 92 y 93 del Tratado.

No cabe acoger esta alegación. En efecto, es verdad que la Treuhand, ente público encargado de la privatización de las empresas de la antigua RDA y propietario de MdK, está presente con un porcentaje del 49 % en el capital de la empresa resultante de la operación de concentración y que, por tanto, la misma Treuhand (y, por tanto, el Estado) ha prestado y prestará una ayuda importante a dicha empresa. Sin embargo, no es menos cierto que el análisis de la Comisión se basa en las siguientes circunstancias: a) a largo plazo, las ingentes pérdidas de MdK no pueden ser enjugadas por la Treuhand mediante ayudas públicas, puesto que, en todo caso, dicha solución sería incompatible con las normas del Tratado sobre las ayudas de Estado; b) de todos modos, los costes de una eventual reestructuración serían superiores a las ayudas previstas como consecuencia de la operación de concentración, y c) la declaración de la Treuhand, en el marco de las privatizaciones que se están realizando, según la cual cerrará todas las actividades de MdK si no encuentra una empresa privada dispuesta a hacerse cargo de ellas. En consecuencia, sólo a la vista de las particulares circunstancias del presente caso (privatización de una empresa estatal que no puede considerarse viable según los criterios normales de valoración empresarial), la Comisión consideró que tenía pruebas suficientes que demostraban que MdK estaba destinada a abandonar el mercado a medio plazo.

55. Por último, según mi parecer, procede compartir asimismo el análisis de la Comisión desde la perspectiva de la inexistencia de soluciones de adquisición alternativas menos perjudiciales para la competencia. En efecto, como bien demuestra la documentación remitida por la Treuhand a la Comisión relativa al procedimiento de privatización, no se discute que todas las empresas que habían manifestado un interés en la adquisición de MdK, posteriormente, renunciaron a

efectuarla. Por otra parte, la propia Comisión inició una investigación adicional y, en particular, comunicó a las empresas interesadas el importe exacto de las ayudas de las que disfrutaría la operación de concentración, ayudas que, por tanto, se habrían concedido incluso en caso de adquisición por una empresa privada. Ello no obstante, ninguna otra empresa se declaró dispuesta a adquirir MdK.

En esas circunstancias, creo poder compartir la conclusión a la que llegó la Comisión. No obstante, resta por considerar el hecho de que la Comisión no considerase que constituyera una alternativa posible la oferta presentada, tras haberse llegado al acuerdo relativo al contrato de fusión, por el grupo Peine para la adquisición de la mina de Bischofferode, es decir, de una de las cuatro minas en funcionamiento de MdK. Ello se debió a que Bischofferode no constituía una parte significativa de MdK, así como a motivos relacionados con cuestiones laborales.

56. Este último aspecto, que, por otra parte, terminó teniendo un peso importante en la aplicación de la doctrina de la «failing company defense» también en Estados Unidos, [63] es, a mi juicio, decisivo, en especial en función de las exigencias de cohesión económica y social reiteradamente aludidas.

La singularidad del marco en que se insertan las operaciones de concentración, que inevitablemente implica problemas de política industrial, bien puede permitir, incluso a la luz de los objetivos de reforzamiento de la cohesión económica y social previstos en los artículos 2 y 130 B del Tratado, una adecuada consideración de los aspectos laborales y, en general, sociales, con ocasión de la apreciación de las operaciones de concentración. Ello ha de ser así, cuando menos, en los casos en que, como en el presente, las diversas soluciones presentan diferencias importantes precisamente en relación con las posibilidades de empleo. [64]

57. Sobre este extremo, recuerdo asimismo que, en dos recientes sentencias, si bien en un contexto y con fines distintos, más concretamente en el marco del análisis de la legitimación activa reconocida a los representantes sindicales de los trabajadores de las empresas participantes en la operación de concentración, también el Tribunal de Primera Instancia ha declarado que, en la aplicación del Reglamento, la atención prestada a la tutela de la competencia en el marco de la apreciación de la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común puede conciliarse con una adecuada consideración de la incidencia social de dicha operación, a la luz del artículo 2 del Tratado. En este sentido, según el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión puede comprobar si la

63 — En efecto, la doctrina de la «failing company defense» nace de preocupaciones de política económica y eficiencia empresarial. No obstante, posteriormente, en su aplicación comenzaron a introducirse consideraciones políticas y sociales, vinculadas, por ejemplo, a la exigencia de salvaguardar los niveles de empleo. A este respecto, véanse las sentencias United States/General Dynamics Corp., 415, U. S. 486, 507 (1974), y Areeda Turner, antes citada, vol. IV, 1980, p. 941.

64 — En el caso presente, mientras que la operación de concentración entraña actividades para un total de 3.000 puestos de trabajo, la oferta alternativa del grupo Peine se limitaba a la adquisición de actividades que representaban sólo 536 puestos de trabajo, es decir, el 18 % de los puestos garantizados por la operación de concentración. Tampoco la ponderación de los objetivos de política de la competencia y otros fines del Tratado, pese a ser tarea ante todo del legislador, es ajena a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: véanse, por ejemplo, la sentencia Europemballage y Continental Can, citada en la nota 3 *supra*, y la sentencia de 18 de marzo de 1980, Valsabbia y otros/Comisión (asuntos acumulados 154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78 y 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 y 85/79, Rec. p. 907).

operación de concentración puede tener repercusiones en la situación de los trabajadores en las empresas afectadas, «que puedan incidir en el nivel o en las condiciones del empleo en la Comunidad o en una parte sustancial de la misma». [65] Tampoco el Tribunal dejó de evocar, en las mismas sentencias, el ya recordado considerando 13 del Reglamento.

Por último, es significativo el hecho de que, en el presente caso, la tutela del empleo se enmarque en un contexto más amplio, caracterizado por la exigencia de promover la superación de las deficiencias estructurales de Alemania oriental, región en la que ejerce su actividad la empresa MdK. En consecuencia, también desde este punto de vista la Decisión es, ciertamente, adecuada para perseguir el objetivo de la cohesión económica y social previsto en el considerando 13.

58. La segunda imputación formulada por el Gobierno francés, estrechamente relacionada con la que acaba de examinarse, hace referencia, como ya se ha mencionado, a la falta de imposición de condiciones y/o cargas para autorizar la operación de concentración en relación con el mercado alemán, pese a que, de hecho, se realizase así un monopolio (98 % del mercado) en dicho mercado. En particular, en opinión del Gobierno francés, la Comisión hubiera debido supeditar el juicio de compatibilidad a un compromiso preciso de las empresas de dejar abierto a la competencia el mercado alemán, conforme al modelo de la Decisión Nestlé/Perrier. [66]

La Comisión replica que la Decisión Nestlé/Perrier carece de toda pertinencia, por cuanto en el presente caso la apertura del mercado a la competencia no depende de la estructura del mismo, como en aquel asunto, sino del comportamiento de los compradores y, por tanto, de la demanda y no de la oferta. A continuación, señala que el Gobierno francés no precisó qué compromisos podían imponerse a K+S y MdK para «abrir el mercado alemán a la competencia».

59. Ahora bien, indudablemente, es cierto que no corresponde al Gobierno francés, como alegó este último, proponer soluciones al respecto, al tratarse de una competencia de la Comisión, en tanto que órgano encargado de la aplicación de la normativa «antitrust». Sin embargo, la inexistencia de sugerencias sólo puede indicar la dificultad de encontrar condiciones a las que someter la operación de concentración en el mercado alemán, adecuadas para alcanzar el objetivo de la apertura del mismo a la competencia.

A este respecto, basta con observar que, aun suponiendo que para abrir el mercado

65 — Sentencias de 27 de abril de 1995, CCE de la Société générale des grandes sources y otros/Comisión (T-96/92, Rec. p. II-1213), apartados 28 y 29, y CCE Vittel y otros/Comisión (T-12/93, Rec. p. II-1247), apartados 38 y 39.

66 — Decisión 92/553/CEE de la Comisión, de 22 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (Asunto nº IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (DO L 356, p. 1).

alemán a la competencia, no obstante las singularidades evocadas por la Comisión, proceda, en todo caso, intervenir en su estructura, sigue siendo cierto que no era practicable una solución con la adoptada en el asunto Nestlé/Perrier. Y, en efecto, como se ha dicho, en el caso que ahora nos ocupa no se encontraron soluciones de adquisición alternativas. En estas circunstancias, no considero que las objeciones suscitadas por el Gobierno demandante basten para refutar las apreciaciones de la Comisión.

60. En definitiva, incluso habida cuenta de las consideraciones expuestas anteriormente por lo que respecta a las señaladas singularidades económico-sociales del presente caso, propongo al Tribunal de Justicia que desestime este motivo, debiendo ser aprobada íntegramente la apreciación que de los efectos de la operación de concentración en el mercado alemán realizó la Comisión.

c) *Sobre los efectos de la operación de concentración en el mercado comunitario, excluida Alemania* (asuntos C-68/94 y C-30/95)

61. Tanto el Gobierno francés (asunto C-68/94) como SCPA y EMC (asunto C-30/95) impugnan la Decisión en relación con la apreciación de la operación de concentración respecto al segundo mercado geográfico de referencia, a saber, el comprendido por todos los Estados miembros excepto Alemania. En efecto, las imputaciones de las demandantes se refieren a la propia delimitación de dicho mercado; a la posibilidad de aplicar el Reglamento a las posiciones dominantes colectivas; a la errónea utilización, en el caso presente, del concepto de posición dominante colectiva, y, por último, a la imposición de condiciones y cargas a terceros ajenos a la operación de concentración.

En este punto, procede precisar que, ya que los argumentos expuestos por SCPA y EMC están, en su mayoría, comprendidos en los aducidos por el Gobierno francés (que, sin embargo, los ha articulado de forma más amplia y pormenorizada), en el examen que sigue me referiré, en particular, a los argumentos de este último. No obstante, no obviaré señalar las particularidades relativas a cada uno de los recursos considerados.

1) *La delimitación del mercado geográfico de referencia*

62. Según el Gobierno y las empresas demandantes, la determinación de la Comunidad (excluida Alemania) como segundo mercado geográfico de referencia a efectos de la apreciación de la operación de concentración no está suficientemente motivada y se basa en un análisis erróneo y, en todo caso, parcial de los elementos que han de examinarse. En particular, el Gobierno francés señala que los criterios empleados por la Comisión para delimitar el mercado geográfico controvertido hubieran debido conducir a la Comisión, de haber sido conformes a los habitualmente utilizados en la práctica de la aplicación del Reglamento, a negar la existencia de un mercado único constituido por los

restantes Estados miembros de la Comunidad. En efecto, en su opinión, se trata de un mercado muy heterogéneo, por diversas razones.

La Comisión responde afirmando la legalidad y corrección de la definición del conjunto de la Comunidad, exceptuada Alemania, como mercado geográfico distinto, definición que, según sostiene, se efectuó a la vista del caso concreto y, en particular, de la naturaleza y las características del producto de que se trata. Según la Comisión, ello explica también la escasa pertinencia de la remisión a criterios empleados en otros asuntos.

63. En primer lugar, deseo señalar que la definición del mercado geográfico de referencia, condición necesaria y previa a cualquier examen de un comportamiento supuestamente contrario a la competencia, cobra una importancia aun mayor cuando, como en el presente caso, se desea demostrar la existencia de una posición dominante. [67]

Si bien es innegable que, en esta materia, la Comisión disfruta de una amplia discrecionalidad, huelga decir que, en todo caso, corresponde al Juez comunitario verificar la corrección y congruencia del análisis efectuado en la Decisión e invocado en apoyo de la afirmación de la existencia, en el mercado comunitario excluida Alemania, de una posición dominante colectiva. [68]

64. Procede, aquí, precisar que el Reglamento no facilita indicaciones claras acerca de la definición del mercado geográfico de referencia, puesto que, en el apartado 7 del artículo 9, sólo se refiere a los criterios necesarios para apreciar si existe un mercado distinto en un Estado miembro y, por ende, si concurren las condiciones para que la Comisión reenvíe el examen de la operación de concentración notificada a las autoridades competentes de dicho Estado. Dichos criterios se reiteraron en el capítulo 5 del formulario CO: [69] «El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios [...], en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido [...] a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas. Entre los factores que intervienen a la hora de determinar el mercado geográfico de referencia cabe citar la naturaleza y las características de los productos y servicios que abarca, la existencia de obstáculos para el acceso al mismo y de preferencias de los consumidores y la existencia de diferencias apreciables de las cuotas de mercado de las empresas en zonas geográficas próximas o de importantes diferencias de precios.»

67 — Con respecto al concepto de mercado de referencia *tout court*, el Tribunal de Primera Instancia, en la sentencia de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión (T-29/92, Rec. p. II-289), señaló la mayor importancia de ese aspecto a efectos de la aplicación del artículo 86, más que a efectos de la aplicación del artículo 85. Las observaciones hechas en aquella ocasión me parecen oportunas también en relación con una posición dominante como consecuencia de una operación de concentración.

68 — Sentencia citada en la nota 38 *supra*, apartado 360.

69 — Formulario CO, previsto en el Reglamento nº 2367/90, citado en la nota 13 *supra*.

Entre los factores que, según la disposición evocada del formulario CO, han de ser tomados en consideración no existe, pues, ningún orden de importancia, de tal modo que cualquiera de ellos puede considerase predominante o, en todo caso, más significativo que los demás. En consecuencia, si bien no cabe admitir la pretensión de la Comisión en el sentido de que se consideren irrelevantes, en el caso presente, los criterios aplicados en las anteriores Decisiones, debe considerase que estas últimas constituyen únicamente un parámetro de referencia, debiendo verificarse la congruencia y coherencia de las decisiones de la Comisión a la luz del peculiar contexto en que se inserta el caso de que se trata.

65. Dicho esto, paso a examinar los distintos aspectos de la argumentación. En primer lugar, en opinión de los demandantes, la Comisión consideró homogéneo un mercado compuesto por países sin producción interna alguna (tales como Bélgica, Países Bajos, Dinamarca y Grecia); países productores en los que la producción es, estructuralmente, superior al consumo (España y Reino Unido), y otros países en los que el consumo es, estructuralmente, superior a la producción (Francia). A ello se añade, en su opinión, que las estrategias de compra de los Estados miembros importadores son sustancialmente dispares, así como que la práctica totalidad de los intercambios intracomunitarios se compone de flujos en sentido único, y no de intercambios recíprocos, que son los que, normalmente, caracterizan un mercado verdaderamente homogéneo.

En consecuencia, según el Gobierno francés, la Comisión amalgamó situaciones enteramente distintas, cuando hubiera podido identificar una cierta homogeneidad exclusivamente con respecto a los Estados no productores. A su juicio, una prueba adicional de la falta de homogeneidad del mercado considerado se deriva del examen de las cuotas de mercado de los proveedores, que varían de forma notable entre un país y otro, así como de la misma concentración de la oferta. Según el Gobierno demandante, también la apreciación de las características de la demanda confirma la inexistencia de un mercado geográfico de referencia constituido por todos los países miembros, excluida Alemania. En efecto, según su parecer, el juicio de la Comisión acerca del carácter sustitutivo de los productos es erróneo, dado que la elección de los productos derivados de potasa depende de la naturaleza geológica del suelo, de la superficie agrícola, de los hábitos de los consumidores y de las políticas agrícolas, así como de la presencia en el territorio de industrias de la potasa. [70]

66. La Comisión replica que la inclusión, en un mismo mercado, de países no productores y países productores no implica, en modo alguno, una delimitación errónea del mercado geográfico de referencia, y que no es en absoluto decisiva la presencia de un solo productor en un Estado miembro. Por otra parte, a su entender, la existencia de flujos comerciales de sentido único no excluye la homogeneidad del mercado de que se trate, con la que, según la doctrina económica, son perfectamente compatibles. En su opinión, no cabe llegar a una conclusión distinta considerando las diferentes estrategias de compra de los Estados miembros importadores, y

70 — Las empresas demandantes, en cambio, parecen estar de acuerdo con la Comisión en lo que respecta al carácter sustitutivo de los productos, si bien alegan que el mismo depende del modo en que se haya definido el mercado del producto de referencia, y carece, por tanto, de toda incidencia en la delimitación del mercado geográfico de referencia.

menos aún en razón de las diversas cuotas de mercado poseídas en los distintos países por los principales operadores, circunstancia ésta que no constituye un factor decisivo para la determinación del mercado de referencia ya que, por ejemplo, puede depender de barreras comerciales preexistentes o de hábitos enraizados de los consumidores.

Por lo que respecta a las características de la demanda de los productos de que se trata, la Comisión estima que las consideró suficientemente y señaló, por un lado, la existencia de un elevado grado de intercambiabilidad, puesto que en ningún país, exceptuada Alemania, tienen los usuarios una preferencia clara por los productos locales, y, por otro, la capacidad de todos los productores comunitarios de potasa para producir los distintos tipos de este producto. A su juicio, en consecuencia, no existía ningún elemento adecuado para considerar la estructura de la demanda como indicativa de mercados nacionales distintos; y ello a diferencia de los casos en que, en cambio, se advirtió una preferencia de los consumidores por marcas bien conocidas [71] o por productos nacionales, [72] o una demanda extremadamente baja en un mercado en fase de despegue. [73]

67. En segundo lugar, según los demandantes, el examen de los costes de transporte y de los precios en el interior del mercado de referencia, tal como fue efectuado por la Comisión, carece de toda fiabilidad. Por lo que respecta al primero de ambos conceptos, la Comisión no efectuó, en realidad, ningún análisis, limitándose a afirmar, de manera apodíctica, que los costes de transporte no obstaculizan los flujos comerciales.

Igualmente deficiente fue, en opinión de los demandantes, la investigación sobre los precios de la potasa en el interior de la Comunidad: la Comisión omitió efectuar, como hubiera sido necesario, un examen comparativo de los precios aplicados por los diversos operadores en cada uno de los Estados miembros. Asimismo, afirman que, para probar la inexistencia de diferencias sustanciales entre los niveles de precios de los distintos países, la Comisión aportó datos estadísticos de cinco años de antigüedad y, por tanto, no fiables.

68. La Comisión rechaza las imputaciones formuladas en contra de su análisis, objetando que la inexistencia de flujos de intercambios entre países productores y países importadores no siempre, ni necesariamente, está ocasionada por los costes de transporte. Por otra parte, la existencia de intercambios entre algunos países no limítrofes (Alemania y Portugal, España y Bélgica, Alemania e Irlanda) y la inexistencia, en cambio, de flujos entre Estados vecinos (Gran Bretaña y Países Bajos) demuestra, a su juicio, que los costes de transporte no son, en modo alguno, prohibitivos. A este respecto, la Comisión recuerda las observaciones expuestas en la Decisión impugnada (considerando 42), que a su juicio acreditan que el nivel de dichos costes no puede obstaculizar los flujos comerciales en relación con el mercado geográfico de que se trata.

71 — Decisión 91/403/CEE de la Comisión, de 29 de mayo de 1991 (asunto nº IV/Magneti Marelli/CEAC) (DO L 222, p. 38).

72 — Decisión de la Comisión de 6 de noviembre de 1990 (asunto nº IV/M004 Renault— Volvo) (DO C 281, p. 2).

73 — Decisión Nestlé/Perrier, citada en la nota 66 *supra*.

En cuanto a los precios practicados en los Estados miembros distintos de Alemania, la Comisión señala, a continuación, que no son sensiblemente diferentes. En efecto, a su juicio, la diferencia de precio máxima en el interior de la Comunidad es del 10 %, mientras que con respecto a Alemania se eleva hasta el 20 %.

69. Por último, según el Gobierno y las empresas demandantes, la Comisión hubiera debido, cuando menos, aislar, en la apreciación de la propuesta de concentración, los mercados francés y español que, por sus características peculiares, presentan condiciones de competencia heterogéneas con respecto a los de los restantes socios comunitarios. En particular, en opinión del Gobierno francés, el mercado español presenta características análogas a las del alemán, mientras que el francés se encuentra en una situación muy peculiar, caracterizada por una producción inferior al consumo y por la presencia de un único operador de gran dimensión.

El hecho mismo de no haber «escindido» el mercado de los dos Estados mencionados del correspondiente al resto de la Comunidad conduce finalmente, en opinión de los demandantes, a falsear por entero el análisis de las condiciones de competencia antes y después de la operación de concentración, ofreciendo una imagen distorsionada de las relaciones de fuerza reales entre K+S y SCPA.

70. La Comisión replica que la existencia de flujos comerciales importantes, aun cuando sean de sentido único, la inexistencia de diferencias sensibles entre los precios y el carácter sustitutivo de los distintos productos derivados de la potasa necesariamente conducían a incluir, también, a España y Francia en el mercado comunitario, exceptuada Alemania, tanto más cuanto que los métodos de distribución utilizados en estos dos países son iguales a los empleados en el resto de la Comunidad (salvo Alemania).

A continuación, en relación con Francia, la Comisión niega que las condiciones de la competencia en el mercado de este país sean distintas de las del resto de la Comunidad, precisando que, a tal efecto, no cabe atribuir ninguna importancia al hecho de que K+S y SCPA/EMC hayan mantenido, de forma artificial, el mercado francés separado del comunitario. En efecto, en su opinión, ello no modifica en modo alguno la sustancial homogeneidad de ambos mercados, resultante de factores objetivos.

71. Pues bien, comenzaré señalando que la unilateralidad de los flujos comerciales, que admite la propia Comisión, es, sin duda, un factor importante a efectos de la determinación del mercado geográfico de referencia, en la medida en que puede hacer suponer la existencia de barreras de entrada en los distintos países, capaces de obstaculizar la comercialización de los productos, y probar de ese modo la existencia de mercados nacio-

nales. [74] Por tanto, si bien la Comisión, debía haberse detenido más en esa cuestión, se limitó sin embargo a señalar la existencia de flujos comerciales importantes entre los Estados miembros de que se trata.

Del mismo modo, no parece del todo convincente la falta de consideración, por parte de la Comisión, de la circunstancia de que los más importantes agentes económicos del sector tuvieran y tengan cuotas de mercado importantes en su propio país, y sensiblemente distintas en los otros, al igual que la escasa pertinencia atribuida al grado de concentración de la oferta.

72. Las lagunas a que acabo de referirme, sin embargo, no bastan para enervar la apreciación de la Comisión, que parece sustentarse en elementos objetivos en su mayor parte no contradichos.

En primer lugar, en el presente caso no parecen reunirse las condiciones para considerar la estructura de la demanda indicativa de mercados nacionales distintos, tanto más cuanto que en el conjunto de la Comunidad, excluida Alemania, se advierte un elevado grado de intercambiabilidad de los productos a base de potasa, y la inexistencia de preferencias particulares de los consumidores por productos especiales que sólo puedan adquirirse a los productores locales.

73. En cuanto a la apreciación de los costes de transporte, elemento que suele considerarse entre los factores más significativos para la definición del concepto de mercado de referencia, como reconoció este mismo Tribunal en el asunto Suiker Unie y otros/ Comisión, [75] es, sin duda, cierto que la Comisión se ha limitado a menudo a realizar afirmaciones genéricas. [76] No obstante, no me parece que las objeciones del Gobierno demandante alcancen a demostrar que las diferencias de costes llegan a representar «barreras de entrada»: en efecto, es sabido que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a estos efectos los costes de transporte diferentes carecen de pertinencia si «no son discriminatorios». [77]

Una observación análoga puede servir para el análisis de los precios de los productos de que se trata, precios que constituyen otro factor de importancia que ha de examinarse, como la propia Comisión lo ha considerado en casos anteriores. [78] Si bien es cierto que la única información facilitada por la Institu-

74 — Por otro lado, argumentando *a contrario*, la reciprocidad de las corrientes de intercambio siempre ha sido considerada por la Comisión como indicio importante, aunque no decisivo, de la pertenencia a un mismo mercado geográfico: véase la Decisión Mannesmann/Vallourec/Ilva, citada en la nota 58 *supra*, apartados 33 a 37. A este respecto, y en el mismo sentido, véase Cook y Kerse, citado en la nota 48 *supra*, pp. 145 y ss.

75 — Sentencia de 16 de diciembre de 1975 (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), apartado 372.

76 — Por ejemplo, en la Decisión afirmó que «[p]or lo que respecta a los costes de transporte, se observa una tendencia diferente [...] Con todo, no parece que los costes del transporte sean de tal nivel que dificulten los flujos comerciales en la Comunidad, excluida Alemania» (apartado 42 de la Decisión).

77 — Véase la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands/ Comisión (27/76, Rec. p. 207), apartados 52 y 53.

78 — Véase, por ejemplo, la Decisión Magneti Marelli, citada en la nota 71 *supra*.

ción para demostrar la inexistencia de diferencias sensibles entre los precios en los distintos Estados está constituida por determinados datos estadísticos procedentes de la FAO y relativos al período 1987-1989, así como por la indicación de los precios aplicados por K+S, en 1992, en Bélgica, Países Bajos y Alemania, no lo es menos que ni el Gobierno francés ni las empresas demandantes han respondido a la Comisión con elementos que acrediten lo contrario. Por el contrario, estas últimas incluso afirmaron que no existía una disparidad sustancial entre los precios, aunque en su opinión ello obedece a la transparencia y no a la homogeneidad del mercado.

74. Si, a todo lo observado hasta este punto, se añade que los demandantes no discutieron la uniformidad sustancial de los métodos de distribución adoptados en los diversos Estados, uniformidad adecuada para excluir la existencia de barreras de entrada similares a las existentes en Alemania, la apreciación de la Comisión no puede por menos de considerarse sustancialmente correcta y suficientemente motivada.

Tampoco cabría llegar a una conclusión distinta en razón de las observaciones expuestas por el Gobierno francés para demostrar que Francia y España constituyen mercados autónomos, no susceptibles de ser amalgamados con el resto de los países comunitarios, no obstante la existencia de ciertas contradicciones en la postura de la Comisión.

75. En efecto, a este respecto es menester reconocer que, en la apreciación de las denominadas «barreras de entrada», [79] la existencia del monopolio legal de SCPA (aunque se limite al tránsito de las importaciones desde países terceros), considerada por la Comisión una importante barrera de entrada en el territorio de Francia, [80] posteriormente, no se toma en consideración, en modo alguno, para determinar si Francia representa o no un mercado distinto. Tampoco cabría explicar dicha incongruencia, como pretende la Comisión, trazando una distinción entre barreras que obstaculizan el comercio intracomunitario y barreras impeditivas de los intercambios con países terceros. En efecto, parece, cuando menos, dudoso que el monopolio de distribución de SCPA produzca efectos en la esfera de la entrada de los productos de países terceros en el mercado de los otros Estados miembros, puesto que determinados datos aportados por el Gobierno francés, y no discutidos por la Comisión, demuestran lo contrario. [81]

Sin embargo, las contradicciones a que acabo de referirme no parecen suficientes para justificar que se acoja la tesis del Gobierno francés: en efecto, tanto España como Francia, a tenor de las apreciaciones expresadas por la Comisión y no contradichas, presentan características competitivas análogas a las del resto del mercado comunitario, desde la perspectiva del carácter sustitutivo de los productos, de la apertura de los mercados (confirmada por los importantes volúmenes

79 — Entre las barreras de entrada tienen cierta importancia los monopolios estatales de distribución: véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 29 de abril de 1991 (asunto nº IV/M.063 — ELF/Ertoil) (DO C 124, p. 13).

80 — Como se afirma en el apartado 53 del escrito de contestación.

81 — Recordados en el apartado 78 de la réplica.

de las importaciones), del nivel de los precios y de los sistemas de distribución. También con respecto a estos dos países, por tanto, existen elementos suficientes para considerar fundada la elección de la Comisión de incluirlos en el mercado integrado por todos los Estados miembros, excluida Alemania.

76. A la luz de las consideraciones que anteceden, es mi parecer que la delimitación del mercado geográfico efectuada en la Decisión ha de ser aceptada, en sus líneas esenciales y, en especial, en sus conclusiones.

La Comisión hubiera podido y, quizás, debido argumentar de forma más precisa sus propias apreciaciones, que, por el contrario, sometidas a un examen riguroso, no parecen exentas de algunas aproximaciones. No obstante, no me parece que pueda discutirse, con fundamento, la existencia de una cierta homogeneidad en las condiciones competitivas del mercado constituido por todos los Estados miembros, excluida Alemania; en especial, tampoco las objeciones del Gobierno francés alcanzan a dotar de eficacia suasoria a la conclusión opuesta. Por otra parte, no hay que olvidar que, según la jurisprudencia de este Tribunal, la «homogeneidad» de las condiciones de competencia, a los fines que ahora interesan, no significa una igualdad perfecta de las condiciones en las distintas partes del territorio considerado como mercado de referencia. Antes al contrario, lo importante es que las condiciones de competencia sean suficientemente homogéneas para resultar no discriminatorias, [82] es decir, que permitan a los agentes económicos competir en pie de igualdad.

77. En el presente caso, opino que los argumentos aducidos por el Gobierno demandante no permiten considerar heterogéneas, en el sentido aquí precisado, las condiciones competitivas en el interior del mercado que la Comisión definió como mercado de referencia. En estas circunstancias, propongo al Tribunal de Justicia que desestime el motivo de recurso formulado por el Gobierno francés.

2) *La posibilidad de utilizar el Reglamento de concentraciones para intervenir en contra de posiciones dominantes colectivas*

78. Como se recordará, las condiciones a las cuales se supeditó, en la Decisión, la autorización de la operación de concentración examinada tenían por finalidad, precisamente, basándose en el análisis efectuado por la Comisión, eliminar los presupuestos de un dominio oligopolístico del mercado correspondiente por parte de K+S y SCPA.

Tanto el Gobierno francés como SCPA y EMC, que, de todos modos, niegan la existencia de una posición dominante colectiva en el caso de autos, alegan que el Reglamento ni siquiera se aplica a esta clase de supuestos.

82 — Sentencia de 14 de febrero de 1978, citada en la nota 77 *supra*, apartados 44, 52 y 53.

79. En efecto, los demandantes sostienen que no es posible, ya desde un punto de vista teórico y general, invocar el concepto de posición dominante colectiva en el marco de la aplicación de las normas sobre el control de las concentraciones. En su opinión, existen varios motivos para ello:

— En primer lugar, se opone a ello un elemento textual: el artículo 2 del Reglamento, a diferencia del artículo 86 del Tratado —«[...] una o más empresas [...]»—, no contempla expresamente la hipótesis de la posición dominante colectiva.

— En segundo lugar, ni la base jurídica del Reglamento —artículos 235 y 87 del Tratado— ni la intención del legislador permiten la aplicación de las normas sobre las concentraciones a situaciones de dominio oligopolístico.

— Por último, esta tesis se corrobora ulteriormente por las garantías de procedimiento que ofrece el Reglamento a los terceros; en concreto, los sujetos que participasen en la posición dominante colectiva, pero no en la operación de concentración, dispondrían de medios de tutela insuficientes.

80. A tales argumentos, la Comisión opone los siguientes:

— El tenor del Reglamento, en particular, la falta de una previsión expresa de los supuestos de posición dominante de «más empresas», no permite, en modo alguno, excluir la aplicación del mismo a los supuestos de constitución o reforzamiento de posiciones dominantes colectivas. A este respecto, no carece de importancia el hecho de que el apartado 3 del artículo 2 relacione la posición dominante con la operación de concentración, y no con las empresas interesadas, tomando en consideración las consecuencias sobre la competencia efectiva.

— Las bases jurídicas del Reglamento indican que su objetivo consiste en colmar una laguna en el régimen de la competencia, laguna que quedó en los artículos 85 y 86 con respecto al control de las situaciones de dominio oligopolístico. Nada hay ni en los trabajos preparatorios ni en las declaraciones invocadas por el Gobierno francés que autorice a considerar que el Consejo tuviera intención de excluir la aplicación del Reglamento para la censura y eliminación de las posiciones dominantes colectivas.

— Una decisión de autorización de una operación de concentración vincula única y exclusivamente a las empresas notificantes. Desde el momento en que el acto que pone fin al procedimiento incoado con arreglo al Reglamento no puede causar

ningún perjuicio a terceros, aun cuando participen en la posición dominante colectiva de que se trate, es impropio, por tanto, hablar de carencia o insuficiencia de garantías para los terceros. En todo caso, las modalidades procedimentales de aplicación del Reglamento tutelan sobradamente los derechos e intereses de los terceros.

— La posibilidad de prohibir una operación de concentración que refuerce la estructura oligopolística del mercado se deriva de la teoría económica, que considera perjudicada, en todo caso, la competencia, siempre que concurran determinadas circunstancias, en un mercado oligopolístico. La utilización del Reglamento para intervenir en contra de las posiciones dominantes colectivas es, pues, indispensable para garantizar una competencia efectiva.

— El dato textual

81. Comenzaré señalando que cuesta trabajo discutir la tesis de los demandantes: el Reglamento y, en particular, el artículo 2 del mismo, no contiene referencia alguna, ni siquiera indirecta, al concepto de posición dominante oligopolística. Dicha omisión es tanto más significativa si se considera, como señalan los propios demandantes, que el artículo 86 del Tratado, en cambio, prevé expresamente la incompatibilidad con el mercado común de la explotación abusiva de una posición dominante por parte de «una o más empresas».

Evidentemente, el apartado 3 del artículo 2, que, como sostiene la Comisión, relaciona la posición dominante con la operación de concentración y no con las empresas interesadas, se refiere a la posición dominante de la concentración y no también a la posición dominante que implique a empresas terceras con respecto a la operación de concentración. En estas circunstancias, sería fácil en exceso evocar el conocido brocardo *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit.*

82. No obstante, si bien es cierto que el dato textual conduce necesariamente a la conclusión de que el Reglamento se dirige tan sólo a desincentivar las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante de una sola empresa, mientras que no contempla aquellas que desemboquen en un dominio de varias empresas, [83] también lo es que el tenor literal del artículo 2 del Reglamento no puede considerase decisivo, ya que dicha disposición ha de interpretarse a la luz del Reglamento en su totalidad y de la *ratio* del mismo.

83 — En tal sentido, véase, por ejemplo, Siragusa-Subiotto, *Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica delle decisioni della Commissione*, en *Giurisprudenza Commerciale* 1992, I, 233, especialmente, pp. 271 y 272. La posición de algunos es más matizada, al limitarse a señalar la dificultad de acoger la tesis opuesta: así, entre otros, Cook y Kerse, citado en la nota 48 *supra*, pp. 134 y ss.; Korah, *EC Competition Law and Practice*, Londres, 1994, p. 242, y Bellamy y Child, *Common Market Law of Competition*, Londres, 1993, pp. 343 y 344.

Así pues, procede examinar los tres argumentos expuestos por los demandantes, relativos a las bases jurídicas, a la voluntad del legislador (como se desprende de los trabajos preparatorios y se tradujo en el texto del Reglamento) y a las garantías de procedimiento, así como las consideraciones de carácter económico alegadas por la Comisión, que guardan una estrecha relación con los fines de las normas sobre la competencia.

— Bases jurídicas y voluntad del legislador

83. Debo decir de inmediato que no comparto en modo alguno la tesis de los demandantes según la cual la propia elección de bases jurídicas realizada aboga en el sentido de que el Reglamento no se aplica a las posiciones dominantes colectivas. En efecto, en principio, los artículos 87 y 235 pueden utilizarse con ese fin. En mi opinión, no cabe invocar, para sostener lo contrario, ni la circunstancia de que el Reglamento se basa esencialmente en el artículo 235, más que en el artículo 87, ni la declaración del Consejo y de la Comisión sobre el artículo 22 del Reglamento, en la parte que excluye la aplicabilidad de los artículos 85 y 86 a las concentraciones. [84]

84 — Aparte de que, según una reiterada jurisprudencia de este Tribunal, las declaraciones incluidas en un acta tienen un valor limitado (véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de febrero de 1991, Antonissen (C-292/89, Rec. p. I-745), apartado 18, y de que la declaración de que se trata no puede interpretarse, en todo caso, de modo que restrinja el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86, sucede que tal declaración no puede, sin duda, utilizarse para llegar a la conclusión de que la base jurídica constituida por el artículo 87 del Tratado tiene, en realidad, un alcance reducido, con la consiguiente imposibilidad de relacionar el concepto de posición dominante colectiva con el artículo 86.

Huelga añadir que no se advierte qué otra posibilidad sería adecuada para alcanzar el fin de intervenir, con carácter preventivo, en contra de las posiciones dominantes colectivas creadas o reforzadas como consecuencia de operaciones de concentración, salvo que se considere, lo que sería irrazonable, que el propio Tratado excluye dicha posibilidad.

84. A diferencia de la Comisión, de dicha conclusión no alcanzo, sin embargo, a deducir que el Reglamento permita, efectivamente, en su formulación actual, intervenir en contra de las posiciones dominantes colectivas. A este respecto, me limito a observar que la circunstancia de que el fundamento jurídico elegido, ciertamente, pueda atribuir determinadas facultades no implica, de por sí, que dichas facultades fuesen efectivamente atribuidas. En efecto, sucede que, con el fundamento de esa base jurídica, determinadas facultades fueron previstas y otras no lo fueron.

Lo importante, en definitiva, es si el texto del Reglamento confirma, sea expresamente o, incluso, de forma implícita que se atribuyó a la Comisión la facultad de intervenir en contra de las posiciones dominantes colectivas. Ahora bien, según mi parecer, el texto en su totalidad conduce, más bien, a justificar una interpretación restrictiva del artículo 2.

85. Esta interpretación se sustenta, por ejemplo, como alegan las empresas demandantes, en la formulación del considerando 15 del

Reglamento, a tenor del cual «la[s] operaciones de concentración entre empresas con cuotas de mercado limitadas no suponen un obstáculo para una competencia efectiva y pueden, por tanto, considerarse compatibles con el mercado común», y que ello puede presumirse «cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supere el 25 %». En opinión de las empresas demandantes, la elección de esa cuota sería inadecuada si el Reglamento fuese aplicable también a las posiciones dominantes colectivas. [85]

Ahora bien, es del todo cierto que la presunción de incompatibilidad de una posición dominante en función de una cuota de mercado global superior al 25 %, como la contenida en el considerando de referencia, no aparece, sin embargo, en la parte dispositiva del Reglamento. [86] Es, asimismo, cierto que las cuotas de mercado constituyen, en las Decisiones adoptadas con arreglo al Reglamento, tan sólo el punto de partida para evaluar los efectos de la operación, debiendo tenerse en cuenta muchos otros factores. [87] Ahora bien, si se desea atribuir un cierto alcance al considerando 15, no sería irrazonable considerarlo como indicio de la voluntad del legislador de no incluir en el ámbito de aplicación del Reglamento los supuestos de dominio colectivo, por ser, ciertamente, la cuota del 25 % más bien baja para poder referirse a un oligopolio. [88]

86. A ello se añade que los trabajos preparatorios más bien parecerían confirmar la voluntad del legislador de *no* aplicar el Reglamento a las posiciones dominantes colectivas. En efecto, aun cuando es bien conocida la voluntad de la Comisión, manifestada durante el proceso de elaboración del acto y expresada en varias ocasiones, de aplicar el régimen de que se trata a los oligopolios, [89] es igualmente cierto que la propia Comisión ha puesto de manifiesto que la actual formulación del apartado 3 del artículo 2 fue resultado de un laborioso compromiso alcanzado precisamente sobre la cuestión de las posiciones dominantes colectivas. [90]

A este respecto, no está de más señalar aquí que de una comparación entre la última propuesta modificada que presentó la

85 — En ese sentido, véase, también, Cook y Kerse, citado en la nota 48 *supra*, p. 134.

86 — La Comisión lo puso de manifiesto, por ejemplo, en la Decisión de 18 de diciembre de 1991 (asunto n° IV/M.165 — Alcatel/AEG Kabel) (DO 1992, C 6, p. 23), considerando 22.

87 — Véase, por ejemplo, la Decisión 94/359/CE de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, por la que se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración (asunto n° IV/M.358 — Pilkington— Techint/SIV) (DO 1994, L 158, p. 24). Por otra parte, recuerdo que, también según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 86, la cuota de mercado, si bien puede constituir un indicio significativo de la existencia de una posición dominante cuando es igual o superior al 80 %, no es necesariamente un factor determinante de ello, sino que debe valorarse junto con otros factores: en este sentido, véase, entre otras, la sentencia de 5 de octubre de 1988, Alsatel/Novasam (247/86, Rec. p. 5987), apartado 19.

88 — A este respecto, por ejemplo, la Ley alemana contra las restricciones de la competencia, que se basa precisamente en una concepción estructuralista anclada en un sistema de presunciones en función de las cuotas de mercado poseídas por las empresas, contempla umbrales de, al menos, el 50 %. Más concretamente, en el apartado 2 del artículo 2 de la sección 23 de dicha Ley se dispone: «A efectos del control de las concentraciones, también un conjunto de empresas se considerará dominante cuando
1)esté integrado por tres o menos empresas que posean la cuota de mercado más elevada y, unidas, alcancen una cuota del 50 %, o bien
2)esté integrado por cinco o menos empresas que posean la cuota de mercado más elevada y, unidas, alcancen una cuota de dos tercios,
salvo que dichas empresas demuestren que las condiciones de la competencia permitan esperar una competencia significativa entre ellas incluso con posterioridad a la operación de concentración, o cuando dichas empresas, en conjunto, no posean una posición dominante en relación con los restantes competidores [...]».

89 — A estos efectos, basta con recordar el *XVI Informe sobre la competencia*, de 1986, especialmente, punto 333.

90 — Véase la página 36 del escrito de dúplica.

Comisión [91] y el texto definitivo se desprende que la referencia a los obstáculos al mantenimiento y desarrollo de una competencia efectiva, contenida en la primera, fue posteriormente sustituida por el concepto de «posición dominante», que indiscutiblemente evoca el texto del artículo 86. En estas circunstancias, es obligado considerar que el texto definitivo constituye el fruto de una elección consciente, determinada, como admitió la propia Comisión, por la dificultad de llegar a un acuerdo sobre ese extremo.

87. Ahora bien, la circunstancia de que el Consejo decidiera conforme a la voluntad de algunos de sus miembros y con el desacuerdo de otros puede lamentarse, pero sólo puede ser subsanada por el propio legislador. No me convence la tesis de la Comisión según la cual dicha situación, a falta de una norma que excluya expresamente la aplicabilidad del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas, implica que la cuestión quedó pendiente. En todo caso, no soy del parecer de que la Comisión pueda, como pretende, considerar que le fue atribuida la potestad de resolver los problemas que, deliberadamente, no fueron resueltos por los Estados miembros.

Para ser claros, cualquier otro planteamiento equivaldría a avalar un criterio *sui generis* de subsidiariedad, en virtud del cual la Comisión, siempre que lo considere oportuno o, incluso, debido, podría ejercer una función supletoria respecto a otras Instituciones y, en particular, respecto al legislador. Ciertamente, desde esta perspectiva, sería más respetuosa con las reglas del juego una iniciativa de la Comisión destinada a solicitar la modificación del Reglamento en el sentido aquí comentado. A falta de dicha iniciativa, dudaría mucho antes de afirmar que la Comisión y el Tribunal de Justicia puedan, en el marco de la aplicación y/o interpretación de una normativa, colmar las lagunas debidas a una elección deliberada del legislador. [92]

88. En definitiva, los propios trabajos preparatorios parecen confirmar que la voluntad del legislador, tal como se tradujo en el texto del Reglamento, se orienta en el sentido de la no aplicabilidad del mismo a las posiciones dominantes colectivas. No obstante, esta comprobación no es decisiva a los efectos que aquí interesan. En efecto, los trabajos preparatorios pueden, a lo sumo, proporcionar algunos indicios, pero no son determinantes y, en todo caso, para determinar la interpretación correcta de una norma debe estarse a la letra y a la finalidad del texto de que se trate.

— Las garantías de procedimiento

89. Y paso así al examen de un aspecto que, en este contexto, reviste indudablemente una importancia fundamental. En efecto, como ya se ha mencionado, tanto el Gobierno

91 — COM(88) 734/Revisión final.

92 — Ya Trabucchi, citado en la nota 31 *supra*, p. 503, refiriéndose a la jurisprudencia en materia de competencia, advertía que: «La frecuente referencia a los datos económicos y el significado que se les atribuye para las decisiones judiciales no contradicen, en modo alguno, la *función esencial del Tribunal de Justicia, que es la de respetar y hacer respetar el Tratado y el Derecho que del mismo se deriva* [...] Donde existe la norma, ésta debe ser respetada íntegramente [...]»

francés como las empresas demandantes sostienen que el hecho de que el Reglamento no está destinado ni puede aplicarse a las posiciones dominantes colectivas se confirma, de forma decisiva, por la falta de previsión en el mismo de garantías de procedimiento adecuadas para tutelar los derechos de las empresas que, pese a no participar en la operación de concentración, formen parte de una posición dominante colectiva.

Ya he señalado, al examinar la admisibilidad del recurso de las empresas demandantes, la falta de fundamento de la tesis de la Comisión según la cual el acto que pone fin al procedimiento incoado con arreglo al Reglamento vincula exclusivamente a las partes de la operación de concentración, con la consecuencia de que en ningún caso puede causar un perjuicio a terceros. Entre otras cosas, precisamente el caso de autos proporciona indicios muy significativos en sentido opuesto. [93]

90. Dicho esto, se trata ahora de determinar si las garantías de procedimiento previstas en el Reglamento para proteger a los terceros pueden considerarse adecuadas incluso en los casos en los que los «terceros» sean partes del oligopolio contra el cual intervino la Comisión mediante su Decisión.

De entrada, debo decir que la participación de los terceros en el procedimiento, tal como está prevista en el Reglamento, no parece proporcionar, respecto a los supuestos ahora examinados, una tutela adecuada del derecho de defensa. En primer lugar, los presuntos oligopolistas ajenos a la operación de concentración no son destinatarios de ninguna información específica. En segundo lugar, de conformidad con el apartado 4 del artículo 18, la audiencia de terceros tiene lugar exclusivamente en aquellos casos en que la Comisión o las autoridades competentes de los Estados miembros juzguen necesario oír también a otras personas físicas o jurídicas (entre las cuales, evidentemente, deben considerarse comprendidas también las empresas terceras respecto a la operación de concentración) o, por iniciativa de estas últimas, si justifican un interés suficiente. Se trata, pues, como lo confirma el Reglamento nº 2367/90 [94] (aplicable, *ratione temporis*, al

93 — En efecto, es de todo punto evidente que el perjuicio sufrido por las sociedades demandantes como consecuencia de la Decisión es consecuencia directa del comportamiento adoptado por las empresas participantes en la operación de concentración para acomodarse a las exigencias de la Comisión. Por otra parte, así lo percibió ya el Presidente del Tribunal de Primera Instancia en un procedimiento sobre medidas provisionales. En el auto de 15 de junio de 1994, citado en la nota 30 *supra*, por el que se suspendió la ejecución del artículo 1 de la Decisión impugnada por cuanto impone la separación de la sociedad Kali-Export, se declaró que no puede excluirse que la referida condición «resulte lesiva para los derechos de terceros, en el presente caso, los de los demás socios de Kali-Export, [...] que no eran parte en el procedimiento ante la Comisión» (apartado 28).

94 — Citado en la nota 13. En efecto, dicho Reglamento regula de forma análoga al Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1963, 127, p. 2268), exclusivamente las audiencias de las partes en la operación (artículos 13 y 14), mientras que para los terceros — como las empresas demandantes en el presente caso, según considera la Comisión— prevé un régimen de audiencias, a solicitud de ellos, sin ninguna garantía de procedimiento (artículo 15). A este respecto, el Gobierno francés señaló que, en la práctica, dichas audiencias son meros contactos con los funcionarios de la Comisión, enteramente inadecuados para satisfacer las exigencias de información y tutela de los sujetos involucrados plenamente en el procedimiento, como las «partes» del oligopolio que se crearía como consecuencia de la operación de concentración. En este punto, procede precisar que el Reglamento nº 2367/90 fue sustituido por el Reglamento nº 3384/94 (citado en la nota 13), cuyas disposiciones tienen, en determinados aspectos, un mayor contenido protector. No obstante, en relación con lo que aquí interesa, los términos del problema permanecieron esencialmente inalterados. En efecto, si bien es cierto que los terceros que hayan expresado sus puntos de vista por escrito pueden, con arreglo al artículo 16 del nuevo Reglamento, participar en una audiencia oficial, también lo es que dicha posibilidad depende de la apreciación discrecional de la Comisión.

caso que nos ocupa), de un procedimiento no obligatorio y de carácter informal, habida cuenta de que se tramita sin la participación de los representantes de las autoridades de los Estados miembros y está desprovisto de la forma solemne y las garantías establecidas para la audiencia de las partes. En definitiva, se trata de un procedimiento adecuado para tutelar los derechos de quienes sean efectivamente «terceros» (en todos los sentidos), aunque no de las «partes» de la posición dominante.

91. El análisis que realiza el Gobierno francés, que compara las modalidades de procedimiento previstas en el Reglamento nº 2367/90, con arreglo al apartado 4 del artículo 18 del Reglamento, con el mecanismo previsto para los procedimientos incoados con arreglo a los artículos 85 y 86, tan sólo confirma la insuficiencia de las garantías ofrecidas al derecho de defensa de los sujetos integrantes de un oligopolio, aunque ajenos a la operación de concentración. [95]

En efecto, ese análisis indica bien que, a diferencia de las empresas que posean una posición dominante colectiva con arreglo al artículo 86, las empresas partes de un oligopolio alegadamente creado o reforzado por una operación de concentración a la cual, sin embargo, son ajenas, son tratadas como «terceros», con las inevitables consecuencias negativas que de ello se derivan en orden al derecho de defensa.

92. Ahora bien, apenas es necesario recordar que el respeto del derecho de defensa en los procedimientos administrativos constituye un valor imprescindible del ordenamiento comunitario. En efecto, como reiteradamente lo ha declarado el Tribunal de Justicia «el respeto del derecho de defensa en cualquier procedimiento seguido contra una persona, que pueda terminar en un acto lesivo a ésta, constituye un principio fundamental de Derecho comunitario, y debe garantizarse aun a falta de normativa alguna sobre el procedimiento en cuestión». [96]

Desde esta perspectiva, podría no parecer del todo carente de fundamento la tesis de la Comisión según la cual, dado que el respeto del derecho de defensa constituye un derecho fundamental, la eventual falta de garantías de procedimiento *ad hoc* en el Reglamento carece de toda incidencia a efectos de la aplicabilidad del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas. En efecto, en todo caso, permanece intacto el derecho del

95 — Como recuerda el Gobierno francés (páginas 20 a 23 del recurso), el procedimiento con arreglo al artículo 86 es, en efecto, de conformidad con los Reglamentos nº 17 (citado en la nota 51 *supra*) y nº 99/63 (citado en la nota precedente), constantemente contradictorio con las empresas que se considera ocupan una posición dominante, a las cuales se informa, desde un principio, sobre el procedimiento iniciado en su contra, ofreciéndoseles la posibilidad de defenderse.

96 — Sentencia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión, citada en la nota 56 *supra*, apartado 27. Ello significa, como se señala en dicha sentencia, que «a la persona contra la que la Comisión ha iniciado un procedimiento administrativo se le haya dado la ocasión, durante dicho procedimiento, de manifestar debidamente su punto de vista sobre la realidad y la oportunidad de los hechos y circunstancias alegadas, y sobre los documentos admitidos por la Comisión en apoyo de su alegación sobre la existencia de una infracción del Derecho comunitario». En el mismo sentido, véase la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), apartados 9 y 11.

tercero, o de la parte de que se trate, a quien se asegura la protección necesaria.

93. Es éste un planteamiento ciertamente sugerente que, sin embargo, no alcanzo a compartir. En efecto, si bien es verdad que las prerrogativas de la defensa han de ser respetadas en todo caso, más allá de las distintas disposiciones expresas en tal sentido respecto a todos los supuestos que puedan darse, no lo es menos que sería paradójico permitir que la Comisión se refugiase tras dicha pantalla cuando no haya previsto, pese a haber adoptado una normativa *ad hoc* en la materia, cual sin duda es el Reglamento nº 2367/90, las necesarias garantías a favor de aquellos que puedan resultar lesionados por la aplicación del régimen de que se trate.

Dicho esto, admito que el Tribunal podría resolver el problema ahora examinado declarando que bastaría hacer extensivas las garantías previstas para las partes de la operación de concentración a las partes del presunto oligopolio. No obstante, sucede que la falta de una disposición en tal sentido en el Reglamento confirma necesariamente, como sostienen los demandantes, que el Reglamento no tiene o, al menos, no tenía, en la intención del legislador, vocación de ser aplicado a las posiciones dominantes colectivas. Por último, no es necesario añadir que, en este caso, sin duda alguna, no se garantizó el respeto de las prerrogativas de la defensa a las que, en todo caso, hubieran tenido derecho (según la Comisión) las empresas demandantes. [97]

— Consideraciones económicas y finalidad del Reglamento

94. Restan por examinar los argumentos de carácter económico aducidos por la Comisión, que están estrechamente relacionados con el objetivo de garantizar una competencia efectiva.

En lo esencial, la tesis de la Comisión es que es indispensable someter a control las situaciones oligopolísticas, [98] en la medida en que de ellas puede derivarse un perjuicio para la competencia no menos grave que el derivado de una posición dominante individual. En definitiva, en su opinión, la aplicabilidad del Reglamento a las posiciones dominantes

97 — En efecto, conviene recordarlo, los representantes de las sociedades demandantes no fueron recibidos por los funcionarios de la Comisión, tras sus reiteradas solicitudes, hasta el 1 de diciembre, es decir, dos días antes de la reunión del Comité consultivo y, por tanto, cuando la suerte ya estaba echada. Aunque fuese cierto cuanto afirma la Comisión, si bien lo desmienten los demandantes, a saber, que los representantes de SCPA fueron recibidos por los funcionarios de la Institución ya el 3 de noviembre de 1993, la situación no cambiaría, confirmándose, en todo caso, una «opacidad» sustancial de cara a los terceros durante todo el proceso. Tanto es así que la propia Comisión ha declarado que los compromisos asumidos por K+S no se discutieron con los representantes de la sociedad francesa hasta la reunión del 1 de diciembre.

98 — Dicha exigencia se confirma, a su entender, por la circunstancia de que todos los principales sistemas de defensa de la competencia aplican las normas relativas al control de las concentraciones también en el ámbito de los oligopolios: para un análisis comparado, véase Briones, *Oligopolistic dominance: is there a common approach in different jurisdictions? A Review of the decisions adopted by the Commission under the Merger Regulation*, en *ECLR*, 6, 1995, pp. 334 y ss.

colectivas se basa en la necesidad de control de los oligopolios con el fin de salvaguardar la competencia. [99]

95. A este respecto, comenzaré destacando el fundamento de la preocupación de la Comisión, en especial si se analiza a la luz de las consecuencias económicas y jurídicas de las situaciones oligopolísticas. En efecto, huelga observar que el oligopolio, el denominado mercado de unos pocos, [100] puede producir efectos nocivos que se aproximan mucho a los habitualmente imputados al monopolio. [101] A ello se añade que es innegable, por un lado, la existencia de una cierta correlación entre concentración y poder de mercado, entendido, precisamente, como poder de elevar los precios reduciendo la producción y obteniendo un beneficio adicional; por otro, que las concentraciones pueden favorecer la colusión entre competidores o la adopción de conductas paralelas, aun cuando no sean concertadas.

Por otra parte, la propia Comisión ha señalado que tampoco podría resolverse el problema a través de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, habida cuenta de que dichos preceptos no permiten intervenir de forma eficaz, siempre y en todo caso, contra los oligopolios. En efecto, en ocasiones el oligopolio no puede reducirse a la esfera de la prohibición de los acuerdos restrictivos, desde el momento en que, como aclaró este Tribunal en el asunto pasta de madera, una conducta paralela en la que se resume la misma idea del oligopolio, «sólo puede ser considerada como prueba de la existencia de una concertación, si dicha concertación constituye su única explicación plausible. En efecto, es preciso tener en cuenta el hecho de que, si el artículo 85 del Tratado prohíbe toda forma de colusión que pueda falsear el juego de la competencia, no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento real o previsible de sus competidores». [102] Por otra parte, la aplicación del artículo 86 se enfrenta a los límites inherentes a su naturaleza de disposición apta para incidir exclusivamente sobre las situaciones de dominio ya existentes.

96. No obstante, las lagunas que acabo de señalar no me parecen suficientes para justificar la aplicación del Reglamento al dominio oligopolístico; tampoco estimo que de la sentencia pasta de madera puedan derivarse

99 — Precisamente desde esta perspectiva, algunos autores no han excluido, en absoluto, que el Reglamento pueda aplicarse también a situaciones de dominio oligopolístico, siempre que la competencia efectiva se encuentre obstaculizada de forma significativa por varias empresas que, conjuntamente, estén en condiciones de actuar con independencia de los competidores y clientes. Véase, por ejemplo, Jones, Gonzales-Diaz, *The EEC Merger Regulation*, Londres, 1992, pp. 168 y ss.; así como Venit, *The evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast*, en *International Mergers and Joint Ventures, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1991, p. 519, especialmente, pp. 540 y ss.

100 — Desde el estudio pionero de Cournot, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, París, 1848, la teoría económica del oligopolio ha producido gran cantidad de aportaciones de relieve: véase, en resumen, Pigassou, *Les oligopoles et le droit*, París, 1983, Cap. III, pp. 151 a 260.

101 — Areeda y Turner, *Antitrust Law*, vol. III, Boston/Toronto, 1978, p. 359: «oligopoly with monopoly — like results». Este planteamiento se sustenta en la teoría económica, que, en tales situaciones, identifica las mismas condiciones de ejercicio del poder de mercado justificativas de la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia a las situaciones monopolísticas; y que, incluso, considera al oligopolio capaz de crear mayores peligros para la competencia que la posición dominante individual, por cuanto ésta tiende a reducirse con el tiempo por efecto de la competencia de las empresas menores, mientras que un oligopolio fuerte, en determinadas circunstancias, puede subsistir durante un largo período de tiempo. Véase, sobre este extremo, Scherer y Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990.

102 — Sentencia pasta de madera, citada en la nota 52 *supra*, apartado 71.

elementos en el sentido que desea la Comisión: la circunstancia de que existan conductas paralelas no sancionables con arreglo al artículo 85 [103] no significa, de por sí, que dichas conductas deban, en todo caso, ser sancionadas, y, en especial, tampoco puede justificar la interpretación extensiva del Reglamento que propone la Comisión.

Por otra parte, precisamente la reflexión que antecede acredita de forma bastante significativa la incongruencia del planteamiento adoptado por la Comisión en el caso de autos: ésta, como se ha visto, se queja de la insuficiencia de los instrumentos normativos que proporcionan los artículos 85 y 86 para intervenir en contra de los oligopolios, insuficiencia que, según su parecer, justifica la interpretación extensiva del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento. Sin embargo, bien mirado, la intervención de la Comisión contra el presunto duopolio K+S/SCPA/EMC consistió en la «orden conminatoria» dirigida a la primera de interrumpir las relaciones contractuales existentes con las otras dos. En estas circunstancias, es decir, en presencia de indicios evidentes de «concertación», ¿por qué no utilizar el artículo 85? [104]

97. Por último, deseo señalar que tampoco la práctica de la aplicación del Reglamento, evocada en varias ocasiones durante el procedimiento, ofrece argumentos que permitan llegar a una solución distinta. En efecto, en la Decisión Nestlé/Perrier, en la cual la Comisión no ocultó que había optado por elaborar un concepto autónomo del dominio colectivo, la aplicabilidad del Reglamento a los oligopolios se basó, esencialmente, en la letra g) del artículo 3 del Tratado. [105]

Ahora bien, es cierto que dicha disposición se invoca, de forma genérica, en el primer considerando del Reglamento y que, al establecer el objetivo de la tutela de una competencia efectiva, ha de referirse a todas las hipótesis de situaciones contrarias a la competencia, al margen de que sean debidas a una o más empresas. No obstante, no es menos cierto que dicha disposición establece asimismo que su aplicación, no se olvide, tendrá lugar sólo «en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado».

98. El conjunto de los elementos hasta ahora examinados suscitan no pocas dudas en

103 — Sobre esta cuestión, con todas sus consecuencias, véanse las minuciosas conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en el asunto pasta de madera (Rec. 1993, p. I-1445). Asimismo, para un análisis exhaustivo y reciente de la jurisprudencia en la materia, véase Soames, *An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference*, en *ECLR* 1996, p. 24.

104 — Es posible que la respuesta a este interrogante se encuentre en la exigencia de celeridad. Por ejemplo, así lo confirmaría la circunstancia de que uno de los compromisos inicialmente previstos, el relativo a la empresa Potacan, que posteriormente se transformó en la aceptación informal anteriormente analizada (en relación con la admisibilidad), era, en realidad, objeto de un procedimiento incoado con arreglo al Reglamento nº 17.

105 — Decisión 92/553, citada en la nota 66 *supra*. En la misma Decisión se añade que, si el Reglamento no fuese aplicable a las situaciones oligopolísticas, de ello se derivaría el que las autoridades nacionales, que antes de su adopción hubieran podido sancionar dichas situaciones aplicando sus propias normas internas, habrían renunciado enteramente a su propia función de control al respecto, «sin ofrecerse una supervisión alternativa a escala comunitaria» (apartado 115).

cuanto a la posibilidad de utilizar el concepto de posición dominante colectiva en el marco de las disposiciones del Reglamento de concentraciones. En definitiva, según mi parecer, las disposiciones del Reglamento no son aplicables a las posiciones dominantes oligopolísticas y ésta es la interpretación de las normas pertinentes que guarda mayor sintonía no sólo con su tenor, sino también con la lógica en que se inspiran y, más en general, con la estructura global del sistema. La solución contraria, aunque en cierta medida pueda justificarse en el plano económico, provocaría más de una consecuencia negativa; y, ante todo, debido también a la inexistencia de parámetros normativos y/o reglamentarios de referencia análogos a los existentes en otros sistemas «antitrust», terminaría por alimentar incertidumbres. Lo cual, por otra parte, sería contrario a la exigencia, reiteradamente declarada, de que la norma comunitaria sea clara y su aplicación previsible por quienes están sujetos a ella. [106]

Naturalmente, como señalé antes, no pueden ni deben pasarse por alto las preocupaciones expresadas por la Comisión por las consecuencias negativas que, en la esfera de la represión de las conductas contrarias a la competencia, podría tener la falta de aplicación del Reglamento a los oligopolios. No obstante, a mi juicio, sería más correcto trasladar dichas preocupaciones a su dimensión natural, concretándolas en una propuesta de modificación que integre las normas pertinentes.

106 — Sentencia de 22 de febrero de 1984, Kloppenburg (70/83, Rec. p. 1075), apartado 11.

3) *La utilización errónea, en el presente caso, del concepto de posición dominante colectiva*

99. Mediante este motivo, tanto el Gobierno francés como las sociedades demandantes aducen una serie de errores de hecho y de Derecho cometidos, en su opinión, en la apreciación de la concentración en el mercado comunitario, excluida Alemania.

Con carácter general, el Gobierno francés reprocha a la Comisión no haberse atenido, a la hora de determinar la existencia de una posición dominante colectiva, ni a los criterios elaborados por la jurisprudencia relativa al artículo 86 ni a los fijados en sus Decisiones anteriores, que, por otro lado, son más flexibles que los indicados por el Juez comunitario. A continuación, en apoyo de la imputación que formula, el Gobierno francés expone una serie de críticas puntuales referentes a todos los factores de análisis considerados en la Decisión, al tiempo que subraya la pertinencia de los criterios que la Comisión, a su juicio, se abstuvo de considerar. En su opinión, dichas críticas ponen de manifiesto los errores de que adolece la Decisión en relación con la existencia de una posición dominante colectiva y, en todo caso, la motivación insuficiente de la misma.

Las sociedades demandantes, que discuten asimismo algunos de los factores considerados en la Decisión con argumentos análogos a los expuestos por el Gobierno francés, reprochan a la Comisión, en particular, no haber demostrado la existencia de un nexo de causalidad entre la operación de concentración y la supuesta creación de una posición dominante colectiva.

100. La Comisión responde que los criterios que empleó en la Decisión impugnada no contradicen en modo alguno los utilizados en Decisiones anteriores. En efecto, en el caso de autos, para determinar la existencia de una posición dominante colectiva, se basó esencialmente en tres criterios: el grado de concentración del mercado que resultaría a raíz de la operación de concentración; los elementos estructurales relativos a la naturaleza del mercado y a las características del producto, y los vínculos estructurales entre las empresas interesadas.

Por otra parte, alega que el presente caso se diferencia, en razón de determinadas características peculiares, de otros casos en los que ha intervenido. En primer lugar, antes de la operación de concentración no existía una competencia efectiva entre los dos principales suministradores de productos derivados de sales de potasa, debido a la ausencia de K+S del mercado francés y a los vínculos existentes entre ésta y SCPA. En segundo lugar, a raíz del reforzamiento del potencial competitivo resultante de la concentración con MdK, K+S y SCPA se encontrarían en una posición dominante respecto a los otros suministradores de potasa.

101. Con carácter más general, la Comisión, respondiendo a las objeciones del Gobierno francés, sostiene que los criterios elaborados en relación con el artículo 86, que también están presentes en la Decisión, no tienen una importancia decisiva en materia de control de las operaciones de concentración. En efecto, en este contexto, la existencia de una posición dominante colectiva —a diferencia de lo que sucede respecto al artículo 86, en el que se define principalmente basándose en las cuotas de mercado— sólo puede ser fruto de un análisis basado en el futuro. Por tanto, las cuotas de mercado poseídas constituyen tan sólo un punto de partida; por lo demás, es esencial comprobar la posibilidad que tienen los competidores actuales y potenciales de contrapesar la posición, eventualmente dominante, de la nueva empresa. Y precisamente como consecuencia de dicha apreciación se han aprobado numerosas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento, pese a representar cuotas de mercado significativas y que, casi con toda seguridad, conducirían a una declaración de incompatibilidad con el artículo 86.

Asimismo, por lo que respecta a los criterios establecidos en su práctica decisoria, la Comisión señala, por un lado, que las decisiones en las que se basa el Gobierno francés, excepción hecha de la adoptada en el asunto Nestlé/Perrier, [107] son todas ellas posteriores a la Decisión impugnada; por otro, que son las características de cada caso concreto lo que hace que se atribuya mayor importancia o, incluso, un valor decisivo a determinados criterios, en lugar de a otros. Por consiguiente, según afirma, atribuyó un valor preponderante a los criterios antes evocados habida cuenta de las particularidades del caso de autos.

102. Comenzaré recordando que el concepto de posición dominante colectiva, tal como se ha desarrollado en relación con el artículo 86 del Tratado, de cuyo tenor literal se desprende que la hegemonía de la que puede

107 — Decisión 92/553, citada en la nota 66 *supra*.

derivarse el abuso se refiere tanto a una única como a más empresas, [108] ha sido precisado con el transcurso de los años. En particular, en la sentencia vidrio plano, el Tribunal de Primera Instancia aclaró que se encuentran en una posición dominante colectiva varias empresas que, pese a ser independientes, se hallen unidas, en el mercado, por vínculos económicos especialmente intensos, como podría ocurrir mediante el disfrute en común de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de «comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores» [109] Dicho concepto fue sustancialmente confirmado por este Tribunal en la sentencia Almelo, destacando que la posición dominante colectiva requiere que las empresas interesadas «estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado». [110]

Por lo que respecta a los criterios elaborados en la práctica decisoria en esta materia, es cierto, como sostienen los demandantes, que, en el marco de la apreciación de las operaciones de concentración, la Comisión ha elaborado un concepto de dominio colectivo más amplio y, en todo caso, parcialmente distinto del definido en la jurisprudencia relativa al artículo 86. A este respecto, no obstante, debe reconocerse que el Reglamento, aun cuando se refiera a los mismos factores tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia para determinar la existencia del dominio, evita toda definición del mismo, sin excluir por ello la primacía de las apreciaciones «estructurales» y, por ende, la posibilidad de elaborar un concepto en cierta medida autónomo con respecto al elaborado en relación con el artículo 86. [111]

103. Evidentemente, aun cuando pueda justificarse por la especificidad del control de las operaciones de concentración, un nuevo concepto de dominio colectivo distinto del elaborado en la jurisprudencia relativo al artículo 86 podría hacer aún más problemática e imprevisible la aplicación del referido concepto a la normativa reguladora de las concentraciones. Asimismo, si bien es cierto que el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento —suponiendo, una vez más, que los criterios enumerados en el mismo para la apreciación de la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común sean aplicables también a los supuestos aquí discutidos— no establece ninguna jerarquía entre los factores que han de ser tomados en consideración, la Comisión no puede hacer abstracción de los criterios enumerados y la discrecionalidad que le

108 — Pese a ello, inicialmente, parece que el Tribunal de Justicia se mostró reacio a reconocer el concepto de dominio colectivo, también a causa de la dificultad que entraña el determinar, ante el silencio de la norma, los elementos necesarios para su configuración concreta. De hecho, en una ocasión, aparentemente, reservó la aplicación del artículo 86 a los supuestos de posiciones dominantes individuales. En efecto, en la sentencia Hoffmann-La Roche, citada en la nota 96 *supra*, este Tribunal afirmó que «una posición dominante debe asimismo distinguirse de las conductas paralelas propias de las situaciones oligopolísticas, por cuanto en un oligopolio las conductas se influyen recíprocamente, mientras que, en caso de posición dominante, la conducta de la empresa que disfruta de dicha posición se determina, en gran medida, unilateralmente». Sobre este punto, véase Korah, *Concept of a dominant position within the meaning of Article 86*, en *Common Market Law Review*, 1980, p. 395, especialmente p. 398.

109 — Sentencia de 10 de marzo de 1992, citada en la nota 38 *supra*, apartado 358. En el mismo sentido, véase la sentencia Hoffmann-La Roche, citada en la nota 96 *supra*, apartados 38 y 48.

110 — Sentencia de 27 de abril de 1994 (C-393/92, Rec. p. I-1477), apartado 42. Los criterios de la sentencia citada fueron reiterados por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 17 de octubre de 1995, DIP SpA y otros (asuntos acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, Rec. p. I-3257), apartados 24 a 26. A este respecto, véanse las conclusiones presentadas en ese asunto por el Abogado General Sr. Fennelly, quien señaló, entre otras cosas, que el concepto de posición dominante colectiva no puede utilizarse para suplir la falta de prueba directa de la existencia de una posición dominante y todavía menos de un abuso de tal posición.

111 — En este sentido, véase Venit, citado en la nota 99 *supra*, pp. 527 y ss., especialmente pp. 530 y 531. Esta orientación se corrobora asimismo por la idea de que el concepto de «limitación de la competencia» contenido en el apartado 3 del artículo 2 del mismo Reglamento permitiría a la Comisión elaborar un nuevo concepto de «dominio», basado en un análisis de probabilidades en relación con las características del mercado. Véase Brittan, *The Law and Policy of Merger Control in the EEC*, en *European Law Review*, 1990, p. 354.

otorga el propio Reglamento no puede llegar a la arbitrariedad. En suma, ciertamente ha de excluirse que la Comisión pueda *inventar* los criterios que considere más oportunos con respecto a cada caso concreto.

Por otra parte, en estas circunstancias, la práctica de la Comisión, indudablemente compleja y no carente de ciertas contradicciones, puede, sin embargo, revelarse un instrumento útil para detectar las eventuales incongruencias y contradicciones existentes en la Decisión y en los motivos de oposición de la Comisión, para llegar así, también por esta vía, a una conclusión relativa a la corrección o incorrección de los criterios aplicados en el presente caso. Planteado el problema en estos términos, soy del parecer de que carece de fundamento la pretensión de la Comisión dirigida a que no se tengan en cuenta los criterios y apreciaciones contenidos en las decisiones posteriores a la controvertida. En efecto, la práctica de la Comisión, ya se trate de decisiones anteriores —como el asunto Nestlé/Perrier, tantas veces invocado por los demandantes— [112] o posteriores, no constituye, ciertamente, un parámetro de legalidad de la Decisión impugnada pero, cuando menos, es indicativa del método que hasta ahora ha seguido la Comisión al aplicar el Reglamento a las posiciones dominantes colectivas.

112 — A este respecto, por otra parte, observo que el planteamiento y método de la Decisión Nestlé/Perrier no parecen exentos de crítica, principalmente porque tienden a elaborar un criterio de control de la posición dominante colectiva de contornos jurídicos bastantes difusos. Sobre este extremo, véanse las observaciones de Winckler y Hansen, *Collective dominance under the EC Merger Control Regulation*, en *Common Market Law Review* (1993) 30, pp. 787 y ss., especialmente p. 828, según los cuales «if the standard used in Nestlé/Perrier is, as suggested, one of "probability" or "facilitation", then the Commission has not explained in sufficient detail what types of economic conduct ("collective abuses") it wishes to avoid making "much easier"» (dicha afirmación se refiere al apartado 120 de la Decisión).

104. Con estos antecedentes, paso ahora a examinar las imputaciones formuladas tanto por el Gobierno francés como por las empresas demandantes acerca de los criterios aplicados en la Decisión para afirmar la existencia de una posición dominante colectiva que podría, basándose en previsiones, traducirse en una alteración significativa de la competencia.

Considero oportuno examinar, inmediatamente después del aspecto preliminar del grado de concentración del mercado, la cuestión de los vínculos estructurales que, como admitió expresamente la Comisión, representa el elemento esencial en que se basó para afirmar la existencia de una posición dominante conjunta de K+S/MdK y SCPA. Acto seguido, pasaré a examinar los otros criterios aplicados en la Decisión, así como la pertinencia de los criterios utilizados en otras decisiones que no fueron tenidos en cuenta, en absoluto, en la ahora controvertida.

— El grado de concentración del mercado

105. La apreciación de la Comisión se basa, ante todo, en el aumento del grado (ya elevado) de concentración del mercado, considerado capaz de provocar, en el futuro, el reforzamiento de una posición dominante colectiva que podría obstaculizar la competencia de forma significativa.

El Gobierno francés y las empresas demandantes discuten dicha apreciación, afirmando que el aumento no es sustancial, ya que las cuotas de mercado poseídas por K+S y SCPA pasaron, como consecuencia de la operación de concentración, del 54 % al 61 %. El Gobierno francés alega asimismo que el análisis de la Comisión es arbitrario en la medida en que, por un lado, no tiene en cuenta la circunstancia de que, con posterioridad a la operación de concentración, el número de suministradores de potasa se redujo de diez a nueve; por otro lado, no tomó en la debida consideración el papel desempeñado por dos operadores importantes, a saber, CPL y Coposa. Por último, en su opinión, el análisis de la Comisión carece de fiabilidad, debido a que esta última calcula las cuotas de mercado de dos formas distintas, en función del resultado que se desea alcanzar: basándose en un primer método, se toma en consideración únicamente el volumen de ventas de los distintos operadores en la Comunidad, mientras que basándose en el segundo las ventas efectuadas en el mercado francés se engloban, en cambio, en el volumen de ventas de SCPA y, por tanto, correlativamente, se deducen del volumen de ventas de K+S.

106. Vaya por delante que el mero incremento cuantitativo de las cuotas de mercado poseídas por las empresas interesadas, en el que la Comisión puso un énfasis incluso excesivo en su Decisión, es de por sí insuficiente para determinar la creación de una posición dominante colectiva, como se recordó también en la sentencia vidrio plano, en la que el Tribunal de Primera Instancia fue muy claro sobre este extremo. Ello es tanto más cierto en el presente caso, puesto que la concentración condujo a un incremento de sólo el 7 %.

En consecuencia, debe reconocerse que el incremento del grado de concentración del mercado, como consecuencia de la adquisición, no es especialmente importante, siendo reducido tanto en cuanto al número de competidores presentes en el mercado (que pasa de diez a nueve) como por lo que respecta al incremento de la cuota de mercado total poseída por K+S y SCPA en el mismo mercado. En estas circunstancias, la importancia atribuida en la Decisión al criterio aquí examinado parece excesiva. [113] En todo caso, el análisis expuesto sobre este punto podría, a lo sumo, demostrar que el grado de concentración del mercado no permite excluir, *a priori*, la existencia de una posición dominante colectiva.

— Los vínculos estructurales entre K+S y SCPA

107. Las partes están de acuerdo en que el elemento central de la Decisión impugnada lo representa la declaración de la existencia de «vínculos excepcionalmente estrechos entre [K+S y SCPA], durante un largo período de tiempo», [114] hasta el punto de hacer suponer que no existe una competencia efectiva entre ambas empresas. Y son precisamente dichos vínculos los que constituyeron el factor decisivo en que se basó la Comisión para formular su apreciación, tanto es así que la propia Comisión consideró que la disolución de dichos vínculos, a través de las condiciones impuestas, eliminaría la supuesta posición dominante colectiva.

113 — Véanse los considerandos 52 a 56.

114 — Considerando 57 de la Decisión.

108. Según el Gobierno francés, la Comisión incurrió en una serie de errores de apreciación a la hora de examinar los vínculos estructurales entre K+S y SCPA, vínculos que, en realidad, no bastan para demostrar el nexo de causalidad entre la operación de concentración y la creación de un duopolio K+S/SCPA, no siendo suficientes para probar que, a través de la referida operación, se creasen las condiciones para una conducta colusoria de ambas empresas. En particular: 1) pese a que la Comisión llegó a la conclusión de que el mercado de referencia era la Comunidad, excluida Alemania, la incidencia de los vínculos de que se trata se limita a Francia; 2) la Decisión hubiera debido incluir en el oligopolio a la empresa española Coposa; [115] 3) la escasa presencia de K+S en el mercado francés no basta para demostrar la existencia de un dominio de dicha empresa conjuntamente con SCPA, y 4) no se demostró que la adquisición de MdK por parte de K+S pudiera determinar la creación de una posición dominante duopolística de K+S y SCPA.

Las empresas demandantes concentran su atención, ante todo, en este último aspecto, señalando la existencia de determinadas contradicciones de fondo en la postura de la Comisión y, en particular, la circunstancia de que la operación de concentración, según la propia Institución, creó, y no simplemente reforzó, una posición dominante colectiva en el mercado de que se trata.

109. Respecto al primero de dichos argumentos, deseo observar que, en efecto, las relaciones entre las sociedades interesadas se refieren, directa o indirectamente, sólo al mercado francés; así pues, sólo en éste podrían considerarse adecuadas para incidir en la relación de competencia efectiva entre K+S y SCPA. Ello atañe, en primer lugar, a la resolución de las relaciones de distribución existentes entre K+S y SCPA, relaciones que se concretan exclusivamente en el mercado francés. Sin embargo, en segundo lugar, atañe también a la participación en el cartel Kali-Export. Según la Comisión, en efecto, dicha participación, pese a no referirse a las ventas en el mercado comunitario sino sólo a la exportación a países terceros, puede interferir en las ventas en Francia. A falta de elementos probatorios, dicha afirmación no es verificable; [116] sin embargo, si se probase, a lo sumo, demostraría la existencia de una competencia efectiva entre K+S y SCPA en el mercado francés, es decir, en un mercado que, a juicio de la propia Comisión, no constituye un mercado de referencia autónomo. De ello se sigue que, en el supuesto de que la tesis de la Comisión fuese fundada, también la participación en el cartel para las exportaciones se reflejaría, en el ámbito comunitario, exclusivamente en el mercado francés, que, repito, no constituye un mercado de referencia con arreglo a la Decisión.

A este respecto, parece, pues, fundada la conclusión del Gobierno francés cuando afirma que la Comisión no ha demostrado de qué

115 — Recuerdo que se trata de la sociedad que comercializa la potasa producida por determinadas empresas españolas, recientemente reagrupadas en un ente estatal denominado INI.

116 — En efecto, en sus escritos, la Comisión sostuvo que había demostrado suficientemente, en los considerandos 57, 59, 61 y 67 de la Decisión, la existencia de dichas interferencias. No obstante, la lectura de los citados considerandos pone de manifiesto que, en ellos, la Comisión se limitó a enfatizar los vínculos estructurales supuestamente existentes entre K+S y SCPA.

modo la adquisición de MdK por parte de K+S determina el nacimiento de un duopolio capaz de obstaculizar la competencia en el mercado de la Comunidad, excluida Alemania. En efecto, a tal fin, no es suficiente basarse en las relaciones existentes entre K+S y SCPA en Francia, que no constituye un mercado autónomo.

110. Por lo que respecta, en cambio, al aspecto relativo a la sociedad española Coposa, el Gobierno francés alega que la Comisión excluyó, erróneamente, a dicha sociedad del presunto oligopolio constituido por K+S y SCPA. En todo caso, en su opinión, la Comisión no puede sostener, para demostrar la corrección de la determinación del mercado geográfico comunitario, excluida Alemania, que Coposa realiza exportaciones significativas a Francia, para, seguidamente, afirmar, esta vez con objeto de demostrar la existencia de una posición dominante colectiva, que la misma Coposa tiene una escasa presencia en Francia y que, en todo caso, sus ventas se canalizan a través de otras empresas.

A este respecto, debo decir, antes de nada, que el motivo de oposición aducido por la Comisión, según el cual los vínculos entre K+S y SCPA bastan para caracterizar sus relaciones respecto a todos los restantes operadores y la eventual inclusión de Coposa en el oligopolio, de todos modos, hubiera sido irrelevante a efectos de la Decisión, puesto que, hipotéticamente, provocaría sólo un reforzamiento de la posición dominante colectiva, es poco convincente. En efecto, es harto evidente que la determinación exacta de los componentes de un oligopolio es una cuestión prioritaria respecto a su apreciación, al igual que la comprobación de las condiciones de competencia fuera del mismo oligopolio. [117] En consecuencia, en el caso presente parece difícil, basándose en los datos disponibles y aplicando los mismos criterios empleados para incluir a K+S y SCPA en la posición dominante colectiva, excluir a Coposa de dicho oligopolio. A este respecto, basta aquí recordar que Coposa también participa en el cartel Kali-Export y vende en Francia, esencialmente, a través de SCPA.

111. Tampoco juzgo decisivas, para determinar la inexistencia de competencia entre K+S y SCPA y, por ende, la existencia de una posición dominante colectiva ocupada por ambas, las circunstancias, a las que se refiere el tercer argumento aducido por el Gobierno demandante, de que K+S tenga una escasa presencia en Francia y utilice, para una parte de sus ventas en ese país, los canales de distribución de SCPA. En efecto, la primera circunstancia señalada podría tener más de una justificación: la estructura del mercado francés, las preferencias de los consumidores o las estrategias empresariales de la sociedad alemana. Por otra parte, si se deseara atribuir mayor importancia a ese aspecto, sería obligado preguntarse por qué todos los operadores del sector con mayor dimensión se encuentran también en una situación análoga, es decir, sin implantación en importantes mercados nacionales; en particular, por qué en la Decisión impugnada, al referirse al mercado alemán, la Comisión atribuyó la falta

117 — Sobre este punto, recordaré, a título de ejemplo, que la lista de verificación para el control de las operaciones de concentración adoptada en 1990 por el Bundeskartellamt alemán (publicada en versión inglesa en *Ford. Corp. Law Inst.*, 1991, pp. 161 y ss.) considera la inexistencia de competencia entre los oligopolistas y los competidores «externos» como factor esencial para calificar de dominante el oligopolio.

de implantación de SCPA no a los vínculos con K+S, sino a factores estructurales propios de dicho mercado.

Por lo que respecta a las ventas de productos de K+S a través de SCPA, procede subrayar aquí que si bien es cierto que gran parte de las importaciones francesas de productos de K+S se realizan a través de SCPA, lo es también que su importancia es tan escasa (el 1,4 % del mercado de que se trata) que dicha circunstancia no puede constituir prueba suficiente de la tesis de la Comisión.

112. Paso, finalmente, al último de los argumentos del Gobierno francés, relativo a las consecuencias de la adquisición de MdK por parte de K+S: en particular, sostiene que la Comisión no probó, en modo alguno, que como consecuencia de dicha adquisición se crease una posición dominante duopolística perjudicial para la competencia. También las empresas demandantes expusieron una observación análoga, subrayando, en particular, la contradicción inherente a la postura de la Comisión, que, por un lado, aplicó la doctrina de la «failing company defense» partiendo de la base de que MdK, en todo caso, desaparecería del mercado por encontrarse en una situación de crisis ya irreversible y, por otro, consideró en cambio que la adquisición de MdK por parte de K+S —y, con ella, la consiguiente concentración— podía crear una posición dominante duopolística capaz de obstaculizar la competencia.

Sobre este extremo, la Comisión responde que la creación de la posición dominante conjunta de K+S/MdK y SCPA es, efectivamente, consecuencia de la operación de concentración, dado que esta última modificó sustancialmente las condiciones estructurales del mercado. En particular, la Comisión pone de manifiesto los factores siguientes: a) MdK realiza el 25 % de la producción total de potasa de la Comunidad; b) en el momento en que se adoptó la Decisión, el índice de utilización de la capacidad productiva de MdK se había reducido al 50 %, y c) por último, la cuota de mercado del 7 % constituye un elemento crucial, habida cuenta de que la oferta, fuera del grupo K+S/MdK y SCPA, está atomizada y de que la cuota de mercado de dicho grupo, según el análisis de la Comisión, está destinada a aumentar.

113. En primer lugar, deseo señalar que las precedentes afirmaciones de la Comisión noresponden a las objeciones formuladas por los demandantes. En efecto, tanto el Gobierno francés como las empresas alegan la inexistencia de un nexo causal entre la *creación* del dominio oligopolístico y la operación de concentración, inexistencia que se deriva de la circunstancia de que MdK, según el análisis expuesto al respecto por la propia Comisión, estaba destinada, en todo caso, a abandonar el mercado. En definitiva, ¿de qué forma la adquisición de MdK hubiera provocado la creación de una posición dominante colectiva cuando —con o sin concentración— la cuota de mercado de MdK, en todo caso, hubiera sido adquirida, a raíz de su salida del mercado, por los otros operadores del sector?

Aun suponiendo correcto el análisis de la Comisión según el cual no es razonable

considerar que la cuota poseída por MdK en el mercado comunitario, excluida Alemania, hubiera pasado con toda probabilidad a K+S [118] y que, por tanto, no se cumpliría uno de los criterios a los que se supedita la aplicabilidad de la doctrina de la «failing company defense», sucede que toda la tesis construida por la Comisión parece, desde la perspectiva absolutamente ineludible del nexo de causalidad entre concentración y creación de una posición dominante conjunta de K+S y SCPA, más bien débil. De ello se deriva que la importancia atribuida, en ese contexto, a la cuota del 7 % poseída por MdK en el mercado geográfico de que se trata no resulta en modo alguno decisiva.

— Las características del competidor eliminado

114. Según el Gobierno francés, la Comisión omitió analizar, a diferencia de lo sucedido en la apreciación que efectuó en la Decisión Nestlé/Perrier, las características del competidor eliminado del mercado como consecuencia de la concentración, es decir, de MdK. A juicio del mismo Gobierno, el examen de dichas características hubiera conducido necesariamente a la conclusión de que la desaparición de MdK del mercado no podía tener ninguna influencia en la concentración, al tratarse, por otro lado, según el análisis de la propia Comisión, de una empresa que, en todo caso, aunque fuera a medio plazo, estaba destinada a salir del mercado.

La observación del Gobierno francés no carece de fundamento. En la Decisión adoptada en el asunto Nestlé/Perrier, en el cual el competidor eliminado (Perrier) representaba una cuota que oscilaba entre el 35,9 % y el 44,2 % del mercado, la Comisión consideró que «[L]a reducción de tres a dos productores (duopolio) no es un mero cambio cosmético de la estructura del mercado. La concentración llevaría a la eliminación de un competidor importante que cuenta con la mayor capacidad de reserva y volumen de ventas del mercado. Las marcas y manantiales Perrier se dividirían entre los dos productores restantes. Además, la reducción de tres a dos proveedores facilitaría una actuación concertada y contraria a las normas de competencia, que resultaría en un abuso colectivo». [119] De ese modo, la Comisión subrayó el alcance y los defectos de la adquisición de Perrier que, por sus dimensiones y su cuota de mercado, constituía un factor esencial para la competencia efectiva.

115. En el presente caso, en cambio, el análisis contenido en la Decisión adolece, cuando menos, de lagunas. Aunque no se desee atribuir excesiva importancia a la escasa entidad de la cuota poseída por MdK en el mercado comunitario (7 %), [120] es obligado albergar alguna duda en orden a la efectiva incidencia de la desaparición de MdK en la estructura competitiva del mercado. Además, en la Decisión no se hace referencia alguna a las «impresionantes capacidades de producción» de MdK que evocó la Comisión

118 — Véase el considerando 79.

119 — Decisión 92/553, citada en la nota 66 *supra*, considerando 120.

120 — Dicha cuota, por otra parte, es igual a la poseída por la sociedad SIV, cuya adquisición por Pilkington y Techint fue autorizada, sin condición alguna, mediante la Decisión 94/359, citada en la nota 87 *supra*.

en su propio escrito de contestación, [121] que, por otro lado, parecen difícilmente conciliables con la calificación de la misma empresa como entidad económica no viable. [122] Por último, la Decisión no contiene indicación alguna de la que pueda deducirse que MdK desempeña, incluso más allá de su importancia efectiva, un papel esencial para el mantenimiento de la competencia.

En definitiva, considero que la Comisión no ha demostrado que la salida de MdK del mercado comunitario, excluida Alemania, determine o, cuando menos, contribuya a determinar la creación de un duopolio constituido por K+S/MdK y SCPA, capaz de obstaculizar de forma significativa la competencia.

— La posición de los competidores

116. El Gobierno francés alega, asimismo, que el análisis contenido en la Decisión de la posición de los competidores presentes en el mercado de que se trata es contradictorio e insuficiente. En particular, señala la incoherencia de la postura de la Comisión, que resta importancia a la posición en el mercado de CPL y Coposa mientras que, para la determinación del mercado geográfico de referencia, subraya precisamente las exportaciones desde España y el Reino Unido a otros Estados miembros. Por otro lado, el mismo Gobierno discute la tesis de la Comisión según la cual la canalización a través de SCPA de las importaciones procedentes de países terceros demuestra que la presión competitiva de dichos países sobre el duopolio es prácticamente nula.

También desde este punto de vista, el reproche formulado por el Gobierno francés parece percibir determinadas lagunas objetivas de la Decisión.

117. En primer lugar, no cabe aceptar el método aplicado por la Comisión, la cual, para demostrar la inexistencia de presión competitiva sobre el presunto oligopolio, aduce como prueba la canalización de las importaciones de países terceros a Francia a través de SCPA. [123] En efecto, al margen de cualquier otra observación, a los efectos que aquí interesan, Francia no constituye un mercado autónomo. Por consiguiente, el análisis de los factores de apreciación de la operación de concentración no puede realizarse teniendo en cuenta de forma exclusiva el mercado francés, sino que más bien, y en todo caso, ha de tomar en consideración el territorio identificado como mercado de referencia por la Decisión, mercado que está constituido por toda la Comunidad, excluida Alemania.

121 — Página 32.

122 — Considerando 76 de la Decisión.

123 — Véanse las páginas 33 y 34 del escrito de contestación, así como la página 54 de la dúplica.

Igualmente insuficientes y contradictorias parecen ser las consideraciones de la Comisión acerca de la importancia de las importaciones de CSI, que, según los datos aportados por el Gobierno francés [124] y no discutidos por la Comisión, aumentaron progresivamente hasta alcanzar el 11 % de las ventas en el interior de la Comunidad, nivel ciertamente no irrelevante. Ha de considerarse, asimismo, que los nueve operadores que permanecieron en el mercado con posterioridad a la operación de concentración poseen cuotas de las que resulta una situación en la que el peso de los competidores del presunto duopolio constituido por K+S/MdK y SCPA parece tener una importancia indudable. [125]

— Comparación entre las situaciones de K+S/MdK y SCPA

118. Asimismo, el Gobierno francés, en el marco de su crítica de los criterios aplicados en el presente caso para afirmar la existencia de un dominio oligopolístico, discute tanto el peso excesivo atribuido por la Comisión a la cuota de mercado poseída, en total, por K+S y SCPA, como el hecho de que no se tomara en consideración la inexistencia de simetría entre ambas empresas, circunstancia que, sin embargo, en anteriores decisiones constituyó un factor significativo para negar la existencia de una posición dominante oligopolística.

La Comisión responde que una cuota de mercado del 60 % demuestra claramente la existencia de una posición dominante colectiva, en particular cuando existe, como en el caso presente, una sensible diferencia con las cuotas de mercado poseídas por los competidores. Asimismo, si bien admite que existen diferencias notables entre las empresas de que se trata, discute la tesis según la cual únicamente cabe concebir un duopolio cuando se trata de empresas con características similares.

119. Por lo que respecta al primero de los aspectos mencionados, en primer lugar, deseo señalar que, en el pasado, la propia Comisión ha excluido la posibilidad de fijar umbrales de los que se derive una presunción de dominio colectivo, y que, en todo caso, en decisiones recientes, [126] ha autorizado operaciones de concentración con cuotas acumuladas equivalentes a las calculadas en el caso de autos. Por tanto, aunque, en abstracto, no pueda negarse una cierta importancia a una cuota del 60 %, ésta no puede —o, en todo caso, no por sí sola— cobrar una importancia decisiva y constituir prueba de la existencia de dominio oligopolístico.

A ello se añade que los precedentes jurisprudenciales citados por la Comisión carecen de pertinencia, en la medida en que se refieren a posiciones de dominio individual, [127] lo que justifica el valor de presunción reconocido a una cuota del 45 % al 80 % del mercado. Por otro lado, en dichas sentencias la cuota se

124 — Véase la página 42 de la dúplica.

125 — Véanse los datos de la tabla contenida en la página 43 de la réplica del Gobierno francés, que no fueron discutidos por la Comisión.

126 — Véase, por ejemplo, la Decisión 94/359, citada en la nota 87 *supra*.

127 — Se trata de la remisión a las sentencias de 13 de febrero de 1979, citada en la nota 96 *supra;* de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461), y de 3 de julio de 1991, Akzo/Comisión (62/86, Rec. p. 3359).

analiza siempre conjuntamente con otros factores, tales como, por ejemplo, la distancia (de al menos el 50 %) entre la primera y la segunda empresa del mercado.

120. Tampoco estimo que pueda compartirse la postura de la Comisión relativa al segundo aspecto aquí evocado, a saber, la falta de consideración de la inexistencia de simetría entre los presuntos participantes en la situación de dominio colectivo.

En primer lugar, observo que la falta de simetría entre las empresas interesadas, no contradicha en el presente caso, [128] fue considerada decisiva por la Comisión en otros asuntos para excluir la existencia de un duopolio; [129] y ello tanto desde el punto de vista de las cuotas de mercado, consideradas en su conjunto y en relación con los mercados de los distintos países, como desde la perspectiva del «poder económico» y, por último, en lo que atañe a la capacidad productiva. Sobre este punto, procede recordar que en la Decisión Nestlé/Perrier la Comisión explicó las consecuencias de la simetría entre las empresas interesadas y las razones de su consideración a efectos de la apreciación de los efectos de la operación de concentración, [130] señalando, en particular, que la simetría de las empresas es un claro factor disuasorio de la competencia y facilita conductas coordinadas y colusorias. En consecuencia, considero que el motivo de oposición formulado por la Comisión, por limitarse a aducir la irrelevancia de la diferencia entre K+S y SCPA a efectos de la configuración de un duopolio, no puede prosperar. Tampoco estimo justificable la pretensión de la Comisión dirigida a que se considere absolutamente carente de pertinencia, en el presente caso, su práctica en la aplicación del Reglamento. En efecto, si bien es cierto que la práctica constituye un parámetro de referencia no vinculante, que puede ser adaptado a la luz del caso concreto, también lo es que tampoco puede considerarse, en el contexto examinado, carente de todo valor.

121. El conjunto de las observaciones expuestas hasta este punto ponen de manifiesto una serie de lagunas y contradicciones en la apreciación y aplicación de los criterios elaborados por la Comisión, que inducen a la conclusión de que la Decisión no se motivó de forma congruente. En efecto, la Comisión no ha logrado probar de forma suficiente, ni siquiera basándose en su propia práctica, la existencia en el mercado de referencia de una posición dominante colectiva de K+S/MdK y SCPA, creada por efecto de la operación de concentración propuesta.

Ello me lleva a tratar sólo de forma sintética los ulteriores argumentos expuestos por el Gobierno francés, referentes a los otros factores considerados en la Decisión. Más concretamente, me detendré en el modo en que fueron examinados los aspectos relativos al poder económico de la clientela, a las

128 — Véase el escrito de contestación de la Comisión, pp. 37 a 58.

129 — Por ejemplo, en el asunto Pilkington-Techint/SIV, citado en la nota 87 *supra*, apartado 55; *a contrario*, en el asunto Mannesmann/Vallourec/Ilva, citado en la nota 58 *supra*, la Comisión consideró que la simetría entre las empresas participantes en la operación de concentración, poseedoras, respectivamente, de cuotas del 36 % y del 33 %, constituía un incentivo para adoptar conductas paralelas.

130 — Decisión citada en la nota 66 *supra*, considerando 123.

barreras de entrada y a las características del mercado y del producto, así como en el paralelismo de las conductas.

— El poder económico de la clientela

122. El Gobierno francés reprocha a la Comisión el que no considerase el criterio relativo al poder económico de la clientela, y, en particular, el hecho de que no analizara la naturaleza e importancia de los productores e importadores de sales de potasa, lo que hubiera podido (y debido) conducir a la conclusión de que la creación de una posición de dominio oligopolístico por parte de K+S/MdK y SCPA era altamente improbable.

La Comisión admite el valor del poder económico de la clientela como «contrapeso» del duopolio, adecuado, pues, para desincentivar las conductas paralelas; no obstante, añade que se trata tan sólo de uno de los muchos factores que han de tomarse en consideración para llegar a una apreciación definitiva de los efectos de la operación de concentración de que se trata.

123. Ahora bien, es indudable que en el presente caso no se analizaron la importancia y las características de los diversos tipos de clientes de los productos considerados. Ello no permite demostrar si, en efecto, como sostiene el Gobierno francés, las grandes multinacionales productoras de abonos compuestos tienen un poder de compra tal que impide a los oligopolistas reforzar su posición o si, en cambio, como afirma la Comisión, son los «bulk-blenders», es decir, los mezcladores de abonos a granel, quienes ocupan un lugar de importancia ante la clientela. Tampoco se especifica si dichos «bulk-blenders» son realmente pequeños y medianos empresarios sin capacidad para ejercer una presión suficiente sobre los productores, o si, como afirma el Gobierno demandante, su actividad la ejercen también las filiales de las grandes multinacionales. Evidentemente, la respuesta a dicho interrogante hubiera sido imprescindible para determinar si la clientela tiene o no un poder contractual efectivo.

En consecuencia, la postura de la Comisión parece débil, tanto más cuanto que, en efecto, el poder contractual de los consumidores es un factor de indudable importancia para la determinación de las condiciones de la competencia, pudiendo desincentivar la adopción de conductas contrarias a la competencia. Por lo demás, en este sentido deben interpretarse las apreciaciones de la Comisión en los asuntos Pilkington-Techint/SIV y Nestlé/Perrier. [131]

131 — En dicha Decisión, citada en la nota 66 *supra*, se consideró, tras un análisis específico que fue omitido en el presente caso, que la importancia de la clientela no podía ejercer una presión real sobre los productores (véanse, en particular, los considerandos 77 a 89).

124. Las incertidumbres hasta ahora enumeradas permiten pasar por alto otros aspectos, también relativos a las características de la clientela, invocados por el Gobierno francés. Tan sólo deseo añadir, en aras de la claridad, que la afirmación del Tribunal de Primera Instancia, contenida en la sentencia vidrio plano, según la cual la Comisión «no está obligada a discutir, en sus Decisiones, cada uno de los argumentos presentados por las empresas afectadas», [132] no constituye, a diferencia de lo sostenido por la misma Institución durante el procedimiento, un argumento que baste para sustentar sus tesis.

El aspecto de la fuerza de la clientela, en efecto, no constituye un argumento alegado por los demandantes durante la fase administrativa y omitido en la Decisión, sino un factor de análisis pertinente para determinar si existe o no una posición dominante oligopolística. En cuanto tal, debe ser necesariamente examinado, y la falta de apreciación del mismo puede traducirse en una laguna en la motivación de la Decisión, hasta el punto de menoscabar su fundamento. Por lo demás, precisamente en la sentencia que acabo de recordar el Tribunal declaró, con referencia al artículo 86, que el análisis de los aspectos del mercado que los demandantes reprochaban no haber sido considerados «era indispensable [...] para la apreciación de la cuestión de la posición dominante», [133] con lo que confirmó la necesidad de que las conclusiones de la Comisión descansen en investigaciones tan completas y exhaustivas como sean posibles.

132 — Sentencia de 10 de marzo de 1992, citada en la nota 38 *supra*, apartado 363.

133 — *Idem*, apartado 363.

— Las barreras de entrada

125. Se reprocha a la Comisión que no efectuase ningún análisis, en la parte de la Decisión referente a la existencia de una posición dominante colectiva, en relación con la existencia de barreras de entrada, factor considerado de gran importancia en la práctica de la propia Comisión. Ello es tanto más inexplicable cuanto que la inexistencia de obstáculos de ese tipo fue señalada en la propia Decisión a efectos de la delimitación del mercado geográfico de referencia.

En efecto, la Comisión admite la inexistencia de obstáculos para la entrada en el interior de la Comunidad. No obstante, añade que, en el presente caso, existen dos tipos de barreras de entrada respecto a las empresas de países terceros, a saber: las medidas antidumping aplicadas a las importaciones procedentes de CSI y el monopolio legal de SCPA, en virtud del cual todas las importaciones en Francia procedentes de países terceros se canalizan a través de dicha empresa.

126. De entrada, debo decir que el hecho de que los elementos que acabo de evocar puedan constituir barreras de entrada me suscita no pocas dudas. Ciertamente no lo son los derechos antidumping, que, como admite expresamente la propia Comisión, tienden a restablecer la competencia y no a obstaculi-

zar los intercambios. [134] A ello se añade que no se ha demostrado en modo alguno, y mucho menos basándose en datos objetivos, su incidencia real en las importaciones. Por contra, las apreciaciones relativas a los distintos mercados nacionales contenidas en la Decisión (considerando 64) hacen, más bien, presumir lo contrario.

Por lo que respecta al monopolio de SCPA, deseo observar que, sobre este punto, surge de nuevo el defecto de planteamiento ya señalado en varias ocasiones, es decir, la tendencia de la Comisión a efectuar un análisis limitado a Francia, como si el mercado francés fuese el mercado geográfico de referencia a efectos de la Decisión. Asimismo, sin desear detenerme en el alcance de los efectos de dicho monopolio, observo que la existencia en diversos países comunitarios, reconocida por la propia Comisión, [135] de importantes corrientes de importación de países terceros, hasta el punto de representar una parte preponderante del mercado, induce más bien a concluir que no está demostrada la existencia de barreras de entrada.

— Las características del mercado y del producto

127. Por último, a propósito de las características del mercado y del producto, que suelen considerarse factores de análisis significativos, me limitaré a observar, de acuerdo con el Gobierno francés, que entre las apreciaciones de la Comisión, por lo demás caracterizadas por un cierto laconismo, no se advierten comprobaciones rigurosas y específicas ni de los precios practicados por K+S y SCPA, [136] factor absolutamente esencial para determinar la transparencia del mercado (que, como es sabido, facilita la uniformidad de las conductas) y evaluar la elasticidad de la demanda, ni de la estructura de costes de ambas empresas, la cual, de ser diferente, puede constituir un incentivo para el mantenimiento de una actuación competitiva.

Huelga recordar que dichas omisiones, por referirse a aspectos decisivos, contribuyen a debilitar la investigación efectuada por la Comisión y sus resultados. Por tanto, estimo que puede prescindirse de ahondar en otros elementos «estructurales» debatidos, tales como, por ejemplo, los relativos a la homogeneidad del producto, en relación con los cuales, por otra parte, como ya señalé en el marco del examen de la delimitación del mercado geográfico de referencia, no comparto la postura expresada por el Gobierno francés.

— El paralelismo de las conductas

128. Las apreciaciones de la Comisión a este respecto, como correctamente alega el Gobierno francés, no son en modo alguno

134 — Véase la página 61 de la dúplica.
135 — Véase la página 61 de la dúplica.
136 — A este respecto, véase cuanto ya he subrayado en relación con la delimitación del mercado geográfico de referencia.

convincentes. En efecto, las circunstancias de las cuales la Comisión considera haber obtenido elementos probatorios de la existencia de la posición de dominio conjunta de K+S/MdK y SCPA, en especial si se comparan con las destacadas en otras Decisiones, se revelan carentes de significación.

En efecto, es de todo punto evidente que el acuerdo entre K+S y SCPA, declarado incompatible con el artículo 85 en el año 1973, [137] no puede por menos de considerarse un indicio excesivamente débil para presumir —más de veinte años después— la inexistencia de competencia entre K+S y SCPA. [138] Del mismo modo, desde la perspectiva ahora considerada, no resultan decisivas las consideraciones sobre la escasa implantación de K+S en el mercado francés, que, como se señaló en el marco del examen de los vínculos estructurales entre K+S y SCPA, bien podrían estar justificadas por razones distintas.

129. Por otra parte, estas observaciones se corroboran por la circunstancia de que los aspectos considerados, a estos efectos, en decisiones anteriores fueron de naturaleza muy diferente. En el asunto Nestlé/Perrier, por ejemplo, la Comisión, tras haber puesto de manifiesto el muy reducido grado de competencia existente en el plano de los precios, declaró la existencia de un elevado grado de paralelismo entre los precios practicados por los tres productores interesados en la operación de concentración, acompañado de la creación de mecanismos de transparencia que facilitaban la coordinación de las políticas de precios y el control recíproco de los mismos. [139] Por otra parte, en el mismo asunto, la Comisión tomó en consideración, como indicio de los vínculos entre las empresas interesadas, la reacción de éstas frente a una tentativa de adquisición procedente de un operador ajeno al sector; reacción que se consideró «una acción disuasoria ante un recién llegado». [140] En el asunto Pilkington-Techint/SIV, en cambio, la Comisión consideró que podían estimular conductas paralelas contrarias a la competencia determinadas prácticas concertadas entre las empresas interesadas, condenadas en 1988, es decir, sólo cinco años antes de la Decisión, y por el Bundeskartellamt sólo unos meses antes de que ésta fuese adoptada. [141]

Se trata, ya a simple vista, de elementos mucho más significativos y probatorios que los considerados en el presente caso.

130. A la luz del conjunto de las consideraciones expuestas, considero que la Comisión no aplicó coherentemente, en el caso de autos, los criterios que ella misma ha elaborado para determinar la existencia de una posición dominante colectiva. Y eso no es

137 — DO 1973, L 217, p. 3. A este respecto, véase el considerando 57 de la Decisión.

138 — Y ello incluso sin tener en cuenta, desde el punto de vista sistemático, la orientación expresada en la sentencia vidrio plano, en la que se precisó que «a efectos de probar la existencia de una infracción del artículo 86 del Tratado, no basta [...] "reciclar" los hechos constitutivos de una infracción del artículo 85, afirmando que las partes de un acuerdo o de una práctica ilícita poseen conjuntamente una cuota de mercado importante; que, por esta única razón, se hallan en una posición dominante colectiva y que su comportamiento ilícito constituye el abuso de dicha posición»; sentencia SIV y otros/Comisión, citada en la nota 38 *supra*, apartado 360.

139 — Véanse los considerandos 59, 121 y 122 de la Decisión.

140 — Considerando 127 de la Decisión.

141 — Decisión 94/359, citada en la nota 87 *supra*, considerando 32. No está de más añadir aquí que no se consideró que el mencionado elemento debiera conducir a la imposición de condiciones, ni menos aún a denegar la autorización de la operación de concentración.

todo; aun admitiendo, como ya se ha apuntado, la posibilidad de adaptar el concepto de posición dominante colectiva a las peculiaridades del control de las operaciones de concentración, así como a las características del caso concreto, sigue siendo necesario que la Comisión facilite, en el marco del control de las operaciones de concentración, elementos suficientes que acrediten el nexo de causalidad entre la concentración y la posición dominante colectiva. [142]

No hay rastro de esos elementos en el presente caso; por el contrario, existen indicios de importancia que inducen a negar la tesis de la Comisión. En definitiva, considero que la Comisión no ha demostrado, en modo alguno, que la operación de concentración examinada cree una posición de dominio conjunto de K+S/MdK y SCPA que pueda obstaculizar de forma significativa la competencia.

d) *Sobre la imposición de condiciones y cargas que recaen sobre terceros ajenos a la operación de concentración* (asuntos C-68/94 y C-30/95)

131. La apreciación del motivo relativo a la ilegalidad de la imposición de cargas a terceros respecto a la operación de concentración presupone necesariamente, por un lado, que una posición dominante colectiva sea pertinente a efectos de la aplicación del Reglamento, y, por otro, que la Comisión haya demostrado, efectivamente, la existencia en el presente caso de una posición dominante colectiva.

Habida cuenta de las conclusiones a las que he llegado en los puntos precedentes, en especial en cuanto a la utilización, en el presente caso, del concepto de posición dominante colectiva, no es necesario examinar el presente motivo. No obstante, en aras de la exhaustividad, estimo oportuno detenerme también sobre las imputaciones deducidas por los demandantes a este respecto.

132. Pues bien, el Gobierno francés sostiene que el Reglamento, aun suponiendo que fuese aplicable a las posiciones dominantes colectivas, no permite, en todo caso, supeditar la declaración de compatibilidad de la concentración a condiciones y cargas que, como en el caso de autos, inciden directamente en la situación de sujetos terceros ajenos a la operación. A tal fin, alega que el apartado 2 del artículo 8 del Reglamento únicamente permite a la Comisión aceptar, de las empresas notificantes, compromisos estrictamente relativos a la concentración, y no otros compromisos que repercutan sustancialmente en terceros.

Las empresas demandantes, que también están de acuerdo con el Gobierno francés en cuanto a la imposibilidad, basándose en el Reglamento, de imponer condiciones y

142 — De lo contrario, se terminaría por hacer depender la determinación de la existencia de una posición dominante colectiva, perjudicial para la competencia, de una previsión basada en meras suposiciones, desvinculadas de cualquier elemento concreto y, por ello mismo, desprovistas de toda fiabilidad.

cargas que recaigan sobre terceros, alegan, fundamentalmente, que aunque en el caso presente se considerase probada la existencia de una posición dominante colectiva, las condiciones previstas no son ni idóneas ni apropiadas para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de que se trata.

1) *Sobre la posibilidad de aplicar el apartado 2 del artículo 8 a empresas terceras respecto a la operación de concentración*

133. De entrada, debo decir que no cabe compartir la tesis del Gobierno francés. En efecto, el apartado 2 del artículo 8 únicamente permite a la Comisión supeditar la declaración de compatibilidad «a condiciones y cargas destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión con miras a modificar el proyecto inicial de concentración». Dicho tenor da a entender que no se cuenta, en modo alguno, entre las potestades de la Comisión la de intervenir frente a operadores ajenos a la concentración, aun cuando se les considere integrantes de un oligopolio con las empresas notificantes.

En otras palabras, en el apartado 2 del artículo 8 la potestad de la Comisión se circunscribe, de manera expresa e inequívoca, a la facultad de exigir de las empresas interesadas compromisos encaminados a «modificar el proyecto inicial de concentración»; por tanto, excluye cualquier posibilidad de adoptar modificaciones estructurales del entorno competitivo en el que se desarrolla la operación. La potestad de modificación del proyecto no puede, pues, transformarse, a falta de disposición expresa en tal sentido, en una potestad más general de reestructuración de todo un mercado o sector industrial, o de ambos.

134. Opino que dicha conclusión no puede resultar seriamente contradicha por los argumentos de la Comisión según los cuales: a) la Decisión impuso condiciones y cargas únicamente respecto a las empresas partes en la operación de concentración, condiciones y cargas destinadas a garantizar el respeto de los compromisos asumidos por las partes notificantes, y b) la prohibición de una operación de concentración, debido a la posibilidad de que las condiciones de que se trata perjudiquen intereses de terceros es contraria a los objetivos perseguidos por el Reglamento y no es compatible con el principio de proporcionalidad.

Con referencia a este último aspecto, me remito a lo ya dicho en el marco del examen de la aplicabilidad del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas, habida cuenta de consideraciones de carácter económico y de la finalidad del propio Reglamento. [143] Por lo que respecta al primero de los aspectos mencionados, baste con observar que, si bien es cierto que, como sostiene la Comisión, obedece a la misma naturaleza del control de las concentraciones el que los compromisos asumidos por las partes notificantes puedan tener efectos, aun cuando sean indirectos, sobre terceros, también lo es que en el presente caso no se trata, ciertamente, de condiciones que tengan incidencia en terceros, sino de condiciones que, objetiva y

143 — Véanse los puntos 94 a 98 *supra*.

subjetivamente, afectan a terceros, y ello, al menos, en la misma medida en que afectan a las partes. Tampoco la práctica invocada por la Comisión basta para alterar los términos del problema: en efecto, se trata de decisiones que no imponen condiciones que afecten directamente a terceros y que, por tanto, no son equiparables a la Decisión impugnada. [144] Asimismo, en todo caso, sucede que «una mera práctica no puede prevalecer sobre las normas del Tratado»; [145] ni, añado, sobre disposiciones contenidas en un acto de Derecho derivado que se oponen claramente a la práctica de la Comisión. Como ya he señalado en otra ocasión, en efecto, sería paradójico admitir que una violación de las normas adquiera legitimidad sólo por [...] ¡repetirse!

2) *Sobre el carácter adecuado de las condiciones impuestas en el presente caso para mantener una competencia efectiva*

135. En este extremo se han detenido, en particular, las empresas demandantes, alegando que se trata de condiciones innecesarias e inadecuadas para mantener una competencia efectiva en el mercado de que se trata; en cuanto tales, dichas condiciones son inadecuadas para la consecución del objetivo contemplado en el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento.

Fundamentalmente, SCPA y EMC ponen de manifiesto el carácter arbitrario de las condiciones previstas en la Decisión impugnada, que no se referían ni se refieren en modo alguno al proyecto de concentración, sino que afectan exclusivamente a relaciones contractuales y societarias subjetiva y objetivamente ajenas al mismo, además de aplicarse en ámbitos geográficos distintos del mercado considerado. [146]

136. A este respecto, con carácter preliminar, observo que la eficacia de las condiciones previstas en el plano de la competencia suscita más de una duda, tanto por la diferencia geográfica ya señalada entre el objeto de las condiciones y el mercado de referencia, como por la falta de elementos probatorios que demuestren el carácter adecuado de dichas condiciones para garantizar la conformidad de la operación de concentración con las disposiciones del Reglamento. Desde este punto de vista, me parece, pues, acertada la observación de las empresas demandantes según la cual, a la hora de determinar las condiciones que hayan de imponerse con arreglo al apartado 2 del artículo 8 del

144 — En particular, la Comisión se remite a las Decisiones de 4 de mayo de 1993, asunto KNP/BT y VRG (DO L 217, p. 35); de 19 de diciembre de 1991, asunto Courtaulds/SNIA (DO C 333, p. 16), y de 31 de julio de 1991, asunto Varta/Bosch (DO L 320, p. 26).

145 — Sentencia de 9 de agosto de 1994, Francia/Comisión (C-327/91, Rec. p. I-3641), apartado 36.

146 — El alcance de dichas condiciones más bien demuestra que la Comisión hubiera podido actuar, de haberlo considerado oportuno, contra los presuntos integrantes del duopolio (SCPA/EMC y K+S) utilizando otros instrumentos y, en particular, el artículo 85, como, por otra parte, lo hizo, paralelamente al procedimiento examinado, en relación con la filial conjunta canadiense Potacan, objeto de investigación con arreglo al Reglamento nº 17, citado en la nota 51 *supra*.

Reglamento, la Comisión debe basarse en apreciaciones serias y rigurosas, y no sólo en consideraciones hipotéticas como las efectuadas por la Comisión en sus escritos para justificar la legalidad de las condiciones expuestas en el caso de autos.

Dado que, como se recordará, he considerado que procede declarar la inadmisibilidad del recurso de las empresas demandantes en cuanto se dirige a obtener la anulación de la condición relativa a la empresa conjunta Potacan, el breve análisis que sigue a continuación se centrará en las condiciones relativas a la separación de la sociedad Kali-Export y la resolución de los contratos de distribución, bien entendido que me limitaré a recordar los aspectos que ya han sido examinados de forma exhaustiva en el análisis de los vínculos estructurales entre K+S y SCPA. [147]

— Sobre la condición relativa a la salida de K+S del cartel Kali-Export

137. Las empresas demandantes alegan, en primer lugar, que la existencia de Kali-Export y la participación de K+S, MdK y SCPA en dicha empresa no pueden tener el más mínimo efecto sobre las condiciones de la competencia en el interior de la Comunidad. Asimismo, en todo caso, la Comisión no ha demostrado, en modo alguno, el efecto contrario a la competencia de la participación de K+S en el cartel Kali-Export.

147 — Véanse los puntos 107 a 113 *supra*.

La Comisión responde que la estructura del mercado de que se trata no permite excluir que la cooperación de K+S y SCPA en el seno del cartel Kali-Export tenga un efecto indirecto sobre la conducta contraria a la competencia de los miembros del cartel en el mercado comunitario. En particular, señala que: a) K+S tiene una presencia muy marginal en el mercado francés; b) CPL no accedió al mercado francés, incrementando sus ventas en el mismo un 13 % en un período de seis años, hasta después de haberse separado del cartel Kali-Export, y c) Coposa tiene una escasa implantación en el mercado francés, en el cual, por otra parte, parte importante de la potasa producida por ella es vendida por SCPA.

138. Las observaciones expuestas por la Comisión, que acaban de señalarse, no responden, en mi opinión, a las objeciones formuladas por las empresas demandantes. En efecto, la Comisión no ha demostrado que la escasa presencia de K+S en el mercado francés se deba a la pertenencia al cartel de exportación Kali-Export, cuando dicha situación, como subrayan las empresas demandantes, bien podría ser consecuencia de factores históricos y geográficos. Por otro lado, si bien es cierto que, como sostiene la Comisión, en materia de concentraciones no pueden tener validez los mismos principios relativos a la aplicación de los artículos 85 y 86, también lo es que la Comisión no puede, indudablemente, basar su apreciación en meras presunciones y probabilidades. En todo caso, en efecto, le incumbe demostrar que las condiciones controvertidas son necesarias para garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva.

Ahora bien, en el caso presente, la Comisión no sólo no ha explicado de forma convincente de qué modo la falta de colaboración en el seno de un cartel que produce sus efectos en el mercado extracomunitario puede garantizar una competencia efectiva en el mercado comunitario, excluida Alemania, sino que, además, tampoco ha demostrado que la escasa presencia de K+S, o de Coposa, en el mercado francés se deba a la pertenencia al referido cartel. Por lo que respecta a la circunstancia de que CPL no aumentase sus exportaciones en Francia hasta después de haberse separado de Kali-Export, huelga decir que ese hecho podría deberse, precisamente, a una elección de CPL de concentrarse en el mercado comunitario o, como sostienen las demandantes, sin resultar contradichas al respecto por la Comisión, a las dificultades de explotación que CPL hubo de afrontar en el período en que formaba parte de Kali-Export.

— Sobre la condición relativa a la resolución de los vínculos de distribución entre K+S y SCPA

139. En opinión de las empresas demandantes, la Comisión no ha demostrado, en modo alguno, de qué forma y por qué razón la resolución de los contratos de distribución entre K+S y SCPA sirve para garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado comunitario, excluida Alemania. En verdad, dichos vínculos producen efectos sólo y exclusivamente en el mercado francés.

Por otra parte, los vínculos de que se trata consisten en un contrato de 28 de junio de 1985 para la distribución de productos que no contienen potasa, sino kieserita. Por lo demás, SCPA se limita a comprar la potasa utilizada por EMC o destinada a la venta fuera del mercado francés. Por último, SCPA compra a K+S productos potásicos que contienen magnesio y que se venden en Francia, pero dichos productos, como se señala en la propia Decisión, no están comprendidos en el mercado del producto controvertido.

140. Habida cuenta de la situación que acabo de describir, la cual, por otra parte, no discute la Comisión, que en realidad se ha limitado a afirmar la importancia de la constitución, por parte de K+S, de su propia red de distribución en el mercado francés, parece harto evidente que K+S y SCPA no tenían ninguna relación privilegiada para la distribución de productos derivados de la potasa. No obstante, no está de más recordar que el tenor de la Decisión indujo a K+S a poner fin al único vínculo existente con SCPA en la esfera de la distribución: el contrato relativo a la kieserita, es decir, lo reitero, a un producto que la propia Decisión consideró no comprendido en el mercado controvertido.

Este suceso, al margen de apreciaciones de cualquier otra naturaleza, viene a confirmar el fundamento de la tesis de las demandantes acerca de la incidencia inmediata de la Decisión en sus intereses, y refuerza, además, la duda en cuanto a la utilidad de las condiciones impuestas a efectos de la eliminación de la posición dominante duopolística alegadamente creada por la operación de concentración.

Conclusión

141. Según mi parecer, las consideraciones que anteceden ponen de manifiesto que, en el presente caso, se cometieron errores en la interpretación y aplicación de las normas del Reglamento de concentraciones.

En este punto, se trata de determinar si dichos errores justifican la anulación total de la Decisión o tan sólo su anulación parcial, es decir, limitada a la parte que contiene las condiciones relativas a las sociedades demandantes. Por las razones que explicaré a continuación, considero que esta última es la solución más adecuada.

142. En primer lugar, considero infundada la tesis de la Comisión según la cual la anulación parcial de la Decisión constituiría una forma de alteración del equilibrio institucional, por no tener el Juez comunitario competencia para reformar la decisión adoptada por la Comisión, sustituyéndole en la apreciación de la operación de concentración. A este respecto, me limitaré a observar que la facultad del Tribunal de Justicia de anular de forma sólo parcial las decisiones adoptadas *in subiecta materia* se deriva del propio Reglamento, así como de una consolidada jurisprudencia de este Tribunal. [148] Por otra parte, sería paradójico sostener que el ejercicio por el Tribunal de Justicia de una potestad que le ha sido atribuida expresamente constituye una vulneración de las prerrogativas y competencias de la Comisión. Más bien, recordaré que, a efectos de la anulación parcial, se requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta materia por la jurisprudencia, tendentes, en definitiva, a garantizar que la anulación parcial no conduzca a vaciar de todo contenido la Decisión impugnada. [149]

143. Habida cuenta de todo lo que antecede, considero perfectamente posible proceder a la anulación parcial de la Decisión y que esta solución puede adoptarse

148 — Sentencia de 20 de marzo de 1957, Oficina de venta de carbón del Ruhr (2/56 Rec. p. 9).

149 — En este sentido, véase ya la sentencia de 28 de junio de 1972, Jamet/Comisión (37/71, Rec. p. 483), apartados 11 y 12.

cualquiera que sea el motivo de impugnación, entre los formulados por las partes y considerados por mí fundados, que acoja el Tribunal. En efecto, tanto si el Tribunal de Justicia se inclina por la inaplicabilidad, en principio, del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas, como si considera inexistente o, en todo caso, no suficientemente probada la existencia de una posición dominante colectiva, faltaría el presupuesto según el cual la Comisión impuso las condiciones impugnadas por las empresas demandantes. En efecto, deseo recordar que dichas condiciones fueron previstas para evitar que la concentración crease una situación de dominio oligopolístico capaz de obstaculizar la competencia en el mercado comunitario.

Observaciones análogas proceden, a mi entender, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia, una vez resueltos los problemas relacionados con la aplicación de las normas del Reglamento a los oligopolios y «confirmada» la existencia de una posición dominante colectiva, llegase a la conclusión de que el apartado 2 del artículo 8 del Reglamento no permite a la Comisión imponer condiciones que incidan directamente en los intereses de terceros ajenos a la operación de concentración. Igualmente, si las condiciones de que se trata fueran consideradas ineficaces para garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado controvertido, la solución más correcta sería, una vez más, anular las condiciones y, por tanto, anular parcialmente la Decisión.

144. En definitiva, en todos los supuestos que acabo de exponer, sería posible anular las condiciones sin privar de todo contenido a la Decisión en su totalidad. [150] Sobre esta cuestión, huelga señalar que, objetivamente, la apreciación de los efectos de la concentración en el mercado comunitario —en el marco del cual se insertan las condiciones en litigio— es plenamente independiente de la relativa al mercado alemán, independencia ésta que permite concebir una limitación *ratione materiae* del fallo del Tribunal, que satisfaga los requisitos exigidos por la jurisprudencia en la materia.

Por otra parte, la anulación parcial de la Decisión tampoco trastrocaría el alcance de la misma. Añadiré que, en el presente caso, la Decisión impugnada es, en

150 — En tal eventualidad, por otra parte, la Comisión podría contemplar, como consecuencia de la reanudación de los plazos prevista en el apartado 5 del artículo 10 del Reglamento, bien la determinación de condiciones nuevas y distintas o bien la demostración, de forma más amplia y pormenorizada, de la eficacia de las condiciones iniciales en la esfera de la salvaguardia de la competencia. Semejante planteamiento, pese a ser plenamente admisible en teoría, no me parece, sin embargo, plausible, puesto que implica un nuevo examen de una operación que ya ha producido sus efectos, lo cual haría bastante difícil una apreciación realizada a la luz del *status quo ante*.

conjunto, favorable a las empresas interesadas, lo que constituye, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, un elemento pertinente para estimar un recurso de anulación parcial. [151]

145. En cuanto a las costas, propongo que, en relación con el asunto C-68/94, se proceda al reparto de las mismas con arreglo al apartado 3 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento. En relación con el asunto C-30/95, en cambio, basado en la misma disposición, considero que, por haber sido sustancialmente desestimadas las pretensiones de la Comisión, procede condenarla en costas, incluidas las de las empresas coadyuvantes. En cambio, los Gobiernos que han intervenido en los procedimientos deberán soportar sus propias costas.

146. A la luz de las observaciones que anteceden, concluyo, pues, proponiendo al Tribunal de Justicia que:

— *en el asunto C-68/94:*

a) anule el artículo 1 de la Decisión 94/449/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (Asunto nº IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand), por cuanto supedita la declaración de compatibilidad de la operación de concentración a la observancia de las condiciones y cargas mencionadas en el considerando 63;

b) desestime el recurso en todo lo demás;

c) reparta entre las partes las costas del procedimiento, condenando al Gobierno alemán al pago de los gastos en que ha incurrido como consecuencia de su intervención.

— *en el asunto C-30/95:*

a) declare la admisibilidad de los recursos interpuestos por las sociedades SCPA y EMC, excluido el motivo relativo al compromiso referente a la sociedad canadiense Potacan;

151 — Sentencia de 23 de octubre de 1974, citada en la nota 39 *supra*, considerando 21.

b) anule el artículo 1 de la Decisión 94/449/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (Asunto nº IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand), por cuanto supedita la declaración de compatibilidad de la operación de concentración a la observancia de las condiciones y cargas mencionadas en el considerando 63;

c) condene a la Comisión al pago de las costas del procedimiento, incluidas las soportadas por las empresas coadyuvantes. El Gobierno francés cargará con sus propias costas.