CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 6 de Fevereiro de 1997 *

Índice

O regulamento: génese e conteúdo ..... I - 1383

O procedimento e a decisão ..... I - 1387

Os dois recursos: termos da questão e plano dos pedidos ..... I - 1391

I — Quanto à admissibilidade (processo C-30/95) ..... I - 1394

a) A anulação parcial ..... I - 1395

b) A legitimidade para agir ..... I - 1396

c) A possibilidade de impugnação do considerando relativo à Potacan ..... I - 1399

d) A falta de interesse em agir ..... I - 1400

II — Quanto ao mérito ..... I - 1401

a) O desrespeito do dever de colaboração com as autoridades nacionais (processo C-68/94) ..... I - 1401

b) Os efeitos da operação de concentração sobre o mercado alemão (processo C-68/94) ..... I - 1404

c) Os efeitos da operação de concentração sobre o mercado comunitário com exclusão da Alemanha (processos C-68/94 e C-30/95) ..... I - 1410

1) A delimitação do mercado geográfico relevante ..... I - 1410

2) A possibilidade de utilizar o regulamento relativo às operações de concentração para intervir nas posições dominantes colectivas ..... I - 1417

— O elemento literal ..... I - 1419

— Bases jurídicas e vontade do legislador ..... I - 1420

— As garantias processuais ..... I - 1422

— Considerações económicas e finalidades do regulamento ..... I - 1425

3) A utilização errada, no presente processo, do conceito de posição dominante colectiva ..... I - 1428

— O grau de concentração do mercado ..... I - 1431

— Os laços estruturais entre a K+S e a SCPA ..... I - 1432

* Língua original: italiano.

— As características do concorrente eliminado ..... I - 1436
— A posição dos concorrentes ..... I - 1437
— Comparação entre a situação da K+S/MdK e a da SCPA ..... I - 1438
— O poder económico da clientela ..... I - 1440
— As barreiras à entrada ..... I - 1441
— As características do mercado e do produto ..... I - 1442
— A existência de comportamentos paralelos ..... I - 1442
d) A imposição de condições e encargos que se repercutem em terceiros alheios à operação de concentração (processos C-68/94 e C-30/95) ..... I - 1444
1) A possibilidade de aplicar o artigo 8.°, n.° 2, a empresas alheias à operação de concentração ..... I - 1445
2) A natureza adequada das condições impostas no presente processo para a manutenção de uma concorrência efectiva ..... I - 1446
— A condição relativa à retirada da K+S do cartel Kali-Export ..... I - 1447
— A condição relativa à rescisão dos contratos de distribuição entre a K+S e a SCPA ..... I - 1448
Conclusões ..... I - 1449

1. É possível aplicar aos oligopólios as disposições do Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas [1] (a seguir «regulamento»)? E quais são os limites que, à luz das disposições do regulamento, se impõem à Comissão na apreciação da legalidade das operações de concentração?

A ocasião para dar resposta, entre outras, a estas questões, incontestavelmente relevantes para efeitos da aplicação do regulamento, é dada ao Tribunal de Justiça nos processos C-68/94 e C-30/95. Estes recursos — um interposto pelo Governo francês e o outro pela Société commerciale des potasses et de l'azote (a seguir «SCPA») e pela Entreprise minière et chimique (a seguir «EMC») — colocam em discussão, embora sob aspectos em parte diferentes, a legalidade da Decisão 94/449/CE da Comissão, de 14 de Dezembro de 1993 [2] (a seguir «decisão»).

2. Por esta decisão, a Comissão autorizou uma operação, cujo objecto era o agrupa-

1 — JO 1990, L 257, p. 14.

2 — Decisão relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho (Processo n.° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (JO 1994, L 186, p. 38).

mento de actividades na área do potássio e do sal-gema, da sociedade Kali und Salz AG (a seguir «K+S») e da sociedade Mitteldeutsche Kali AG (a seguir «MdK»), numa empresa comum criada pela K+S e pelo Treuhandanstalt. A declaração de compatibilidade ficou, contudo, condicionada ao respeito, por parte destas empresas, de determinadas condições que consistiam, essencialmente, na interrupção das relações comerciais com a SCPA e a EMC.

O recurso da SCPA e da EMC (processo C-30/95) tem precisamente por objectivo obter a anulação da decisão na parte em que prevê essas condições; o recurso do Governo francês (processo C-68/94) diz igualmente respeito a outros aspectos e tem, assim, um alcance mais vasto. Apesar disso, uma vez que os objectivos dos dois recursos só em parte são diferentes e que alguns dos fundamentos invocados e da argumentação desenvolvida são em grande parte concordantes, consideramos possível e mesmo desejável a sua abordagem conjunta, sem prejuízo das distinções que se impõem.

3. Antes de recordar os termos da decisão e proceder, assim, à análise de uma controvérsia que, devido às questões de princípio que suscita, pode constituir uma etapa importante na jurisprudência em matéria de concorrência, consideramos, porém, oportuno recordar a génese do regulamento e as suas características essenciais, bem como o procedimento a seguir para o controlo das operações de concentração. Será assim mais fácil apreender determinados aspectos de carácter geral, que serão depois recordados na análise das diferentes questões relativas à admissibilidade e ao mérito, levantadas pelos recursos em questão.

O regulamento: génese e conteúdo

4. Ao contrário do Tratado CECA (artigo 66.°), o Tratado CE não contém qualquer disposição expressa em matéria de concentração de empresas. Esta lacuna é fruto de uma vontade política precisa no sentido de incentivar o reforço das empresas comunitárias, também através de concentrações. A própria Comissão, num memorando de 1 de Dezembro de 1965, expressou uma posição de princípio favorável às concentrações, na medida em que as entendia úteis para o reforço da indústria europeia, ainda demasiado débil para enfrentar a concorrência nos mercados internacionais. No mesmo memorando, a Comissão afirmou ainda a sua intenção de aplicar às concentrações o artigo 86.° e não o artigo 85.° Esta posição teve o aval do Tribunal de Justiça, que, no acórdão Europemballage e Continental Can/ /Comissão, reconheceu a existência de uma prática abusiva, na acepção do artigo 86.°, quando uma empresa, já em situação de posição dominante, reforça essa posição, por exemplo, por meio de uma fusão, «... ao ponto de o grau de domínio assim atingido prejudicar substancialmente a concorrência...» [3].

3 — Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973 (6/72, Colect., p. 109, n.° 26).

A aplicação do artigo 86.° não podia, porém, representar uma resposta totalmente satisfatória, quanto mais não fosse porque essa disposição só permite uma intervenção *a posteriori* e, portanto, sobre posições dominantes já existentes, enquanto uma regulamentação das operações de concentração deveria sobretudo prevenir os efeitos contrários à concorrência. Pouco depois do acórdão Europemballage e Continental Can/Comissão, a Comissão apresentou, por isso, ao Conselho, uma primeira proposta de regulamento nesse sentido. Por outro lado, a sua prática posterior demonstrou a intenção de retomar a aplicação do artigo 85.° às operações de concentração, utilizando o mecanismo da «apreciação prévia» [4]. Esta tendência parece ter confirmação no acórdão BAT e Reynolds/ /Comissão [5], no qual o Tribunal de Justiça admitiu que a tomada de uma participação minoritária por uma empresa no capital de outra empresa concorrente pode, em determinadas condições, dar lugar a uma restrição incompatível com o artigo 85.°

5. O acórdão acima referido alimentou o debate sobre a questão e deu novo impulso à Comissão, a qual apresentou em 1988 uma nova proposta. Foi com base nesta proposta que o Conselho adoptou o regulamento, cujo texto final não esconde as divergências por vezes profundas que marcaram a fase da sua elaboração [6].

Mesmo com a adopção do regulamento, a apreciação positiva das formas de agrupamentos entre empresas, concebidas como o meio de permitir à indústria europeia fazer face de modo eficaz à concorrência no mercado internacional, não foi abandonada. Efectivamente, nos seus considerandos, é salientado que as operações de concentração, que se intensificariam devido à supressão das fronteiras interiores com vista à realização do mercado único, devem ser apreciadas de modo positivo, uma vez que correspondem às exigências de uma concorrência dinâmica e que, pela sua natureza, contribuem para aumentar a competitividade da indústria europeia, para melhorar as condições do crescimento e para elevar o nível de vida na Comunidade. Porém, o processo de agrupamento e de reestruturação industrial não deve acarretar um prejuízo duradouro para a concorrência, pelo que o direito comunitário deve poder intervir nas «... operações de concentração susceptíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste último» (quinto considerando).

6. O regulamento baseia-se sobretudo no artigo 87.°, na medida em que contém as modalidades de aplicação dos artigos 85.° e

4 — Neste sentido, v., por exemplo, Santamaria: *Diritto commerciale communitario*, Milão, 1995, pp. 92 e segs., que cita como primeiro exemplo desta prática a Decisão 85/78/CEE da Comissão, de 12 de Dezembro de 1984 (Processo Mecaniver — PPG) (JO 1985, L 35, p. 54).

5 — Acórdão de 17 de Novembro de 1987 (142/84 e 156/84, Colect., p. 4487). V., porém, como exemplo da recusa de reconhecer ao acórdão BAT e Reynolds/Comissão um alcance que ultrapasse o caso concreto, entre outros, Bellamy: «Mergers outside the Scope of the New Merger Regulation. Implications of the Philip Morris Judgment», in *Fordham Corp. Law Institute*, 1988, p. 22.

6 — V. o resumo de Frignani-Waelbroeck: *Disciplina della concorrenza nella CE*, Turim, 1996, pp. 685, 686.

86.° Porém, uma vez que, como se pode ler no sexto considerando: «... os artigos 85.° e 86.°... não são... suficientes para impedir todas as operações susceptíveis de se revelar incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado», tem também como base jurídica o artigo 235.°

As operações de concentração são definidas no artigo 3.°, n.° 1, mediante recurso a um conceito alargado que abrange, efectivamente, para além da fusão, situações em que as partes interessadas podem manter a sua autonomia jurídica e mesmo económica [7]. O que caracteriza desde logo uma operação de concentração, para além dos casos de fusão em sentido técnico, é a tomada do controlo, definida no artigo 3.°, n.° 3, como «... a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa...», através, designadamente, de «direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa», ou por intermédio dos «direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa». As operações que entram no âmbito de aplicação do artigo 3.° só são abrangidas pelo regulamento se tiverem «dimensão comunitária» [8]. As outras hipóteses de concentração são, pelo contrário, da competência das autoridades nacionais.

7. O artigo 2.°, n.° 1, exige que a Comissão tenha em conta, para efeitos de apreciação da compatibilidade da operação de concentração, «A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade», bem como uma série de elementos utilizados para comprovar um poder efectivo das empresas em causa sobre o mercado [9]. A enumeração contida nesta disposição deixa uma larga margem de discricionaridade à Comissão, também porque não estabelece uma hierarquia entre os diversos elementos a ter em consideração. É também significativo que o regulamento não contenha presunções de ilegalidade relativas às

7 — Textualmente: «a) Quando duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; ou b) Quando: — uma ou mais pessoas que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou — uma ou mais empresas adquirem directa ou indirectamente, por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controlo do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.»

8 — Esta condição está preenchida «Quando o volume de negócios total realizado à escala mundial por todas as empresas em causa for superior a 5 mil milhões de ecus» ou «Quando o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de ecus», a menos que «cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro» (artigo 1.°, n.° 2).

9 — Trata-se da «... posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência».

quotas de mercado detidas pelas empresas nem critérios matemáticos utilizáveis para a avaliação, contrariamente a outras legislações *antitrust* [10].

O mesmo artigo 2.° prevê, nos n.os 2 e 3, que a apreciação da compatibilidade, efectuada com base nos critérios já referidos, dependerá em última análise da questão de saber se a operação analisada cria ou reforça uma posição dominante «... de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste» [11].

8. No que respeita ao procedimento de controlo, este divide-se em duas fases. Durante a primeira, que tem início com a notificação [12] e dura um mês, a Comissão analisa se a operação de concentração suscita sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum [13]. Se não for o caso ou se a operação não for abrangida pelo regulamento, o procedimento termina na primeira fase por decisão da Comissão [artigo 6.°, n.° 1, alíneas a) e b), do regulamento]. Na ausência de decisão, considera-se que a operação é compatível com o mercado comum (artigo 10.°, n.° 6).

Quando, pelo contrário, a operação suscita sérias dúvidas e a Comissão decide, por isso, dar início ao procedimento formal [artigo 6.°, n.° 1, alínea c), do regulamento], a decisão deve ter lugar no prazo de quatro meses. Se tal não suceder, considera-se que a operação é compatível. A eventual decisão (final) pode declarar a operação compatível com o mercado comum e, se for caso disso, fazê-la depender do respeito de condições e obrigações (artigo 8.°, n.° 2) ou declará-la incompatível. Nesta última hipótese, a Comissão, caso a operação já esteja realizada,

10 — Nos Estados Unidos, o «Merger Guidelines» de 1984 introduziu o designado Herfindhal-Hirschman Index (HHI), que adiciona as quotas de mercado de cada empresa envolvida na operação de concentração, após as ter elevado ao quadrado. Para determinar o aumento efectivo do grau de concentração do mercado em consequência da operação, calcula-se o dobro do produto das quotas de mercado das empresas em causa. Se o índice HHI, após a operação de concentração, for inferior a 1 000, a operação será, em princípio, autorizada. Se estiver compreendido entre 1 000 e 1 800, a operação será analisada e poderá ser proibida se implicar um aumento superior a 100. Por último, se o HHI for superior a 1 800, a concentração pode ser proibida, mesmo que implique um aumento inferior a 50.

11 — O termo «significativos» levantou acesos debates na doutrina: entre as interpretações mais autorizadas, encontra-se a que o liga ao critério «de minimis», no sentido de que só podem ser declaradas incompatíveis as concentrações que tenham efeitos substanciais na concorrência, reduzindo-a de modo significativo e duradouro. V. neste sentido: Langeheine: «Substantive Review under the EEC Merger Regulation», in *Fordham Corporate Law Institute*, 1990, pp. 484 e segs. Sobre este ponto, v. também Bellamy e Child: *Common Market Law of Competition*, 4.ª edição, Londres, 1993, pp. 336 e segs. Quanto ao significado de concorrência efectiva, a jurisprudência do Tribunal de Justiça refere-se às condições reais nas quais a concorrência se desenvolveria na ausência da restrição em questão: v., quanto a este ponto, acórdão de 10 de Dezembro de 1985, ETA (31/85, Recueil, p. 3933, n.° 11). V. também Dechery: «Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations», in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, p. 317, em especial p. 323.

12 — A notificação da operação de concentração deve ter lugar no prazo de uma semana a contar da celebração do acordo ou do anúncio da oferta pública de aquisição ou de troca ou da aquisição de uma participação de controlo.

13 — A apreciação de uma concentração de dimensão «comunitária» pressupõe, evidentemente, a delimitação do sector económico de referência, tanto no que respeita ao produto como relativamente ao sector geográfico a ter em conta. Para este efeito, recorrer-se-á às indicações contidas no formulário CO, previsto no Anexo I do Regulamento (CEE) n.° 2367/90 da Comissão, de 25 de Julho de 1990, relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento (CEE) n.° 4064/89 (JO L 219, p. 5), entretanto revogado e substituído pelo Regulamento (CE) n.° 3384/94 da Comissão, de 21 de Dezembro de 1994 (JO L 377, p. 1). Este formulário indica, com efeito, todas as informações a comunicar à Comissão na notificação.

pode ordenar quaisquer medidas adequadas ao restabelecimento de uma concorrência efectiva (artigo 8.°, n.° 4).

O procedimento e a decisão

9. Em 14 de Julho de 1993, a Comissão foi notificada, nos termos do artigo 4.°, n.° 1, do regulamento, de um projecto de concentração entre a sociedade alemã K+S, filial do grupo químico BASF, e a MdK, sociedade em que estão agrupadas todas as actividades da ex-República Democrática Alemã no sector da extracção e da transformação de potássio e de sal-gema, cujo único accionista é o Treuhand, organismo de direito público encarregado da reestruturação das antigas empresas estatais da RDA.

É útil esclarecer aqui que, aquando da notificação do projecto da operação de concentração, a K+S era, de longe, o mais importante produtor europeu de potássio, com mais de 2 000 000 de toneladas por ano, seguido da MdK com 1 430 000 toneladas por ano. No total, a produção alemã de potássio atingia, assim, no ano que antecedeu a operação de concentração (1992), o nível de 3 500 000 toneladas. Em terceiro lugar, com cerca de 1 000 000 de toneladas por ano, aparecia a produção das Mines de potasse d'Alsace (a seguir «MPA»), propriedade do organismo público francês EMC, o qual, aliás, é titular de 100% do capital da SCPA, sociedade que comercializa os produtos em questão. A seguir, com quantidades de produção inferiores a um milhão de toneladas por ano, encontravam-se três empresas espanholas, recentemente agrupadas num organismo público designado INI, que comercializam os respectivos produtos por intermédio de uma mesma sociedade, a Coposa; e, por último, a sociedade britânica Cleveland Potash Limited (a seguir «CPL»).

10. Com base no projecto de concentração, todas as actividades de extracção e de transformação de potássio e de sal-gema da K+S e da MdK seriam transferidas para a Mitteldeutsche Kali AG GmbH (a seguir «MdK GmbH»), empresa comum da K+S e do Treuhandanstalt. A K+S traria para a empresa comum todas as suas actividades no sector em causa, enquanto o Treuhand entraria com um capital superior a mil milhões de DM. A K+S e o Treuhand seriam titulares, respectivamente, de 51% e de 49% do capital e dos direitos de voto.

Após análise do projecto, a Comissão, em 16 de Agosto de 1993, decidiu dar início ao processo previsto no artigo 6.°, n.° 1, alínea c), do regulamento, na medida em que a operação de concentração levantava sérias dúvidas quanto à respectiva compatibilidade com o mercado comum. Em 14 de Dezembro de 1993, a Comissão adoptou, assim, a decisão

que autorizava a concentração [14], condicionando-a, porém, nos termos do artigo 8.°, n.° 2, do regulamento, a determinados compromissos.

11. O mercado do produto relevante, tal como foi identificado na decisão, diz essencialmente respeito aos produtos à base de sais de potássio para uso agrícola [15]. Trata-se de adubos minerais utilizados directamente ou adicionados ao solo juntamente com outros elementos, designadamente o azoto e o fosfato, no que se designa por fertilizantes compostos. Numa e noutra utilizações, os sais de potássio não podem ser substituídos por outros elementos. No entender da Comissão, estes produtos — qualquer que seja o respectivo conteúdo (diferentes quantidades de potássio), a forma (produto normal ou granulados) ou o destino (agricultura ou indústria para produção de fertilizantes compostos) — são, objectivamente e em grande medida, intersubstituíveis para o utilizador, pelo que podem ser analisados em conjunto [16].

A Comissão identificou, além disso, um segundo mercado relevante, diferente do dos produtos à base de sais de potássio, constituído pelo de todos os produtos que contêm magnésio e verificou, de resto, que neste sector apenas operam essencialmente — no mercado comunitário, entendido no seu conjunto — a K+S e a MdK [17]. Embora chegando à conclusão de que estas sociedades, em consequência da fusão, beneficiariam de uma posição de monopólio no interior da Comunidade, no que respeita ao sulfato de magnésio e à quiserite, e que, assim, a empresa comum a constituir seria, neste mercado em especial, com uma quota de 92%, titular de uma posição dominante [18], a Comissão não extraiu daí, porém, qualquer consequência.

12. No que respeita aos produtos à base de sais de potássio para uso agrícola, nos quais se centra quase inteiramente a decisão, a Comissão fez, por outro lado, uma distinção entre dois mercados geográficos: a Alemanha e o resto a Comunidade [19].

No que respeita ao mercado alemão, a Comissão verificou que a concentração pretendida reforçaria a posição dominante da K+S, criando um monopólio de facto [20]. Tendo tomado conhecimento da insolvabilidade da MdK, que seria obrigada a sair do

14 — O parecer favorável do comité consultivo em matéria de concentração de empresas, emitido por maioria na reunião de 3 de Dezembro de 1993, está publicado no JO 1994, C 199, p. 5.

15 — A Comissão excluiu, efectivamente, que a concentração nos sectores dos produtos industriais à base de potássio e de sal possa conduzir à criação ou ao reforço de uma posição dominante susceptível de obstruir significativamente a concorrência efectiva na Comunidade ou numa parte substancial desta (v. décimo primeiro considerando da decisão).

16 — V. considerandos 13 a 29 da decisão.

17 — V. considerandos 30 e 45 da decisão.

18 — V. considerando 69 da decisão.

19 — V. considerandos 31 a 44 da decisão.

20 — Sem as quantidades destinadas às suas necessidades próprias (que são quase na totalidade constituídas por fornecimentos internos da K+S ao grupo BASF), a quota de mercado da K+S atinge cerca de 79% e a da MdK 19%; a quota de mercado total da MdK GmbH é, assim, de 98% (considerando 46 da decisão).

mercado caso não fosse adquirida a curto prazo por outra empresa, com a consequência de que a sua quota de mercado, em qualquer caso, iria para a K+S, a Comissão concluiu daí que a posição dominante seria também criada em caso de proibição da operação de concentração projectada [21].

Nestas condições, a Comissão entendeu aceitar as teses das partes, baseadas na aplicação da teoria da «failing company defence» (teoria da defesa da empresa em estado de insolvência), com base na qual as autoridades competentes não podem proibir uma operação de concentração se uma das empresas interessadas estiver à beira da falência. À luz da situação que se criaria na Alemanha de Leste em consequência do encerramento da MdK, esta conclusão, ainda no entendimento da Comissão, deve, efectivamente ser julgada coerente com o objectivo do reforço da coesão económica e social da Comunidade, referido no décimo terceiro considerando do regulamento [22].

13. No que respeita ao mercado que abrange todos os Estados-Membros com excepção da Alemanha, a Comissão salientou que, devido à concentração projectada, duas empresas estariam em situação de posição dominante: a K+S/MdK e a SCPA [23].

A apreciação da Comissão baseia-se, por um lado, na ideia de que a oferta proveniente de outros produtores, para além dos dois principais, está fortemente fraccionada e provém de operadores que não estão em condições de atacar as quotas de mercado detidas pelo duopólio [24], e, por outro, na presunção de que não existe concorrência efectiva entre a K+S e a SCPA, quer devido às características do mercado em causa, ao comportamento de ambas as sociedades no passado e, por último, aos seus estreitos laços comerciais [25]. Esses laços consistem essencialmente: a) na colaboração no âmbito do cartel para a exportação constituído pela Kali-Export GmbH, sociedade de direito austríaco com sede em Viena, que coordena a venda dos produtos à base de potássio dos seus associados nos países terceiros (fazem parte deste cartel, cada uma com 25% do capital, a K+S, a MdK, a SCPA e a Coposa), b) no controlo de uma empresa comum no Canadá, a Potacan, de cujo capital a K+S e a EMC/SCPA são titulares, cada uma, de 50%, e c) nas relações antigas com base nas quais a SCPA distribui em França os produtos da K+S.

21 — V. considerando 70 da decisão.

22 — V. considerando 95 da decisão.

23 — Efectivamente, como se esclarece nos considerandos 51 e 52 da decisão, a empresa resultante da fusão das K+S/MdK e a sociedade francesa SCPA assegurariam 80% da produção de sais de potássio na Comunidade (a K+S, 35%, a MdK, 25%, e a SCPA, 20%). Pondo de parte o consumo interno das empresas interessadas, e, assim, apenas com base nas vendas, atinge-se uma quota total de mercado de cerca de 50% (a K+S, 17%, a MdK, 8%, e a SCPA, 25%). Porém, como a SCPA comercializa também grandes quantidades de potássio de outros produtores, também de países terceiros, e tendo em conta todas as vendas controladas pela K+S, pela MdK e pela SCPA nos Estados-Membros com excepção da Alemanha, atinge-se uma quota total de 60% (a K+S, 16%, a MdK, 7%, e a SCPA, 37%).

24 — V. considerandos 54 e 56 da decisão.

25 — V. considerandos 57 a 62 da decisão.

14. Por estas razões, a Comissão considerou, assim, que a operação se traduziria numa posição dominante colectiva no mercado comunitário com excepção da Alemanha, susceptível de afectar significativamente a concorrência. A fim de escapar às consequências negativas que decorrem desta conclusão, as partes aceitaram assumir determinados compromissos, referidos no considerando 63 da decisão, que reproduzimos literalmente:

«— *Kali-Export GmbH, Viena*

A K+S e a empresa comum abandonarão imediatamente a Kali Export GmbH, Viena.

Do mesmo modo, a K+S e a empresa comum rescindirão o contrato de representação existente com a Kali-Export GmbH, de acordo com as regras de rescisão nele previstas. A partir desse momento, a empresa comum concorrerá com a Kali-Export GmbH através de uma rede de distribuição própria.

— *Distribuição*

A K+S e a empresa comum criarão, caso ainda não exista, uma rede de distribuição própria na CE e distribuirão os seus produtos através dessa rede, segundo uma prática comercial normal. Em França, será criada uma rede para distribuição dos produtos à base de potássio, incluindo os produtos especiais à base de potássio, a qual cobrirá todo o território francês e terá uma dimensão de acordo com a importância do mercado francês. Tal será efectuado no respeito do princípio da rentabilidade.

É posto fim à colaboração até aqui existente com a SCPA como parceiro de distribuição. Isto possibilita, por um lado, o cumprimento pela SCPA de contratos já concluídos com os seus próprios clientes e, por outro lado, a criação de uma rede de distribuição própria da empresa comum. É possível uma venda à SCPA, nas condições habituais do mercado.»

15. Tendo tomado nota das dúvidas da Comissão no que respeita aos efeitos negativos da operação de concentração sobre as condições de concorrência na Comunidade, a K+S comprometeu-se, além disso, conforme refere o considerando 65 da decisão, a «... alterar, até 30 de Junho de 1994, a estrutura da Potacan de tal forma que cada parceiro fique com a possibilidade de comercializar no mercado da Comunidade potássio recebido da Potacan, independentemente do outro parceiro».

A este respeito, esclarece-se, contudo, no considerando 67 que: «A Comissão renunciou a exigir uma obrigação formal no caso

do compromisso relativo à Potacan. Limitou-se a tomar conhecimento desse compromisso, partindo do princípio de que a K+S fará todos os possíveis no sentido de chegar a um acordo com a EMC/SCPA, relativamente à reestruturação da Potacan, que satisfaça as exigências acima referidas.» Tendo em conta o facto de que a EMC/SCPA não é parte no processo e de que, por outro lado, a K+S e a EMC notificaram à Comissão, nos termos do Regulamento n.º 17, a constituição da empresa comum Potacan, a Comissão acrescenta que, caso, «apesar de todos os esforços, a K+S não consiga chegar a um acordo com a EMC, terá de ser encontrada uma solução adequada para os problemas de concorrência decorrentes da actual configuração da empresa comum Potacan, no âmbito do processo iniciado nos termos do Regulamento n.º 17/62».

16. Considerando que os compromissos em questão iriam dissolver os laços existentes entre a K+S e a EMC/SCPA, a Comissão adoptou, por isso, uma decisão de compatibilidade, cujo artigo 1.º dispõe: «A operação de concentração proposta entre a Kali und Salz AG, a Mitteldeutsche Kali AG e o Treuhandanstalt é declarada compatível com o mercado comum, na condição de serem cumpridas as obrigações incluídas nos compromissos mencionados no considerando 63 da presente decisão.»

Os dois recursos: termos da questão e plano dos pedidos

17. Como já referimos, a decisão foi objecto de recurso por parte do Governo francês (processo C-68/94 [26]) e da SCPA e da EMC (processo C-30/95 [27]). Estas pedem a anulação parcial do artigo 1.º, na parte em que faz depender a declaração da compatibilidade da operação de concentração das condições referidas no considerando 63. As mesmas sociedades pedem, além disso, a anulação da decisão, na parte em que aceita o compromisso (referido no considerando 65) assumido pela K+S, de alterar, até 30 de Junho de 1994, a estrutura da sociedade Potacan.

Em apoio dos seus recursos, as referidas sociedades adiantam seis fundamentos: nos dois primeiros, alegam que as condições referidas no considerando 63 não têm relação com a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado comunitário; no terceiro, acusam a Comissão de ter aceite o compromisso relativo à Potacan em violação dos seus direitos; nos quarto e quinto fundamentos, as recorrentes alegam que a Comissão cometeu erros de facto e de direito, tanto na determinação do mercado geográfico constituído pelos Estados-Membros, com excepção da Alemanha, como na apreciação da existência de uma pretensa posição dominante colectiva no mesmo mercado; por último, invocam a inaplicabilidade das disposições do regulamento a um caso de posição dominante colectiva.

26 — Neste processo, o Governo alemão interveio em apoio dos pedidos da Comissão.

27 — Neste processo, o Governo francês interveio em apoio dos pedidos das recorrentes, enquanto a K+S e a MdK foram autorizadas a intervir em apoio dos pedidos da Comissão.

18. Consideramos importante recordar que, enquanto o processo estava ainda pendente no Tribunal de Primeira Instância [28], a SCPA e a EMC apresentaram um pedido de suspensão da execução da decisão recorrida, na parte em que impõe à K+S que venda as suas participações e/ou se retire da Kali-Export e ponha termo às relações contratuais de distribuição que a ligam à SCPA, bem como um pedido de suspensão do procedimento instaurado pela Comissão, no âmbito do Regulamento n.° 17, relativamente ao caso Potacan.

Após um primeiro despacho provisório [29], o presidente do Tribunal de Primeira Instância, por despacho de 15 de Junho de 1994 [30], deferiu parcialmente o pedido das sociedades recorrentes, suspendendo a execução do artigo 1.° da decisão na parte em que impõe a retirada da K+S da empresa comum da Kali-Export.

19. Ao contrário das sociedades SCPA e EMC, o Governo francês pede a anulação total da decisão (processo C-68/94). Alega que a Comissão violou a obrigação de manter uma ligação estreita e permanente com as autoridades dos Estados-Membros, imposta pelo regulamento, que a mesma avaliou erradamente os efeitos da operação de concentração sobre o mercado alemão, em especial sob a perspectiva da aplicação ao presente caso da teoria da *failing company defence*, e que fez também uma apreciação errada da operação de concentração no mercado comunitário com excepção da Alemanha.

Com este último fundamento, por sua vez, dividido em várias partes, o Governo francês impugna: a) a delimitação do mercado geográfico relevante constituído pelos Estados-Membros com excepção da Alemanha; b) a aplicabilidade do regulamento relativo às operações de concentração de empresas às posições dominantes colectivas; c) a utilização errada, no presente processo, do conceito de posição dominante colectiva; d) a imposição de condições e encargos a terceiros que não são partes na operação de concentração.

20. É evidente, no que respeita à alegada apreciação errada da operação de concentração sobre o mercado comunitário com excepção da Alemanha, que os argumentos da SCPA e da EMC coincidem quase na totalidade com os avançados pelo Governo francês. Conforme já referimos, isto permite analisar conjuntamente os dois recursos quanto ao mérito, pondo em evidência, se for caso disso, os diferentes argumentos apresentados.

28 — O recurso das sociedades SCPA e EMC foi efectivamente interposto no Tribunal de Primeira Instância e por este remetido ao Tribunal de Justiça, por ali se achar pendente um recurso da mesma decisão interposto pelo Governo francês (processo C-68/94). Na realidade, uma vez que ambas as recorrentes solicitaram que os dois processos fossem apreciados conjuntamente pelo Tribunal de Justiça, o Tribunal de Primeira Instância, por despacho de 1 de Fevereiro de 1995, declinou a sua competência, nos termos do artigo 47.°, terceiro parágrafo, do Estatuto, e remeteu o processo ao Tribunal de Justiça.

29 — Despacho de 10 de Maio de 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote e Entreprise minière et chimique/Comissão (T-88/94 R, Colect., p. II-263).

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

Antes de passar à análise detalhada dos fundamentos de recurso adiantados pelas partes, consideramos, contudo, oportuno fazer alguns breves reparos de carácter geral, na intenção de realçar, para além dos interesses consideráveis em jogo, as implicações de princípio do presente processo.

21. Começaremos por lembrar que, devido à matéria por elas regida, as regras da concorrência deixam, em princípio, uma larga autonomia à autoridade administrativa, à qual compete apreciar as particularidades do caso concreto para adoptar as decisões mais oportunas. Está também assente que a missão do órgão jurisdicional comunitário nesta matéria exige uma determinada margem de apreciação quanto ao valor económico das normas [31].

Estes reparos são válidos, por maioria de razão, em matéria de operações de concentração, cujo controlo, de natureza necessariamente preventiva, exige uma apreciação em si mesma discricionária por parte do órgão que tem de interpretar e aplicar o regulamento. E, com efeito, em todos os sistemas *antitrust*, mesmo naqueles que são dotados de formas de controlo baseadas em dados estruturais (quota de mercado detida pelas empresas interessadas e presunções que daí resultam), verifica-se uma tendência para emitir decisões que se baseiam em elementos qualitativos e que têm em conta as particularidades do caso concreto [32]. A utilização de critérios «qualitativos» não deve, porém, transformar-se numa prática imprevisível que, será inútil negá-lo, teria como consequência imediata reduzir consideravelmente o alcance do controlo da legalidade [33]. Este controlo afigura-se, por outro lado, ainda mais necessário se se tiver em consideração que o desdobramento funcional da Comissão, que, para além do poder de investigação e de instrução, dispõe do poder de decisão, lhe deve impor uma obrigação ainda mais rigorosa de respeito pelos direitos da defesa [34].

22. Formulamos estas observações justamente porque os problemas específicos suscitados no presente processo submetem à análise do Tribunal de Justiça uma questão de natureza geral relativa aos limites do poder discricionário da Comissão [35] e aos

31 — Quanto ao papel do Tribunal de Justiça em matéria de concorrência, continuam a ser de grande utilidade as reflexões de Trabucchi: «Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria sulla concorrenza», in *Rivista di diritto civile*, 1973, I, p. 497 e segs.

32 — V., com referência aos Estados Unidos, Leddy: «The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy», in *ECLR*, 1993, p. 15.

33 — Sob o aspecto da legalidade formal, um controlo desse tipo leva a que se analisem os aspectos relacionados com a competência, a fundamentação, a regularidade processual e o respeito dos direitos da defesa; sob o aspecto da legalidade material, pelo contrário, um controlo desse tipo traduz-se na fiscalização da exactidão da análise económica, do mercado, dos efeitos contrários à concorrência e das consequências jurídicas (no que respeita à qualificação da matéria de facto, por exemplo) que foram extraídos da mesma análise, sem, é certo, afectar a margem de apreciação discricionária da Comissão na aplicação das regras de concorrência. V., sobre este assunto, as exposições de Canivet e Biancarelli in *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 e 23 novembre 1993), Luxemburgo, 1994, pp. 25 a 38 e 55 a 65.

34 — Acórdão de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão (100/80, 101/80, 102/80 e 103/80, Recueil, p. 1825).

35 — A este respeito, salientamos que o acolhimento favorável às operações de concentração, que acima referimos, teve confirmação na abordagem pragmática adoptada pela Comissão na aplicação do regulamento, caracterizada pela preferência pela adopção de soluções «negociadas», em qualquer caso favoráveis aos projectos analisados. Em definitivo, a Comissão recorreu frequentemente ao poder de aprovar as operações mediante a observância de determinadas condições e encargos e, pelo contrário, fez um uso muito limitado do poder de as proibir. Quanto a esta questão, v. Van Bael-Bellis: *Il diritto della concorrenza nella CE*, 1995, pp. 555, 556.

poderes de intervenção da autoridade judicial na matéria.

Convém, por isso, que o Tribunal de Justiça aprecie com a maior atenção as consequências, que designaremos «sistemáticas», que pode ter a sua decisão, em primeiro lugar, no plano da segurança jurídica, da igualdade de tratamento e das garantias dos direitos de terceiros, bem como as suas repercussões na prática futura em matéria de controlo das operações de concentração. A este respeito, não cremos que seja inútil lembrar que o controlo do órgão jurisdicional se mostra essencial para a definição das regras em matéria de operações de concentração; e isto também nos sistemas em que, ao contrário do nosso, há já um critério de avaliação preexistente, que orienta a actividade da autoridade administrativa, tornando a sua prática clara e previsível [36].

23. Nas páginas seguintes analisaremos as questões prévias de inadmissibilidade suscitadas pela Comissão relativamente aos recursos interpostos pelas sociedades francesas (processo C-30/95) e relativas a) à possibilidade de uma anulação parcial da decisão, requerida pelas ditas sociedades, b) à sua legitimidade para agir, c) à possibilidade de impugnar a decisão na parte que respeita ao compromisso assumido pela K+S de alterar a estrutura da Potacan (considerando 65), e, por último, d) ao interesse das recorrentes em agir.

Passaremos seguidamente à análise dos dois processos quanto ao mérito. Em primeiro lugar, abordaremos os dois fundamentos suscitados somente pelo Governo francês, ou seja, a inobservância do dever de manter uma ligação estreita e constante com as autoridades dos Estados-Membros, que incumbe à Comissão nos termos do artigo 19.° do regulamento [a], e a justeza da apreciação da Comissão quanto aos efeitos da operação de concentração sobre o mercado alemão [b]. Seguir-se-á a análise dos fundamentos adiantados em ambos os recursos, no que toca à avaliação dos efeitos da operação de concentração sobre o mercado comunitário com excepção da Alemanha [c]. A este respeito, abordaremos em primeiro lugar os aspectos relativos à delimitação do mercado geográfico relevante [1], passando em seguida à possibilidade de utilizar as disposições do regulamento para intervir nas posições dominantes colectivas [2], bem como à respectiva aplicabilidade ao caso concreto [3], igualmente à luz dos critérios desenvolvidos pela Comissão em anteriores decisões. Por último, abordaremos a questão de saber se é lícito impor condições a terceiros em relação à operação de concentração [d].

I — Quanto à admissibilidade (processo C-30/95)

24. Em primeiro lugar, há que analisar o fundamento das questões prévias de inadmissibilidade suscitadas pela Comissão relativamente ao recurso das sociedades francesas.

36 — V., sobre a experiência dos Estados Unidos, os comentários de Hawk: «Public Private Enforcement of Merger Law in the United States», in *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations* (já referido na nota 33, pp. 81 e segs., especialmente pp. 83, 84), que recorda que «The Legality of Mergers is ultimately determined in the Courts according to the judicial standards developped under Section 7 of the Clayton Act, although the Guidelines are increasingly consulted.»

a) *A anulação parcial*

25. A primeira questão prévia diz respeito ao pedido de anulação parcial da decisão. Efectivamente, a Comissão afirma que, ao fazer desaparecer os elementos em que se baseia a declaração de compatibilidade da operação de concentração com o mercado comum, a anulação de uma ou de todas as condições obrigá-la-ia inevitavelmente à anulação na íntegra da decisão impugnada.

As recorrentes alegam, pelo contrário, que as condições controversas podem ser separadas do restante da decisão, e que a respectiva anulação não teria outro efeito senão o de tornar a decisão incondicional. Acrescentam que, uma vez que não é aplicável ao caso concreto o artigo 8.°, n.° 5, do regulamento, que autoriza a Comissão a revogar a sua decisão em caso de desrespeito de um compromisso pelas partes [37], a situação que a Comissão receia não pode em caso algum ter lugar.

26. Consideramos que esta questão deve ser analisada ao mesmo tempo que o mérito do recurso. Apenas esta solução permitirá, efectivamente, verificar se a eventual anulação das condições é susceptível de ter repercussões no restante da decisão, impondo a anulação total da mesma.

Teoricamente, por outro lado, é possível proceder à «cisão» invocada pelas recorrentes, também à luz do artigo 10.°, n.° 5, do regulamento, que refere expressamente a possibilidade de anulação parcial. Para este efeito, haveria que averiguar se as condições de que a jurisprudência comunitária faz depender o exercício do poder de anulação parcial estão reunidas. Como o Tribunal de Primeira Instância afirmou no acórdão SIV e o./Comissão [38], trata-se «... de verificar se o alcance da parte decisória da decisão, lido à luz dos fundamentos desta, é susceptível de ser objecto de uma limitação *ratione materiae, ratione personae* ou *ratione temporis*, de modo a que os seus efeitos sejam limitados sem que, no entanto, a sua substância seja alterada...». No âmbito desta análise, há que averiguar se, como refere o Tribunal de Justiça, «é possível uma anulação parcial e se se justifica pela circunstância de que se trata de uma decisão favorável, no seu conjunto, aos interesses das empresas em causa» [39].

27. Como já referimos, a fixação das condições de que depende a compatibilidade da operação de concentração baseia-se na consideração de que, para a Comissão, a operação de concentração provocaria, no mercado comunitário com excepção da Alemanha, a

37 — Nos termos desta disposição: «A Comissão pode revogar a decisão por ela tomada ao abrigo do n.° 2: a) Quando a declaração de compatibilidade tiver sido fundada em informações inexactas, sendo por estas responsável uma das empresas envolvidas, ou quando tiver sido obtida fraudulentamente; ou b) Se as empresas envolvidas não respeitarem uma das obrigações previstas na sua decisão.»

38 — Acórdão de 10 de Março de 1992 (T-68/89, T-77/89 e T-88/89, Colect., p. II-1403, n.° 320).

39 — Acórdão de 23 de Outubro de 1974, Transocean Marine Paint/Comissão (17/74, Recueil, p. 1063, n.° 21, Colect., p. 463).

criação de um duopólio susceptível de afectar a concorrência, que apenas o respeito daquelas condições pode impedir. Para anular parcialmente a decisão, será, assim, necessário demonstrar a falta de fundamento desta tese, ou seja, que, uma vez que a operação de concentração não tem o efeito avançado pela Comissão, não é necessário impor condições desse tipo para declarar a operação compatível.

Isto confirma que a questão prévia só pode ser analisada juntamente com o mérito do recurso. Deve salientar-se desde já que a eventual anulação parcial pode implicar, no máximo, a aplicação do artigo 10.°, n.° 5, do regulamento [40], ou seja, o reinício dos prazos e uma nova análise por parte da Comissão.

b) *A legitimidade para agir*

28. A Comissão afirma, além disso, que a decisão impugnada não diz directa e individualmente respeito às recorrentes. Argumentos análogos foram avançados pelas sociedades K+S e MdK, que entendem ser as únicas destinatárias das condições impostas pela decisão.

Parece-nos manifesto que a questão prévia não tem fundamento. Dado que as sociedades francesas impugnam uma decisão de que formalmente não são destinatárias, há que averiguar se a mesma lhes diz directa e individualmente respeito, como exige o artigo 173.° Saliente-se, em primeiro lugar, que é seguro que a decisão recorrida diz *directamente* respeito às recorrentes, uma vez que o prejuízo alegadamente sofrido pelas sociedades francesas resulta da mesma decisão.

29. Quanto à necessidade de a decisão lhes dizer individualmente respeito, deve recordar-se que, segundo jurisprudência constante, «Os particulares que não sejam destinatários de uma decisão só podem afirmar que esta lhes diz individualmente respeito se os afectar devido a certas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim os individualiza de maneira análoga à do destinatário» [41]. No caso concreto, é evidente que a situação de facto das recorrentes as caracteriza de forma nítida relativamente a qualquer outra pessoa.

Em primeiro lugar, é significativo que as recorrentes tenham sido ouvidas durante a fase pré-contenciosa do processo. Resulta, efectivamente, da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância sobre a legitimidade de terceiros para agir em matéria de concorrência,

40 — Textualmente: «Quando o Tribunal de Justiça profira um acórdão que anule no todo ou em parte uma decisão da Comissão tomada ao abrigo do presente regulamento, os prazos fixados no presente regulamento começarão de novo a correr a contar da data em que o acórdão foi proferido.»

41 — Acórdãos de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, Colect. 1962-1964, p. 279, em especial p. 284); de 19 de Maio de 1993, Cook/Comissão (C-198/91, Colect., p. I-2487); e de 28 de Outubro de 1993, Zunis Holding e o./Comissão (T-83/92, Colect., p. II-1169, n.° 36).

de direitos *antidumping* e de auxílios que as pessoas a quem um regulamento ou o próprio Tratado conferem o direito de tomar parte num procedimento administrativo têm legitimidade para propor uma acção «... destinada a salvaguardar os seus legítimos interesses» [42].

30. Em segundo lugar, a situação da concorrência num dos dois mercados julgados relevantes e os efeitos da operação de concentração foram apreciados pela Comissão, tendo essencial e especificamente em conta a situação da EMC/SCPA, enquanto elemento de um duopólio com a K+S [43].

31. Em terceiro lugar, todas as condições impostas às empresas envolvidas na operação de concentração para que a mesma pudesse ser declarada compatível dizem directa e quase exclusivamente respeito aos interesses das recorrentes e são susceptíveis de afectar de forma substancial a sua posição no mercado [44]. Percebe-se imediatamente que, ao condicionar a adopção de uma decisão relativa a uma empresa à alteração ou mesmo à cessação das relações contratuais ou sociais com uma sociedade terceira, se está a influenciar de modo significativo a actividade dos dois sujeitos em causa e não apenas a do primeiro.

32. A este respeito, os argumentos adiantados pela Comissão também não podem ser considerados procedentes. Quanto à SCPA, não pode ser-lhe validamente negada toda a legitimidade para agir, pelo facto de a outra sociedade que faz parte do cartel de exportação Kali-Export, a sociedade espanhola Coposa, ser igualmente atingida pela decisão.

Em primeiro lugar, a decisão diz directa e especificamente respeito à SCPA também pelas outras condições nela previstas, condições essas que, pelo contrário, não afectam mais ninguém; isto basta para caracterizar a sua situação em relação a qualquer outra pessoa, individualizando-a de maneira análoga ao destinatário do acto. Em segundo lugar, não é possível impedir uma pessoa que é indiscutivelmente (e individualmente) afectada por uma decisão de agir na protecção dos seus interesses, unicamente porque outra pessoa se encontra em situação análoga.

33. Dar acolhimento à tese que acima criticámos pode ofender o direito à protecção jurisdicional. Por outro lado, não nos parece também ser esta tese apoiada por uma interpretação correcta da jurisprudência relativa

42 — Acórdãos de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão (26/76, Colect., p. 659, n.º 13), de 4 de Outubro de 1983, FEDIOL/Comissão (191/82, Recueil, p. 2913, n.ºs 28 e segs.), e de 28 de Janeiro de 1986, Cofaz/Comissão (169/84, Colect., p. 391, n.º 23). Da jurisprudência mais recente, v. acórdãos de 18 de Maio de 1994, BEUC e NCC/Comissão (T-37/92, Colect., p. II-285, n.º 36), e de 24 de Janeiro de 1995, BEMIM/Comissão (T-114/92, Colect., p. II-147, n.º 26).

43 — Acórdãos de 6 de Novembro de 1990, Weddel/Comissão (C-354/87, Colect., p. I-3847, n.ºs 20 a 23), e de 19 de Maio de 1994, Air France/Comissão (T-2/93, Colect., p. II-323, n.º 45), no qual o Tribunal de Primeira Instância julgou admissível o recurso da Air France de uma decisão da Comissão relativa a uma operação de concentração entre duas das suas concorrentes, também devido à circunstância de que «... a situação concorrencial nos dois mercados identificados como sendo os mercados em causa, na sequência da operação de concentração, foi apreciada pela Comissão, tendo em conta sobretudo a situação da Air France».

44 — V., embora com referência a um caso concreto diferente, o acórdão Cofaz/Comissão (já referido na nota 42, em especial n.ºs 28 e 29).

ao artigo 173.°, quarto parágrafo, do Tratado. Efectivamente, nada, a não ser uma leitura demasiado restritiva [45], permite pensar que o requisito de o acto dizer «directa e individualmente» respeito se refere a uma única pessoa e não pode ser preenchido por vários sujeitos, que podem ser identificados exacta e concretamente, desde que a medida lhes diga imediatamente respeito. Para fazer surgir o direito de acção, é necessário, na realidade, que esse requisito seja respeitado, ou seja, que a situação do interessado seja caracterizada especificamente e de maneira que o distinga em relação a qualquer outra pessoa, condição essa que, no caso concreto, não se pode contestar de forma séria.

34. Além disso, saliente-se que, no caso concreto, o nexo de causalidade está também estabelecido, na acepção de que a situação das recorrentes foi tida especificamente em conta, a ponto de ser determinante para a decisão da instituição e de constituir a razão de ser do acto na parte impugnada [46]. Por outras palavras, os elementos de facto do processo salientam a caracterização não fortuita da situação das recorrentes.

35. Por último, a remissão da Comissão para o acórdão Zunis Holding e o./Comissão do Tribunal de Primeira Instância [47] não parece relevante. No entender da instituição recorrida, o simples facto de ser accionista de uma sociedade envolvida numa operação de concentração não basta para caracterizar a situação de facto de maneira análoga à do destinatário de uma decisão, para efeitos do direito de acção.

A este respeito, salientaremos desde logo que os princípios referidos no acórdão Zunis Holding e o./Comissão eram válidos para as sociedades recorrentes, que eram accionistas das sociedades directamente envolvidas na operação de concentração, e por isso estavam numa situação absolutamente diferente da da EMC e da SCPA no processo agora em causa. Além disso, no mesmo acórdão, o Tribunal de Primeira Instância de modo algum declarou que o facto de ser titular de um lote de acções não basta para caracterizar a situação de uma pessoa, na acepção do artigo 173.°, como afirma a Comissão, antes se limitando a salientar que, para este efeito, a possível incidência de um acto sobre as relações existentes entre os accionistas de uma sociedade não é suficiente e que, pelo contrário, é necessário que existam circunstâncias específicas susceptíveis de demonstrar que o acto diz «directa e individualmente respeito» à situação de um de entre eles. E entre estas circunstâncias, também com base numa leitura mais atenta do acórdão já referido, não seria despropositado incluir o alcance específico da participação [48].

36. As observações que acabámos de fazer são válidas tanto para a SCPA como para a EMC. Por outro lado, esta última é também

45 — Como o Tribunal de Justiça esclareceu no acórdão Plaumann/Comissão (já referido na nota 41), «A letra e o sentido gramatical da referida disposição justificam a interpretação mais ampla. Aliás, as disposições do Tratado relativas ao direito de acção dos particulares não podem ser interpretadas restritivamente» (Colect. 1962-1964, p. 283).

46 — V., a este respeito, Barav e Vandersanden: *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruxelas, 1977, p. 172.

47 — Acórdão já referido na nota 41.

48 — V. acórdão Zunis Holding e o./Comissão (já referido, n.os 34 a 36), bem como Cook-Kerse, *EC Merger Control*, Londres, 1996, p. 200 a 201.

identificada pela Comissão como destinatária da condição relativa à Kali-Export. Na realidade, apesar de apenas a SCPA ser parte na sociedade em questão, a decisão diz directamente respeito conjuntamente à EMC/ /SCPA, que são, assim, tratadas — correcta ou erradamente — como uma única pessoa [49]. Consequentemente, afigura-se, no mínimo, abusivo tentar, como faz a Comissão, separar a posição da EMC da da SCPA, para excluir a legitimidade para agir; e isto mesmo pondo de parte o facto de que a EMC alegou ter sofrido um prejuízo «autónomo» relativamente à SCPA, sobretudo em consequência da dissolução do cartel de exportação. Esta dissolução priva-a, efectivamente, da rede de venda para países terceiros, obstando, assim, à «grande» exportação da sua parte.

Quase não valerá a pena acrescentar ainda que todas as considerações até aqui desenvolvidas sobre a questão prévia da inadmissibilidade relativa às condições subjectivas do recurso do acto é igualmente válido para rejeitar a argumentação das intervenientes baseada, sobretudo, na falta de interesse em agir das recorrentes.

c) *A possibilidade de impugnação do considerando relativo à Potacan*

37. Na última questão prévia que suscita, a Comissão considera que a parte da decisão relativa à estrutura da Potacan não é recorrível, na medida em que não pode produzir efeitos jurídicos obrigatórios, susceptíveis de afectar os interesses das recorrentes.

A este respeito, salientaremos em primeiro lugar que, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, para averiguar se um acto é recorrível na acepção do artigo 173.°, há que ter em conta a sua substância e analisar se o mesmo se destina a produzir efeitos jurídicos obrigatórios, susceptíveis de afectar os interesses do recorrente, alterando de modo sensível a sua situação jurídica [50].

38. Ora, é certamente singular que, ao mesmo tempo que instaurou um procedimento *ad hoc* para apreciar a compatibilidade da Potacan com o mercado comum à luz do artigo 85.° do Tratado, a Comissão tenha em vista, ou antes sugira, uma solução já no contexto que aqui nos ocupa, incentivando de facto uma das empresas envolvidas na operação de concentração a fazer «... todos os possíveis no sentido de chegar a um acordo com a EMC/SCPA, relativamente à reestruturação da Potacan...», que satisfaça as exigências colocadas pela Comissão. Quanto à correcção de uma abordagem deste tipo, que,

49 — V. considerando 60 da decisão.

50 — Em matéria de concorrência, v. acórdãos de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie/Comissão (53/85, Colect., p. 1965), e de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão (60/81, Recueil, p. 2639); de modo mais geral, quanto ao conceito de acto recorrível na acepção do artigo 173.°, v., no sentido do texto, acórdãos de 16 de Junho de 1993, França/ /Comissão (C-325/91, Colect., p. I-3283, n.° 9), e de 23 de Novembro de 1995, Nutral/Comissão (C-476/93 P, Colect., p. I-4125, n.° 28).

com toda a clareza, dá origem a uma mistura de procedimentos que, tendo embora objecto e partes diferentes, acabam por se influenciar mutuamente, apenas podemos ter grandes dúvidas.

Dito isto, é necessário, contudo, reconhecer que a parte do acto aqui analisada não parece obedecer às condições impostas pelo artigo 173.° para que um acto possa ser recorrível; mais exactamente, não é susceptível de produzir efeitos jurídicos obrigatórios em relação às recorrentes.

39. Na decisão referida, na parte aqui analisada, a Comissão apenas regista um compromisso assumido pela K+S, embora por aquela sugerido expressamente, no sentido de resolver o problema da Potacan através de um acordo com a EMC. Além disso, não ficou a cargo desta empresa qualquer obrigação de promover negociações e, menos ainda, de aceitar as propostas adiantadas pela K+S. A parte da decisão em questão pode, quando muito, produzir um efeito, embora indirecto, como já atrás salientámos, sobre o procedimento instaurado nos termos do Regulamento n.° 17 [51]; mas trata-se de consequências que, mesmo que efectivamente se verificassem, não teriam qualquer relevância para apreciar se o acto objecto do presente processo é ou não recorrível.

Também não nos parece possível invocar validamente no presente processo a solução adoptada no acórdão pasta de papel [52], no qual o Tribunal de Justiça equiparou uma declaração de compromisso por parte das empresas recorrentes, para efeitos da possibilidade de recurso judicial da mesma, a injunções destinadas a pôr termo a uma infracção prevista no artigo 3.° do Regulamento n.° 17. Mesmo abstraindo das diferenças entre os dois processos, é de notar que a premissa desta solução, ou seja, que as recorrentes apenas se limitaram a dar a sua anuência a uma decisão que a Comissão tinha poderes para adoptar unilateralmente, não se verifica no processo que analisamos.

40. Consequentemente, sugerimos que seja julgada procedente a questão prévia suscitada pela Comissão e pelas sociedades intervenientes e que, relativamente ao aspecto que analisámos, seja julgado inadmissível o recurso interposto pelas sociedades francesas.

d) *A falta de interesse em agir*

41. As sociedades intervenientes invocam, por último, a inadmissibilidade do recurso das sociedades francesas também sob a óptica da ausência de interesse em agir, na medida

51 — Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

52 — Acórdão de 31 de Março de 1993, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão (C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 e C-129/85, Colect., p. I-1307, n.° 181).

em que as mesmas já deram cumprimento integral aos compromissos que foram objecto das condições da decisão.

A este respeito, saliente-se, em primeiro lugar, que, no plano processual, a questão é inadmissível, uma vez que, na argumentação apresentada pela Comissão, não lhe é feita qualquer referência. Esta questão está, em qualquer caso, prejudicada pelo princípio enunciado pelo Tribunal de Justiça, nos termos do qual, em aplicação do artigo 176.° e mesmo no caso de se mostrar impossível a execução da obrigação imposta por esta disposição, «... ainda assim o recurso de anulação conservaria um interesse enquanto fundamento para uma eventual acção de indemnização» [53].

II — Quanto ao mérito

42. Na apreciação do mérito da causa, analisaremos em primeiro lugar os fundamentos adiantados pelo Governo francês relativos, por isso, ao processo C-68/94. Mais exactamente, começaremos por apreciar o correcto fundamento da invocada violação do dever de colaboração com as autoridades nacionais [a], passando em seguida à análise das acusações relativas à apreciação da operação de concentração sobre o mercado alemão [b]. Por último, estudaremos os aspectos relacionados com a pretensa apreciação incorrecta da operação de concentração sobre o mercado comunitário com excepção do mercado alemão [c], incluindo a questão da legalidade da imposição de condições e de encargos que se repercutem em terceiros estranhos à operação de concentração [d], aspectos suscitados em ambos os recursos e que, consequentemente, serão abordados em conjunto no que respeita aos argumentos comuns.

a) *O desrespeito do dever de colaboração com as autoridades nacionais* (processo C-68/94)

43. Neste fundamento, o Governo francês acusa a Comissão de não respeitar, sob vários aspectos, o princípio, constante do artigo 19.° do regulamento, que a obriga a manter uma relação estreita e constante com as autoridades dos Estados-Membros. Em especial, alega que os dados relativos à repartição das vendas dos diferentes operadores em cada Estado-Membro e, no que diz respeito à SCPA, à distinção entre as vendas dos seus próprios produtos e as vendas de produtos de outras empresas — dados que julga essenciais para apreciar com conhecimento de causa tanto as objecções formuladas pela Comissão às partes notificantes como o projecto de decisão — só foram comunicados aos Estados-Membros na reunião do comité consultivo de 3 de Dezembro de 1993. Efectivamente, o Governo francês só recebeu uma resposta parcial, por telefone, em 5 de Novembro de 1993, às suas reiteradas solicitações nesse sentido. Por último, afirma que a incorrecção do número relativo às vendas da SCPA na Bélgica e no Luxemburgo, conforme foi comunicado pela Comissão ao

53 — Acórdão de 5 de Março de 1980, Könecke/Comissão (76/79, Recueil, p. 665, n.° 9).

comité consultivo, impediu que os representantes dos Estados apreciassem correctamente a operação [54].

A Comissão recorda, em primeiro lugar, que o princípio da colaboração estreita e constante com os Estados-Membros, prevista no artigo 19.°, n.os 1 e 2, do regulamento, não constitui um princípio geral e absoluto, mas deve antes ser conciliado com o respeito tanto dos prazos particularmente curtos para o processo de controlo (artigo 10.° do regulamento) como do segredo profissional, invocado no caso concreto precisamente no que respeita às vendas realizadas nos diversos países. Em segundo lugar, compete à Comissão, nos termos do regulamento, decidir quais os documentos mais importantes para efeitos da respectiva transmissão às autoridades dos Estados-Membros. Em qualquer caso, no presente processo, tanto as autoridades dos Estados-Membros como o comité consultivo, no entender da Comissão, dispuseram de todas as informações necessárias a uma apreciação ponderada do impacto da operação de concentração projectada sobre a concorrência. Por último, o número errado salientado pelo Governo francês, que, aliás — e manifestamente —, não pode ser senão um grosseiro erro de impressão, não pode, em qualquer hipótese, ser considerado como susceptível de contrariar a análise do comité consultivo.

44. Em primeiro lugar, é útil lembrar que o artigo 19.° do regulamento impõe que a Comissão transmita «... no prazo de três dias úteis às autoridades competentes dos Estados-Membros cópias das notificações, bem como, no mais breve prazo, os documentos mais importantes que tenha recebido ou que tenha emitido em aplicação do presente regulamento» (artigo 19.°, n.° 1). Além disso, determina que a Comissão conduzirá os processos referidos «... em ligação estreita e constante com as autoridades competentes dos Estados-Membros, que estão habilitadas a formular quaisquer observações sobre esses processos» (artigo 19.°, n.° 2). O referido artigo prevê, no que aqui nos interessa, a participação de representantes das autoridades nacionais num comité consultivo *ad hoc*, encarregado de emitir um parecer com base num «... resumo do processo com indicação dos documentos mais importantes e um anteprojecto de decisão...» (artigo 19.°, n.° 5).

Ora, está assente no presente processo que a Comissão transmitiu aos interessados, em tempo útil, conforme determina o artigo 19.°, n.° 1, quer as objecções dirigidas às partes que notificaram o projecto (14 de Outubro de 1993) quer o projecto de decisão relativo à operação de concentração projectada (26 de Novembro de 1993), projecto esse que continha, entre outros, os dados relativos às quotas detidas pelos operadores do sector no mercado comunitário; por outro lado, em 5 de Novembro de 1993, foram comunicados ao Governo francês, a seu pedido, mas, é certo, por via telefónica, determinados dados relativos ao volume de vendas de diversos operadores em cada Estado-Membro. Está também assente que os dados reclamados pelo Governo francês só foram comunicados, na totalidade, a todos os Estados-Membros, na reunião do comité consultivo de 3 de

54 — O total das vendas da SCPA na Bélgica e no Luxemburgo era, na realidade, de 22 000 toneladas, enquanto os documentos comunicados pela Comissão referiam 221 000 toneladas.

Dezembro de 1993, e que um dos dados em questão, relativo às vendas da SCPA na Bélgica e no Luxemburgo, era incorrecto.

45. Nestas condições, há que averiguar se, conforme afirma o Governo recorrente, a comunicação extemporânea dos dados relativos ao volume de vendas de potássio, acrescendo ao carácter incorrecto de um de entre eles, implica violação do dever que incumbe à Comissão de colaborar com as autoridades nacionais.

A este respeito, começaremos por salientar que a comunicação extemporânea destes dados, no caso concreto, não pode ser justificada nem pelo interesse na confidencialidade invocado pelas empresas envolvidas na operação de concentração, senão os mesmos dados não deveriam ter sido comunicados, mesmo com atraso [55], nem por uma remissão geral para o poder discricionário que a Comissão tem de decidir quais os documentos mais importantes na acepção do artigo 19.°, n.° 1, do regulamento. É certo que a comunicação dentro do prazo não é uma finalidade em si mesma, mas é necessária para garantir a correcta tramitação do processo. Nesta perspectiva, o que importa é verificar se os dados aqui referidos eram essenciais para a apreciação dos efeitos contrários à concorrência da operação de concentração e se a sua comunicação extemporânea era susceptível de falsear o processo.

55 — A própria Comissão afirma nos seus articulados que se tratava, na maior parte, de dados estatísticos fáceis de encontrar e que, em qualquer caso, o artigo 19.° do regulamento garante aos Estados-Membros o acesso ao processo.

46. Confessamos que temos algumas dúvidas sobre se os dados relativos ao volume e à repartição das vendas dos diferentes operadores do sector, certamente importantes para se ter uma visão completa dos efeitos da operação de concentração, devem ser incluídos entre os documentos mais importantes na acepção do artigo 19.°, n.° 1, do regulamento. Sobre esta questão, consideramos que não é destituído de fundamento afirmar, como a Comissão, que os dados relativos às quotas de mercado detidas por cada operador, contidos no projecto de decisão, eram suficientes para apreciar com completo conhecimento de causa a operação de concentração projectada.

Em qualquer caso, tendo em conta os prazos particularmente curtos em que deve ter lugar a decisão da Comissão, bem como a circunstância de que esses dados foram comunicados ao Governo francês por telefone em 5 de Novembro, consideramos que a Comissão não pode ser acusada de ter violado, relativamente à França, as obrigações que lhe impõe o artigo 19.°, n.os 1 e 2, do regulamento. A isto acresce que a comunicação extemporânea das mesmas informações não pode ser considerada, por si só, susceptível de tornar a decisão inválida, uma vez que, pelo contrário, é necessário, para esse efeito, que a irregularidade invocada implique violação das formalidades essenciais. A este respeito, recordamos que, nos termos da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, «Para que uma... violação dos direitos da defesa conduza a uma anulação, torna-se... necessário que, se essa irregularidade não se tivesse verificado, o resultado tivesse sido diferen-

te» [56]. Ora, no caso concreto, o Governo recorrente de modo nenhum demonstrou que a decisão da Comissão teria sido diferente na ausência da alegada violação do dever de colaboração constante com as autoridades nacionais; limita-se a afirmar que essa possibilidade não pode ser posta de parte.

47. Falta analisar a circunstância, também salientada pelo Governo francês, de que o comité consultivo só recebeu todos os dados relevantes, entre os quais o dado incorrecto, na reunião de 5 de Dezembro, por isso, no dia em que tinha de emitir o seu parecer. O artigo 19.°, n.° 5, do regulamento exige, porém, que o projecto de decisão e todos os documentos mais importantes sejam comunicados ao comité consultivo no momento da convocatória, ou seja, pelo menos catorze dias antes da reunião em que o parecer é emitido [57].

A acusação em questão, que, como a Comissão salientou, diz sobretudo respeito às modalidades de convocação e de consulta do comité consultivo, não parece poder ter consequências substanciais sobre a decisão recorrida. Em primeiro lugar, com efeito, não pode menosprezar-se a circunstância de o comité consultivo, composto por peritos do sector, não ter formulado qualquer objecção a esse respeito. Em segundo lugar, o Governo recorrente de modo nenhum demonstrou que uma comunicação dos dados em questão dentro dos prazos e a ausência de erro quanto a um de entre eles levaria o comité consultivo a adoptar um parecer diferente; e ainda menos que a decisão final da Comissão teria sido diferente [58]. Pelo contrário, os argumentos adiantados pela Comissão a este respeito, que não foram contestados, parecem afastar essa eventualidade.

b) *Os efeitos da operação de concentração sobre o mercado alemão* (processo C-68/94)

48. O Governo francês adianta dois fundamentos relativamente à apreciação da operação de concentração sobre o mercado alemão: por um lado, acusa a Comissão de, no caso concreto, ter aplicado erradamente o que se designa por teoria da *failing company*

56 — Acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, Colect., p. I-959, n.° 48). No mesmo sentido, v., entre outros, acórdãos de 10 de Julho de 1980, Distillers Company/Comissão (30/78, Recueil, p. 2229, n.° 26), e de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (234/84, Colect., p. 2263, n.° 30).

57 — O artigo 19.°, n.° 5, prevê, porém, que a Comissão pode reduzir «... de forma apropriada tal prazo com vista a evitar a ocorrência de um prejuízo grave para uma ou mais empresas envolvidas numa operação de concentração».

58 — A este respeito, não é inútil recordar que «... A Comissão tomará na máxima consideração o parecer do comité. O comité será por ela informado da forma como esse parecer foi tomado em consideração» (artigo 19.°, n.° 6). A Comissão pode, contudo, não seguir o parecer do comité, ou rever a sua própria posição e adoptar uma decisão final diferente do projecto de decisão submetido para parecer ao comité. Nesta matéria, o caso que levou à Decisão 94/208/CE da Comissão, de 31 de Janeiro de 1994, que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum (Processo n.° IV/M.315 — Mannesmann/Vallourec/Ilva) (JO L 102, p. 15), parece-nos exemplar. Efectivamente, neste processo, o projecto de decisão sobre o qual o comité consultivo emitiu o seu parecer apontava no sentido da incompatibilidade da operação de concentração com o mercado comum (v. parecer do comité consultivo, JO 1994, C 111, p. 6), enquanto a decisão final da Comissão foi em sentido oposto, sem que se saiba se foi em consequência da opinião minoritária de uma parte dos membros do comité consultivo. Sobre a questão em discussão no texto, v. ainda, no que respeita ao comité consultivo instituído com base no Regulamento n.° 17, o acórdão de 10 de Julho de 1991, Radio Telefis Eircann/Comissão (T-69/89, Colect., p. II-485, n.os 21 a 27).

defence, nos termos da qual a aquisição de uma empresa em situação de (pré)falência deve, em determinadas condições, ser autorizada, por não criar problemas de concorrência; por outro lado, acusa a Comissão de não ter feito depender de qualquer condição, relativamente ao mercado em questão, a autorização para a operação de concentração, embora isso conduzisse à criação de um verdadeiro monopólio (98%) da empresa comum sobre o mesmo mercado.

49. Quanto à primeira acusação, lembramos, em primeiro lugar, que a legislação *antitrust* americana admite, embora dentro de limites estritos a fim de evitar abusos, a possibilidade de ser autorizada a aquisição de uma empresa insolvente, na condição de as empresas que são partes na operação de concentração poderem demonstrar, como se se tratasse da aplicação do teste da proporcionalidade, que: a) a empresa objecto de aquisição está numa situação que torna provável a sua falência próxima; b) a mesma é incapaz de se reestruturar com hipóteses de êxito, na acepção do capítulo 11 do Bankruptcy Act; c) não existem outras soluções menos prejudiciais para as condições da concorrência do que a da operação de concentração; d) a empresa «insolvente» desaparecerá do mercado se a operação de concentração não for efectuada [59].

Como expressamente salientou na sua decisão, a Comissão não aplicou a teoria em causa *telle quelle*, antes introduzindo as suas próprias valorações. Em particular e embora inspirando-se na referida teoria, baseou-se nos três critérios seguintes: 1) a MdK teria desaparecido do mercado se não tivesse sido retomada por outra sociedade; 2) a K+S teria, de qualquer modo, absorvido a quota da MdK após a sua saída do mercado; 3) não existiam outras possibilidades menos prejudiciais para a concorrência.

50. O Governo francês contesta essencialmente a opção da Comissão de recorrer a uma teoria elaborada num e para outro regime, alterando parcialmente os seus critérios. Em especial, alega que a Comissão não teve em conta os critérios da teoria americana referidos nas alíneas a) e b); que introduziu arbitrariamente o critério da absorção das quotas de mercado; por último, que não demonstrou de forma bastante que a MdK seria, em qualquer hipótese, obrigada a sair do mercado, nem que não existiam outras possibilidades.

Embora admitindo, por outro lado, a oportunidade de ter em consideração, na apreciação de uma operação de concentração, o objectivo da coesão económica e social referido nos artigos J.2 e J.3 do Tratado, também recordados no décimo terceiro considerando do regulamento [60], o Governo francês afirma que isso não devia em caso algum traduzir-se

59 — V., sobre as «Guidelines» de 1992, Leddy (já referido na nota 32).

60 — Recorde-se que este considerando prevê que: «... a Comissão deverá enquadrar a sua apreciação no âmbito geral da realização dos objectivos fundamentais referidos no artigo 2.° do Tratado, incluindo o objectivo de reforço da coesão económica e social da Comunidade referido no artigo 130.°-A do Tratado».

na negação do objectivo essencial do controlo das operações de concentração, que consiste na protecção da concorrência.

51. Ora, é certo que os critérios à luz dos quais deve ser apreciada a compatibilidade das operações de concentração com o mercado comum, como os estabelecidos pelo regulamento, são inspirados por uma concepção rigorosamente económica, centrada, por isso — e essencialmente —, em considerações de protecção da concorrência [61]. Apesar disso, é também certo que o décimo terceiro considerando, como reconhece o Governo francês, revela a significativa atenção dada às exigências da coesão económica e social, justificando, desse modo, a tomada em consideração de objectivos considerados também fundamentais pelo Tratado, embora dentro dos limites em que a protecção da concorrência não seja posta em causa.

É óbvio, por outro lado, que não se pode ver um motivo para a invalidade da decisão no facto de a Comissão se ter inspirado numa teoria elaborada noutro sistema, embora alterando parcialmente os seus critérios de aplicação. O que importa aqui é que essa teoria não seja contrária ao regulamento, que a análise efectuada segundo a mesma na decisão não esteja errada e, em definitivo, que os critérios utilizados tenham sido correctamente aplicados.

52. Conforme resulta da decisão, a Comissão considerou que uma argumentação baseada na teoria da *failing company defence* pode efectivamente ser tida em conta «... nos termos do n.° 2 do artigo 2.° do regulamento relativo à concentração de empresas, sob o ponto de vista *da causalidade de uma concentração de empresas para a criação ou o reforço de uma posição dominante...*» [62].

Nesta perspectiva, a impugnada introdução do critério segundo o qual há que analisar se a empresa que procede à aquisição obteria, em qualquer caso, a quota de mercado da empresa adquirida, tem precisamente como objectivo demonstrar que o reforço da posição dominante seria inevitável, na acepção de que este teria lugar mesmo que a operação de concentração fosse proibida.

53. A este respeito, salientamos em primeiro lugar que a impermeabilidade demonstrada pelo mercado alemão e o facto, também salientado na decisão, de que a K+S pode aumentar a produção sem aumentar os custos e conseguir ser o único fornecedor no mercado alemão levam inevitavelmente à conclusão de que a quota de mercado da

61 — V. artigo 2.°, n.° 3. A prática da Comissão parece ter seguido esta direcção. Efectivamente, até à decisão recorrida no presente processo, não se registaram decisões em que as considerações de tipo social invocadas tenham prevalecido sobre a exigência de preservar a concorrência. A este respeito, recorde-se a decisão Aérospatiale-Alenia/de Havilland, na qual a Comissão não aceitou o argumento das partes baseado na eliminação provável do mercado da sociedade de Havilland, julgando-a, de facto, improvável, na hipótese de a operação de concentração não ser aprovada [Decisão 91/619/CEE da Comissão, de 2 de Outubro de 1991 (Processo n.° IV/M.053 — Aérospatiale-Alenia/de Havilland) (JO L 334, p. 42)].

62 — N.° 71 da decisão; sublinhado nosso.

MdK, na hipótese do seu desaparecimento do mercado, passaria para a K+S; por outro lado, isto não é contestado de forma séria mesmo pelo Governo francês.

O Governo francês impugna antes a aplicação do mesmo critério, afirmando que, dessa forma, se permite que uma empresa já em situação de posição dominante reforce a sua posição, tendo em conta apenas a possibilidade de que, de qualquer forma, num futuro próximo, ela acabaria por obter a quota da outra empresa presente no mercado, o que leva demasiado longe e contraria o objectivo de protecção da concorrência. Esta afirmação, em si mesma inegável, abstrai, porém, do facto de que o critério em questão pressupõe que estejam preenchidas duas outras condições: que a empresa em questão esteja, em qualquer caso, destinada a desaparecer do mercado e que não existam outras soluções de aquisição menos prejudiciais para a concorrência.

54. Quanto aos dois últimos critérios, o Governo francês afirma, como já referimos, que não foram correctamente aplicados no caso concreto. No que se refere, designadamente, ao provável desaparecimento da MdK do mercado, o Governo francês alega que a Comissão de modo algum demonstrou a impossibilidade de manter a MdK como empresa pública, por exemplo, através de auxílios compatíveis com os artigos 92.° e 93.° do Tratado.

Este argumento não merece o nosso acordo. Efectivamente, é certo que o Treuhand, o organismo público encarregado da privatização das empresas da ex-RDA e proprietário da MdK, está presente na empresa que foi criada pela operação de concentração, com 49% do capital, e, consequentemente, o Treuhand (e, portanto, o Estado) deu e continuará a dar a esta empresa um auxílio importante. É também certo, contudo, que a análise da Comissão se baseia nas seguintes circunstâncias: a) as perdas consideráveis da MdK não podem ser permanentemente cobertas pelo Treuhand, através de auxílios públicos, na medida em que se trata de uma solução que, em qualquer caso, é incompatível com o disposto no Tratado sobre os auxílios de Estado; b) os custos de uma eventual reestruturação seriam, em qualquer hipótese, superiores aos auxílios previstos pela operação de concentração; c) a declaração do Treuhand, no âmbito das privatizações que está a levar a cabo, nos termos da qual fará cessar todas as actividades da MdK caso não encontre uma empresa privada disposta a retomá-las. Foi, por isso, em função das circunstâncias particulares do caso concreto (privatização de uma empresa do Estado que não pode ser considerada como viável segundo os princípios normais de avaliação aplicáveis às sociedades) que a Comissão considerou ter provas que demonstravam suficientemente que a MdK estava destinada a desaparecer do mercado a médio prazo.

55. Por último, consideramos que a análise da Comissão é de partilhar também no que se refere à ausência de outras soluções menos prejudiciais para a concorrência. Não foi, efectivamente, impugnado, conforme bem demonstram os documentos relativos ao processo de privatização remetidos pelo Treuhand à Comissão, que todas as empresas que manifestaram interesse na aquisição da MdK

renunciaram posteriormente a essa operação. Além disso, a Comissão realizou um inquérito adicional e, em especial, comunicou às empresas interessadas o montante exacto dos auxílios de que a operação de concentração iria beneficiar, auxílios esses que seriam, assim, concedidos também no caso de aquisição por uma empresa privada. Apesar disso, nenhuma empresa se declarou disposta a adquirir a MdK.

Nestas condições, a conclusão a que a Comissão chegou parece-nos ser de subscrever. Falta, porém, analisar o facto de a Comissão não ter considerado como alternativa possível a proposta apresentada pelo grupo Peine, após a celebração do acordo sobre o contrato de fusão, para aquisição da mina de Bischofferode, ou seja, uma das quatro minas da MdK em actividade. Isto deveu-se ao facto de a mina de Bischofferode não constituir uma parte significativa da MdK, bem como a razões que têm a ver com questões de emprego.

56. Este último aspecto que, por outro lado, acabou por assumir um peso importante na aplicação da teoria da *failing company defence* também nos Estados Unidos [63], é, em nosso entender, determinante, em especial, em função das exigências da coesão económica e social que já várias vezes referimos.

A especificidade do âmbito em que se inserem as operações de concentração, que abrange inevitavelmente problemas de política industrial, pode muito bem permitir, também à luz dos objectivos de reforço da coesão económica e social referidos nos artigos 2.° e 130.°-B do Tratado, que sejam correctamente tidas em consideração questões relativas ao emprego e, de modo geral, de natureza social na apreciação das operações de concentração. Isto é válido, pelo menos, nos casos em que, como o presente, as diversas soluções apresentam diferenças consideráveis justamente em termos de possibilidades de emprego [64].

57. A este respeito, recorde-se, além disso, que, em dois acórdãos recentes, embora o contexto e os objectivos fossem diferentes, tratando-se, mais exactamente, da análise do direito de acção reconhecido aos representantes sindicais dos trabalhadores das empresas envolvidas na operação de concentração, o Tribunal de Primeira Instância afirmou também que, na aplicação do regulamento, a atenção dada à protecção da concorrência no âmbito da apreciação da compatibilidade de uma operação de concentração pode muito bem ser conciliada com a adequada tomada em consideração das respectivas consequências de ordem social, na perspectiva do artigo 2.° do Tratado. Neste sentido e no entendimento do Tribunal de Primeira Instância, a Comissão pode analisar se a operação de

63 — A teoria da «failing company defence» tem origem em preocupações de política económica e de eficácia das empresas. Posteriormente, contudo, surgiram, na respectiva aplicação, considerações de natureza política e social, ligadas, entre outras coisas, à exigência de salvaguardar o emprego. V., relativamente a este ponto, o acórdão United States/General Dynamics Corp., 415, US 486, 507 (1974); e Areeda Turner, já referido, vol. IV, 1980, p. 941.

64 — No caso concreto, enquanto a operação de concentração implica uma actividade que representa no total 3 000 empregos, a proposta do grupo Peine limitava-se à aquisição de uma actividade que abrangia apenas 536 empregos, ou seja, 18% dos empregos garantidos pela operação de concentração. O equilíbrio entre os objectivos de política da concorrência e outros objectivos do Tratado, embora da competência, sobretudo, do legislador, não é também alheio à jurisprudência do Tribunal de Justiça: v., por exemplo, acórdão Europemballage e Continental Can/Comissão (já referido na nota 3), bem como o acórdão de 18 de Março de 1980, Valsabbia e o./Comissão (154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78, 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 e 85/79, Recueil, p. 907).

concentração pode ter efeitos sobre a situação dos trabalhadores nas empresas visadas, «... capazes de afectar o nível ou as condições do emprego na Comunidade ou numa parte substancial da mesma» [65]. O Tribunal de Primeira Instância não deixou de invocar, nos mesmos acórdãos, o décimo terceiro considerando, já referido, do regulamento.

Por último, é significativo que, no presente processo, a protecção do emprego se situe num contexto mais alargado, caracterizado pela necessidade de colmatar as deficiências estruturais da Alemanha de Leste, onde está estabelecida a MdK. Mesmo sob este aspecto, por isso, a decisão está, certamente, em conformidade com o objectivo da coesão económica e social referido no décimo terceiro considerando.

58. A segunda acusação formulada pelo Governo francês, estreitamente ligada à que acabamos de analisar, é relativa, como já dissemos, ao facto de a Comissão não ter feito depender de qualquer condição e/ou de encargos a autorização para a operação de concentração no que respeita ao mercado alemão, apesar da criação, por esse motivo, de um monopólio sobre o mesmo mercado (98% do mercado). Em especial e no critério do Governo francês, a Comissão deveria ter feito depender a apreciação da compatibilidade de um compromisso preciso, por parte das empresas, no sentido de deixarem o mercado alemão aberto à concorrência, segundo o modelo da decisão Nestlé/ /Perrier [66].

A Comissão responde que a decisão Nestlé/ /Perrier de modo algum é relevante, na medida em que, no presente processo, a abertura do mercado à concorrência não depende da estrutura do mesmo, como no referido processo, mas sim do comportamento dos compradores e, portanto, da procura e não da oferta. Salienta, por outro lado, que o Governo francês não esclareceu quais os compromissos que poderiam ser impostos à K+S e à MdK para «abrir o mercado à concorrência».

59. Ora, é sem dúvida certo que, como o Governo francês afirma, não lhe compete propor soluções a este respeito, dado que se trata de uma competência da Comissão, na qualidade de órgão encarregado da aplicação da legislação *antitrust*. Apesar disso, a ausência de sugestões da sua parte apenas indica a dificuldade de encontrar condições a que devesse ser sujeita a operação de concentração sobre o mercado alemão, que permitissem abri-lo à concorrência.

A este respeito, basta salientar que, mesmo querendo considerar que para abrir o mercado alemão à concorrência, apesar das

65 — Acórdãos de 27 de Abril de 1995, CCE de la Société générale des grandes sources e o./Comissão (T-96/92, Colect., p. II-1213, n.os 28 e 29), e CCE de Vittel e o./Comissão (T-12/93, Colect., p. II-1247, n.os 38 e 39).

66 — Decisão 92/553/CEE da Comissão, de 22 de Julho de 1992, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (Processo n.º IV/M.190 — Nestlé/ /Perrier) (JO L 356, p. 1).

particularidades referidas pela Comissão, há, em qualquer caso, que actuar sobre a sua estrutura, não é menos verdade que não é aplicável uma solução como a adoptada no processo Nestlé/Perrier. Efectivamente, como já referimos, no presente processo, não existiam outras soluções de aquisição. Nestas condições, não consideramos que as objecções do Governo recorrente sejam susceptíveis de contrariar as apreciações da Comissão.

60. Em definitivo, tendo também em conta as considerações acima referidas no que respeita às particularidades sócio-económicas do caso concreto, propomos que o Tribunal de Justiça julgue improcedente o fundamento em questão, uma vez que a apreciação dos efeitos da operação de concentração sobre o mercado alemão, levada a cabo pela Comissão, deve ser aprovada na sua totalidade.

c) *Os efeitos da operação de concentração sobre o mercado comunitário com exclusão da Alemanha* (processos C-68/94 e C-30/95)

61. Tanto o Governo francês (processo C-68/94) como a SCPA e a EMC (processo C-30/95) impugnam a decisão na parte que diz respeito à apreciação da operação de concentração em relação ao segundo mercado geográfico relevante, ou seja, o que abrange todos os Estados-Membros com exclusão da Alemanha. Na realidade, as acusações das recorrentes referem-se à própria delimitação deste mercado, à possibilidade de aplicar o regulamento às posições dominantes colectivas, à incorrecta utilização, no presente caso, do conceito de posição dominante colectiva e, por último, à imposição de condições e encargos a terceiros alheios à operação de concentração.

É útil esclarecer que, dado a argumentação adiantada pela SCPA e pela EMC estar, na sua maioria, compreendida nos argumentos invocados pelo Governo francês (que, contudo, fez uma apresentação mais alargada e detalhada dos mesmos), na exposição que se segue referir-nos-emos, em especial, aos argumentos do Governo francês. Bem entendido, não deixaremos de salientar as especificidades de cada um dos recursos em questão.

1) *A delimitação do mercado geográfico relevante*

62. A individualização da Comunidade (com excepção da Alemanha), como constituindo o segundo mercado geográfico a ter em consideração na apreciação da operação de concentração, não está, no entendimento do Governo e das empresas recorrentes, suficientemente fundamentada e baseia-se numa análise incorrecta e, em todo o caso, parcial dos elementos a ter em consideração. Em especial, o Governo francês salienta que os critérios utilizados pela Comissão para delimitar o mercado geográfico aqui em questão, caso estivessem em conformidade com os habitualmente utilizados na aplicação do regulamento, tê-la-iam levado a negar a existência de um mercado único constituído

pelos restantes Estados-Membros da Comunidade. Trata-se, efectivamente, de um mercado muito heterogéneo, por variadas razões.

A Comissão responde afirmando que definiu legítima e correctamente o conjunto da Comunidade, com exclusão da Alemanha, como um mercado geográfico distinto, tendo optado por essa definição em função do caso concreto, em especial, da natureza e das características do produto em causa. Por essa razão e no entendimento da Comissão, não tem grande relevância a remissão para os critérios utilizados noutros processos.

63. Saliente-se, em primeiro lugar, que a definição do mercado geográfico relevante, condição necessária e prévia a qualquer análise de um comportamento pretensamente contrário à concorrência, reveste uma importância ainda maior quando, como no presente processo, se pretende demonstrar a existência de uma posição dominante [67].

Embora seja indiscutível que a Comissão tem um largo poder discricionário nesta matéria, é evidente que compete, em qualquer caso, ao órgão jurisdicional comunitário verificar a exactidão e o correcto fundamento da análise efectuada na decisão, na qual se baseia a declaração da existência de uma posição dominante colectiva no mercado comunitário com exclusão da Alemanha [68].

64. Deve esclarecer-se que o regulamento não fornece indicações claras sobre a definição do mercado geográfico relevante, e apenas no artigo 9.°, n.° 7, aborda os critérios necessários para apreciar se existe um mercado distinto no interior de um Estado-Membro e, por isso, se estão preenchidas as condições para que a Comissão remeta para as autoridades competentes desse Estado a análise de uma operação de concentração notificada. Estes critérios foram retomados na secção 5 do formulário CO [69]: «O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições de concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas vizinhas devido ao facto, em especial, de as condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas. Os factores que interessam para a apreciação do mercado geográfico relevante incluem a natureza e características dos produtos ou serviços em causa, a existência de obstáculos à entrada ou de preferências dos consumidores, diferenças consideráveis das partes de mercado das empresas entre áreas vizinhas ou diferenças substanciais de preços.»

67 — Em relação à noção de mercado relevante *tout court*, o Tribunal de Primeira Instância salientou no acórdão de 21 de Fevereiro de 1995, SPO e o./Comissão (T-29/92, Colect., p. II-295), que este aspecto é mais importante para efeitos de aplicação do artigo 86.° do que para a aplicação do artigo 85.° Os comentários formulados nessa ocasião parecem-nos também aplicáveis à posição dominante que resulta de uma operação de concentração.

68 — Acórdão vidro plano (já referido na nota 38, n.° 360).

69 — Formulário CO, previsto no Regulamento n.° 2367/90 (já referido na nota 13).

Entre os elementos a ter em consideração, segundo o que é determinado no formulário CO que acabamos de recordar, não existe, assim, qualquer ordem de importância que permita considerar como predominante um de entre eles ou, em qualquer caso, mais significativo que os outros. Consequentemente, e embora não aceitando a pretensão da Comissão de considerar irrelevantes para o presente processo os critérios aplicados nas decisões anteriores, há que considerar que estes constituem apenas um elemento de referência, dado que a justeza e a coerência das decisões da Comissão devem ser apreciadas relativamente ao contexto particular em que cada caso concreto se inscreve.

65. Assim sendo, passemos à análise dos diferentes argumentos invocados. Em primeiro lugar, no critério das recorrentes, a Comissão considerou como sendo homogéneo um mercado composto por países sem qualquer produção interna (Bélgica, Países Baixos, Dinamarca, Grécia), por países produtores em que a produção é estruturalmente superior ao consumo (Espanha, Reino Unido) e por outros nos quais o consumo é estruturalmente superior à produção (França). A isto acresce que as estratégias de compra dos Estados-Membros importadores são substancialmente diferentes, pelo que a quase totalidade das trocas intracomunitárias é composta por fluxos de sentido único e não por trocas recíprocas, as quais normalmente caracterizam um mercado verdadeiramente homogéneo.

No entendimento do Governo francês, a Comissão fez, assim, uma amálgama de situações completamente diferentes, quando só poderia estabelecer uma determinada homogeneidade relativamente aos países não produtores. Outra prova da falta de homogeneidade do mercado considerado resulta, no seu entender, da análise das quotas de mercado dos fornecedores, que variam consideravelmente de um país para outro, bem como da concentração da oferta. Mesmo a análise das características da procura confirma, segundo o Governo recorrente, a inexistência, no caso concreto, de um mercado geográfico constituído pelo conjunto dos Estados-Membros com exclusão da Alemanha. Efectivamente, a apreciação da Comissão quanto à possibilidade de substituição dos produtos está, em seu critério, errada, dado que a escolha dos produtos à base de potássio depende da natureza geológica do solo, da superfície agrícola, dos hábitos dos consumidores e das políticas agrícolas, bem como da presença de indústrias de potássio no território [70].

66. A Comissão responde que a circunstância de incluir num mesmo mercado países produtores e países não produtores não implica de modo algum uma delimitação errada do mercado geográfico relevante, do mesmo modo que a presença de um único produtor num Estado-Membro não é de forma alguma decisiva. Por outro lado, a existência de fluxos comerciais de sentido único não exclui a homogeneidade do mercado em questão, com a qual, segundo a doutrina económica, é perfeitamente compatível. Em seu entender, não é possível chegar a conclusão diferente a partir das diferentes estratégias de compra dos Estados-Membros

70 — As empresas recorrentes parecem, pelo contrário, estar de acordo com a Comissão quanto à natureza substituível dos produtos, mas alegam que isso depende do modo como se definir o mercado do produto em causa e não tem, por isso, qualquer relevância para a determinação do mercado geográfico em questão.

importadores e menos ainda tendo em atenção as quotas de mercado detidas nos diferentes países pelos principais operadores, dado estas não constituírem um factor decisivo na determinação do mercado relevante, pois podem depender, por exemplo, de barreiras comerciais preexistentes ou de hábitos dos consumidores.

Quanto às características da procura dos produtos em questão, a Comissão considera que as teve suficientemente em consideração e verificou, por um lado, um elevado grau de capacidade de substituição, dado que em nenhum país, com excepção da Alemanha, os utilizadores têm uma preferência nítida pelos produtos locais e, por outro lado, a capacidade de todos os produtores comunitários de potássio de produzir os diferentes tipos deste produto. Ao contrário de outros casos em que se verificou uma preferência de consumidores por marcas conhecidas [71] ou por produtos nacionais [72], ou uma procura extremamente débil num mercado em fase de arranque [73], não existe, assim, no presente processo, qualquer elemento susceptível de demonstrar que a estrutura da procura é reveladora de mercados nacionais distintos.

67. Em segundo lugar, segundo os recorrentes, a análise dos custos de transporte e dos preços no interior do mercado de referência, conforme foi efectuada pela Comissão, não é inteiramente fiável. No que respeita aos primeiros, a Comissão não procedeu, na realidade, a qualquer análise, limitando-se a afirmar, de modo apodíctico, que os custos de transporte não constituem obstáculo aos fluxos comerciais.

Quanto à averiguação dos preços do potássio no interior da Comunidade, foi também insuficiente: a Comissão não procedeu, como deveria ter feito, à análise comparativa dos preços praticados pelos diferentes operadores em cada Estado-Membro. Para provar a ausência de diferenças essenciais do nível dos preços nos diferentes países em causa, a Comissão apresentou estatísticas com mais de cinco anos e, por isso, sem valor.

68. A Comissão rejeita as críticas formuladas em relação à sua análise, referindo que a ausência de fluxos de trocas entre países produtores e países importadores nem sempre, nem necessariamente, é causada pelos custos de transporte. Por outro lado, a presença de trocas entre determinados países não limítrofes (Alemanha e Portugal, Espanha e Bélgica, Alemanha e Irlanda) e, em contrapartida, a ausência de fluxos entre Estados vizinhos (Grã-Bretanha e Países Baixos) demonstram, em seu entender, que os custos de transporte não são de modo algum proibitivos. A este respeito, a Comissão recorda as considerações desenvolvidas na decisão impugnada (considerando 42), que, segundo afirma, salientam que o nível destes custos não é susceptível de obstar aos fluxos comerciais no que respeita ao mercado geográfico em questão.

71 — Decisão 91/403/CEE da Comissão, de 29 de Maio de 1991 (Processo n.º IV/M043 — Magneti Marelli/CEAc) (JO L 222, p. 38).

72 — Decisão da Comissão de 6 de Novembro de 1990 (Processo n.º IV/M004 Renault/Volvo) (JO C 281, p. 2).

73 — Decisão Nestlé/Perrier (já referida na nota 66).

Quanto aos preços praticados nos Estados-Membros com exclusão da Alemanha, a Comissão salienta que não são sensivelmente diferentes. Efectivamente, a diferença máxima de preços no interior da Comunidade é de 10%, enquanto na Alemanha vai até 20%.

69. Por último, no entendimento das empresas e do Governo recorrentes, a Comissão deveria, na apreciação do projecto da operação de concentração, pelo menos, ter isolado os mercados francês e espanhol, os quais, devido às suas características particulares, apresentam condições de concorrência que não são semelhantes às dos outros parceiros comunitários. Em especial, no entendimento do Governo francês, o mercado espanhol apresenta características análogas às do mercado alemão, enquanto o mercado francês está numa situação muito especial, determinada por uma produção inferior ao consumo e pela presença de um único grande operador.

O próprio facto de não ter separado o mercado dos dois Estados em questão do do resto da Comunidade acaba, no entendimento dos recorrentes, por falsear completamente a análise das condições de concorrência antes e após a operação de concentração, dando uma falsa imagem das relações de força entre a K+S e a SCPA.

70. A Comissão recorda que a presença de fluxos comerciais importantes, mesmo de sentido único, a ausência de diferenças sensíveis entre os preços e a capacidade de substituição dos diferentes produtos à base de potássio só podem levar a incluir também a Espanha e a França no mercado comunitário com exclusão da Alemanha, tanto mais que os métodos de distribuição utilizados nestes dois países são idênticos aos empregues no resto da Comunidade (com excepção da Alemanha).

No que respeita à França, a Comissão contesta, por outro lado, que as condições de concorrência no mercado deste país sejam diferentes das do resto da Comunidade e esclarece que não se pode atribuir qualquer importância, para este efeito, ao facto de a K+S e a SCPA/EMC terem mantido, de modo artificial, o mercado francês separado do mercado comunitário. Com efeito, isto não altera de modo algum a homogeneidade fundamental dos dois mercados, que resulta de factores objectivos.

71. Assim sendo, começaremos por salientar que o carácter unilateral dos fluxos comerciais, também aceite pela Comissão, é incontestavelmente um factor importante para determinar o mercado geográfico relevante, na medida em que pode levar a presumir a presença de barreiras à entrada dos diferentes países, susceptíveis de obstar à comercialização dos produtos e de demonstrar, por essa forma, a existência de mercados

nacionais [74]. Esta questão merecia, por isso, ser aprofundada pela Comissão, que, pelo contrário, se limitou a salientar a presença de fluxos comerciais importantes entre os Estados-Membros em questão.

Ficamos, também, algo surpreendidos ao constatar que a Comissão não teve em conta que os importadores mais importantes do sector tinham e têm quotas de mercado importantes nos seus próprios países e sensivelmente diferentes nos outros, e que a Comissão deu pouca importância ao grau de concentração da oferta.

72. As lacunas que acabámos de salientar não são, contudo, susceptíveis de invalidar a apreciação da Comissão, que parece basear-se em elementos objectivos que, no essencial, não foram impugnados.

Em primeiro lugar, não parecem reunidas no presente processo as condições para considerar que a estrutura da procura revela a existência de mercados nacionais distintos, tanto mais que no conjunto da Comunidade com exclusão da Alemanha existe uma elevada capacidade de substituição dos produtos à base de potássio e não existem preferências particulares dos consumidores por produtos especiais que só podem ser comprados aos produtores locais.

73. Quanto à avaliação do custos de transporte, elemento em geral considerado um dos factores mais significativos para definir a noção de mercado relevante, como o Tribunal de Justiça declarou no processo Suiker Unie e o./Comissão [75], é certo que a Comissão se contentou frequentemente com afirmações genéricas [76]. Contudo, não se nos afigura que as objecções do Governo recorrente consigam demonstrar que as diferenças de custos são susceptíveis de representar «barreiras à entrada»: efectivamente, sabe-se que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os custos de transporte diferentes só são relevantes para este efeito se forem «discriminatórios» [77].

Idêntico reparo pode valer no que respeita à análise dos preços dos produtos em questão, que constituem outro factor importante a ter em consideração, segundo o parecer da Comissão em processos anteriores [78]. Efectivamente, se é certo que as únicas informações fornecidas pela instituição para demonstrar a ausência de diferenças sensíveis de

74 — Por outro lado, *a contrario*, a reciprocidade das correntes de trocas foi sempre considerada pela Comissão como um indício importante, embora não decisivo, da pertença a um mesmo mercado geográfico: v. decisão Mannesmann/ /Vallourec/Ilva (já referida na nota 58, considerandos 33 a 37). Sobre este ponto, no mesmo sentido, v. Cook e Kerse (já referido na nota 48, pp. 145 e segs.).

75 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1975 (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.° 372).

76 — Afirma, por exemplo, na decisão, que os «... custos do transporte... têm tendência a apresentar-se de forma diferente... Afigura-se, contudo, que o preço do transporte não atinge níveis susceptíveis de poderem impedir os fluxos comerciais na CE com exclusão da Alemanha» (n.° 42 da decisão).

77 — V. acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/ /Comissão (27/76, Colect., p. 77, n.os 52 e 53).

78 — V., por exemplo, decisão Magneti Marelli/CEAc (já referida na nota 71).

preços de Estado para Estado consistem em alguns dados estatísticos, provenientes da FAO e relativos ao período de 1987-1989, bem como na indicação dos preços praticados pela K+S, em 1992, na Bélgica, nos Países Baixos e na Alemanha, é também verdade que nem o Governo francês nem as empresas recorrentes opuseram à análise da Comissão elementos que comprovem o contrário. Afirmaram antes a ausência de uma diferença substancial entre os preços, atribuindo-a, contudo, à transparência do mercado e não à sua homogeneidade.

74. Se se acrescentar às considerações que antecedem que as recorrentes não impugnaram a uniformidade essencial dos métodos de distribuição adoptados nos diferentes Estados, uniformidade que é susceptível de excluir a existência de barreiras à entrada semelhantes às que existem na Alemanha, a análise da Comissão tem de ser considerada exacta, no essencial, e suficientemente fundamentada.

Também não seria possível chegar a conclusão diferente a partir dos argumentos adiantados pelo Governo francês para demonstrar que a França e a Espanha constituem mercados autónomos, que não podem ser juntos aos restantes países comunitários, embora a posição da Comissão não seja isenta de algumas contradições.

75. A este respeito, há que reconhecer, efectivamente, que, na análise do que se designou por «barreiras à entrada» [79], a existência do monopólio legal da SCPA (mesmo limitado ao trânsito das importações provenientes de países terceiros), considerado pela Comissão como uma importante barreira à entrada do território francês [80], não é de modo algum tido em seguida em consideração para determinar se a França pode ou não constituir um mercado distinto. Esta incoerência também não se pode explicar, como pretende a Comissão, através da distinção entre barreiras que fazem obstáculo ao comércio intracomunitário e barreiras que entravam as trocas com países terceiros. Efectivamente, afigura-se, no mínimo, duvidoso que o monopólio de distribuição da SCPA produza efeitos ao nível da entrada de produtos de países terceiros no mercado dos outros Estados-Membros, uma vez que determinados dados fornecidos pelo Governo francês, e não contestados pela Comissão, demonstram o contrário [81].

As contradições que acabámos de salientar não parecem, contudo, suficientes para justificar que se aceite a tese do Governo francês: efectivamente e de acordo com as apreciações da Comissão, que não foram impugnadas, tanto a França como a Espanha, no plano da concorrência, apresentam características análogas ao restante mercado comunitário no que respeita à capacidade de substituição dos produtos, à abertura dos mercados (confirmada pelos volumes significativos das importações), ao nível dos preços e aos sistemas de distribuição. Mesmo em relação a

79 — Entre as barreiras à entrada, os monopólios públicos de distribuição ocupam um lugar importante: v., por exemplo, decisão da Comissão de 29 de Abril de 1991 (Processo n.° IV/M.063 — ELF/Ertoil) (JO C 124, p. 13).

80 — V. n.° 53 da contestação.

81 — Recordados no n.° 78 da réplica.

estes dois países, por isso, existem elementos suficientes para considerar correcta a opção da Comissão de os incluir no mercado de todos os Estados-Membros com excepção da Alemanha.

76. À luz das considerações que antecedem, consideramos que a delimitação do mercado geográfico efectuada na decisão deve ser partilhada nas suas linhas essenciais e, nomeadamente, nas conclusões.

A Comissão poderia e deveria talvez ter justificado de maneira mais precisa as suas apreciações, que, analisadas mais de perto, não se mostram isentas de algumas aproximações. Contudo, não nos parece que uma certa homogeneidade das condições de concorrência no mercado constituído por todos os Estados-Membros com exclusão da Alemanha possa ser fundadamente impugnada nem, sobretudo, que as objecções do Governo francês consigam convencer do contrário. Convém não esquecer, por outro lado, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a «homogeneidade» das condições de concorrência para os efeitos que aqui nos interessam não significa uma perfeita igualdade de condições nas diferentes partes do território considerado como mercado relevante. O que importa é, sobretudo, que as condições de concorrência sejam suficientemente homogéneas para não serem discriminatórias [82], isto é, que sejam susceptíveis de permitir aos operadores económicos concorrer em pé de igualdade.

77. No presente processo, não se nos afigura que os argumentos do Governo recorrente permitam considerar como não homogéneas, na acepção referida, as condições de concorrência no interior do mercado definido pela Comissão como relevante. Nestas condições, propomos que o Tribunal considere improcedente o fundamento adiantado pelo Governo francês.

2) *A possibilidade de utilizar o regulamento relativo às operações de concentração para intervir nas posições dominantes colectivas*

78. As condições de que a decisão faz depender a autorização para a operação de concentração analisada, recorde-se, tinham precisamente como objectivo, conforme a análise efectuada pela Comissão, eliminar as bases de um domínio em regime de oligopólio no mercado em causa por parte da K+S e da SCPA.

Tanto o Governo francês como a SCPA e a EMC, que, de qualquer forma, impugnam a existência no presente caso de uma posição dominante colectiva, alegam que o regulamento nem sequer se aplica a hipóteses deste tipo.

82 — Acórdão United Brands/Comissão (já referido na nota 77, n.os 44, 52 e 53).

79. Os recorrentes afirmam, com efeito, que não é possível, desde logo, sob o ponto de vista teórico e em geral, recorrer ao conceito de posição dominante colectiva no âmbito da aplicação das regras sobre o controlo das operações de concentração. Os motivos são numerosos:

— Em primeiro lugar, o elemento literal é-lhe contrário: o artigo 2.° do regulamento, ao contrário do artigo 86.° do Tratado («... uma ou mais empresas...»), não prevê expressamente a hipótese de uma posição dominante colectiva.

— Em segundo lugar, nem as bases jurídicas do regulamento — os artigos 235.° e 87.° do Tratado — nem a intenção do legislador permitem a aplicação das disposições relativas às operações de concentração a situações de posição dominante em regime de oligopólio.

— Por último, encontra-se outra confirmação nas garantias processuais proporcionadas aos terceiros pelo regulamento; em especial, as empresas que fizessem parte de uma posição dominante colectiva, mas não da operação de concentração, teriam meios de protecção insuficientes.

80. A isto responde a Comissão o seguinte:

— O teor do regulamento, em especial, o facto de não prever expressamente a hipótese de uma posição dominante exercida por «uma ou mais empresas», não permite de modo algum excluir a respectiva aplicação às hipóteses da constituição ou do reforço de posições dominantes colectivas. A este respeito, não é destituído de importância que o artigo 2.°, n.° 3, estabeleça uma ligação entre a posição dominante e a operação de concentração, e não com as empresas interessadas, tomando em consideração as respectivas consequências sobre a concorrência efectiva.

— As bases jurídicas do regulamento referem que o seu objectivo é colmatar uma lacuna deixada nas regras de concorrência pelos artigos 85.° e 86.° no que respeita ao controlo da posição dominante em regime de oligopólio. Nada nos trabalhos preparatórios nem nas declarações recordadas pelo Governo francês permite considerar que o Conselho pretendeu excluir a aplicação do regulamento para condenar ou eliminar as posições dominantes colectivas.

— Uma decisão que autorize uma operação de concentração vincula única e exclusivamente as empresas notificantes. Uma vez que o acto que põe termo ao procedimento instaurado nos termos do

regulamento não pode causar qualquer prejuízo a terceiros, mesmo que façam parte da posição dominante colectiva em questão, é inadequado falar em ausência ou insuficiência de garantias para os terceiros. Em qualquer caso, as modalidades processuais de aplicação do regulamento protegem amplamente os direitos e os interesses dos terceiros.

— A possibilidade de proibir uma operação de concentração que reforce o sistema de oligopólio do mercado resulta da teoria económica que considera que a concorrência será em qualquer hipótese afectada, desde que determinadas condições se verifiquem, no interior de um mercado em regime de oligopólio. A utilização do regulamento para intervir em caso de posição dominante colectiva é, assim, indispensável para garantir uma concorrência efectiva.

— O elemento literal

81. Começaremos por salientar que a tese dos recorrentes é dificilmente contestável: o regulamento, e em especial o seu artigo 2.°, não contém qualquer referência, mesmo indirecta, ao conceito de posição dominante em regime de oligopólio. Isto é ainda mais significativo se se considerar, como as recorrentes salientaram, que o artigo 86.° do Tratado prevê, pelo contrário, expressamente, a incompatibilidade com o mercado comum da exploração abusiva de uma posição dominante por parte de «uma ou mais empresas».

É evidente que o artigo 2.°, n.° 3, que, conforme a Comissão afirma, estabelece uma ligação, é certo, entre a posição dominante e a operação de concentração e não entre aquela e as empresas interessadas, se refere à posição dominante da concentração e não à posição dominante que envolve empresas terceiras em relação à operação de concentração. Nessas condições, seria demasiado fácil invocar o bem conhecido princípio *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit.*

82. Embora seja certo, todavia, que o elemento literal não pode deixar de levar à conclusão de que o regulamento tem unicamente em vista desencorajar as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de uma única empresa e não se refere às que levam ao domínio por parte de várias empresas [83], é também verdade que o texto do artigo 2.° do regulamento não pode ser considerado decisivo, dado que esta disposição deve ser lida à luz do regulamento no seu conjunto e da sua *ratio.*

83 — V., neste sentido, por exemplo, Siragusa-Subiotto: «Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica delle decisioni della Commissione», in *Giurisprudenza Commerciale* 1992, I 233, em especial pp. 271, 272. A posição de alguns autores é mais vaga, na medida em que se limitam a realçar a dificuldade de aceitar a tese contrária: assim, entre outros, Cook e Kerse (já referido na nota 48, pp. 134 e segs.); Korah: *EC Competition Law and Practice*, Londres, 1994, p. 242; Bellamy e Child: *Common Market Law of Competition*, Londres, 1993, pp. 343 e 344.

Chegamos assim aos outros argumentos invocados pelos recorrentes, relativos às bases jurídicas, à vontade do legislador (tal como resulta dos trabalhos preparatórios e está traduzida no texto do regulamento) e às garantias processuais, bem como às considerações de natureza económica adiantadas pela Comissão, considerações estritamente ligadas às finalidades das regras da concorrência.

— Bases jurídicas e vontade do legislador

83. Diga-se desde já que não partilhamos da tese dos recorrentes nos termos da qual a escolha das bases jurídicas indiciaria que o regulamento não é aplicável às posições dominantes colectivas. Com efeito, em princípio, os artigos 87.° e 235.° podem ser utilizados para esse efeito. Afigura-se-nos que não se pode, em sentido contrário, invocar a circunstância de um regulamento se basear essencialmente mais no artigo 235.° do que no artigo 87.°, nem a declaração do Conselho e da Comissão sobre o artigo 22.° do regulamento, na parte em que exclui a aplicabilidade dos artigos 85.° e 86.° às operações de concentração [84].

É inútil acrescentar que dificilmente se vê qualquer outra possibilidade de intervir preventivamente nas posições dominantes colectivas criadas ou reforçadas em consequência de operações de concentração, a menos que se considere que o próprio Tratado exclui essa possibilidade, o que não seria razoável.

84. Desta conclusão não se deduz, porém, contra o que a Comissão pretende, que o regulamento autoriza efectivamente, na sua actual redacção, a intervenção nas posições dominantes colectivas. A este respeito, limitar-nos-emos a observar que o facto de o fundamento jurídico escolhido ser, certamente, susceptível de conferir determinados poderes, não implica por si só que esses poderes tenham sido efectivamente conferidos. Efectivamente, não é menos certo que, ao se optar por esta base jurídica, foram previstos determinados poderes e outros não.

Em definitivo, o que importa saber é se a redacção do regulamento confirma, expressa ou mesmo implicitamente, que o poder de intervenção nas posições dominantes colectivas foi atribuído à Comissão. Ora, afigura-se-nos que, no seu conjunto, o texto aponta mais no sentido de se avalizar uma interpretação restritiva do artigo 2.°

85. É nesse sentido que, como alegam as empresas recorrentes, aponta, por exemplo, a redacção do décimo quinto considerando do

84 — Para além da circunstância de que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, as declarações verbais têm valor limitado (v., por exemplo, acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Antonissen, C-292/89, Colect., p. I-745, n.° 18) e de que a declaração em questão, em qualquer caso, não pode ser interpretada de modo a restringir o âmbito de aplicação dos artigos 85.° e 86.°, resta que uma declaração desse tipo não pode, certamente, ser utilizada para concluir que a base jurídica constituída pelo artigo 87.° do Tratado teria, na realidade, um alcance reduzido, com a consequência de que não seria possível estabelecer uma ligação entre o conceito de posição dominante colectiva e o artigo 86.°

regulamento, com base no qual «... as operações de concentração que, devido à parte de mercado limitada das empresas em causa, não sejam susceptíveis de entravar a manutenção de uma concorrência efectiva são compatíveis com o mercado comum...», e «... essa presunção existe, nomeadamente, quando a parte de mercado das empresas em causa não ultrapassa 25%...». No critério das empresas recorrentes, a opção por esta percentagem seria inadequada se o regulamento fosse também aplicável às posições dominantes colectivas [85].

Ora, é certamente verdade que a presunção de incompatibilidade de uma posição dominante em função de uma parte de mercado global superior a 25%, tal como consta do considerando, não foi retomada na parte dispositiva do regulamento [86]. E é também certo que, nas decisões adoptadas em aplicação do regulamento, as quotas de mercado constituem apenas o ponto de partida para a apreciação dos efeitos da operação, uma vez que devem ser tidos em consideração muitos outros elementos [87]. Ora, se se quiser conferir algum alcance ao décimo quinto considerando, não será destituído de sentido considerá-lo como o indício de uma vontade do legislador de não abranger no regulamento as hipóteses de domínio colectivo, dado que a quota de 25% é certamente escassa para poder dizer respeito a um oligopólio [88].

86. A isto acresce que os trabalhos preparatórios parecem antes confirmar a vontade do legislador de *não* aplicar o regulamento às posições dominantes colectivas. Efectivamente, embora se conheça bem a vontade da Comissão, manifestada durante o processo de elaboração do acto e expressa em várias ocasiões, de aplicar o regime em questão aos oligopólios [89], é também certo que a Comissão salientou que a actual redacção do artigo 2.°, n.° 3, é o resultado de um difícil compromisso alcançado precisamente quanto à questão das posições dominantes colectivas [90].

A este respeito, não será despropositado salientar aqui que resulta de uma comparação entre a última proposta alterada apresentada

85 — V., também neste sentido, Cook e Kerse (já referido na nota 48, p. 134).

86 — A Comissão salientou isto mesmo, por exemplo, na decisão de 18 de Dezembro de 1991 (Processo n.° IV/M.165 — Alcatel/AEG Kabel) (JO 1992, C 6, p. 23), considerando 22.

87 — V., por exemplo, a Decisão 94/359/CE da Comissão, de 21 de Dezembro de 1993 (Processo n.° IV/M.358 — Pilkington-Techint/SIV) (JO L 158, p. 24). Recorde-se, por outro lado, que, também na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 86.°, embora a quota de mercado constitua um índice significativo de uma posição dominante caso seja igual ou superior a 80%, não é necessariamente um elemento determinante, devendo ser tomada em consideração conjuntamente com outros factores: neste sentido, v., entre outros, acórdão de 5 de Outubro de 1988, Alsatel (247/86, Colect., p. 5987, n.° 19).

88 — A este respeito, por exemplo, a lei alemã sobre restrições à concorrência, que se baseia justamente numa concepção estrutural ligada a um sistema de presunções em função das quotas de mercado detidas pelas empresas, prevê um limite de pelo menos 50%. Mais exactamente, o § 23a, artigo 2.°, n.° 2, da mesma lei, dispõe: «Para efeitos de controlo das operações de concentração, considera-se também que um conjunto de empresas está em posição dominante quando:
1.agrupe três ou menos empresas, que detenham a maior quota de mercado e representem no total uma quota de 50%, ou
2.agrupe cinco ou menos empresas, que detenham a maior quota de mercado e representem no total uma quota de dois terços, a não ser que demonstrem que as condições da concorrência permitem esperar uma concorrência significativa entre as mesmas, mesmo após a operação de concentração, ou quando o conjunto das referidas empresas não detenha uma posição dominante em relação aos restantes concorrentes...»

89 — Para este efeito, basta recordar o *Décimo Sexto Relatório sobre a Política de Concorrência*, de 1986, em especial o ponto 333.

90 — V. p. 36 da tréplica.

pela Comissão [91] e o texto definitivo que a referência aos obstáculos à manutenção e ao desenvolvimento de uma concorrência efectiva, tal como está contida na primeira, foi posteriormente substituída pelo conceito de «posição dominante», conceito que recorda indiscutivelmente o texto do artigo 86.° Nestas condições, há que considerar que o texto definitivo constitui o resultado de uma opção consciente, determinada, conforme a Comissão admitiu, pela dificuldade de alcançar um acordo quanto a este ponto.

87. Ora, pode lamentar-se que o Conselho tenha adoptado a sua decisão em acordo com determinados dos seus membros e em desacordo com outros, mas isso só pode ser alterado pelo próprio legislador. A tese da Comissão nos termos da qual, na ausência de uma disposição que exclua expressamente a aplicabilidade do regulamento às posições dominantes colectivas, esta situação implica que a questão foi deixada em aberto, não nos parece convincente. Em qualquer caso, não consideramos que a Comissão possa, conforme pretende, considerar que tem o poder de resolver os problemas deliberadamente deixados em suspenso pelos Estados-Membros.

Pensar de outro modo, para ser mais claro, equivaleria a avalizar um critério *sui generis* de subsidiariedade, nos termos do qual, cada vez que a Comissão o julgasse oportuno ou necessário, poderia exercer um papel supletivo em relação a outras instituições e, em especial, em relação ao legislador. Será certamente mais conforme às regras do jogo, nesta perspectiva, que a Comissão tome a iniciativa de solicitar uma alteração do regulamento no sentido referido. Na falta de uma iniciativa desse tipo, hesitaremos muito em afirmar que a Comissão e o Tribunal, no âmbito da aplicação e/ou da interpretação de uma legislação, podem suprir as lacunas devidas a uma opção deliberada do legislador [92].

88. Em definitivo, mesmo os trabalhos preparatórios parecem confirmar que a vontade do legislador, tal como se traduziu no texto do regulamento, vai no sentido da não aplicabilidade do mesmo às posições dominantes colectivas. Esta conclusão não é, porém, decisiva, para os efeitos que aqui nos interessam. Resta, com efeito, que os trabalhos preparatórios podem, no máximo, fornecer algumas indicações, mas não são determinantes, dado que, para a correcta interpretação de uma disposição, há que fazer referência à redacção e à finalidade do texto em questão.

— As garantias processuais

89. Passamos assim à análise de um aspecto que, incontestavelmente, reveste neste contexto uma importância fundamental. Tanto o Governo francês como as empresas recorrentes afirmam, com efeito, como já referimos,

91 — COM(88) 734/Rev. final.

92 — Trabucchi (já referido na nota 31, p. 503), ao referir-se à jurisprudência em matéria de concorrência, declarou já que «a frequente referência aos dados económicos e o significado que se lhes atribui para as decisões judiciais de modo algum são contrários à *função essencial do Tribunal de Justiça, que é a de respeitar e fazer respeitar o Tratado e o direito dele derivado*... Quando a norma existe, deve ser respeitada integralmente...»

que o regulamento não se destina e não poderia ser aplicado às posições dominantes colectivas, facto que seria confirmado de maneira decisiva pela ausência, nas respectivas disposições, de garantias processuais susceptíveis de proteger os direitos das empresas que, embora não estejam implicadas na operação de concentração, participem numa posição dominante colectiva.

Já salientámos, na análise da admissibilidade do recurso das empresas recorrentes, a falta de fundamento da tese da Comissão nos termos da qual o acto que pôs termo ao processo instaurado em aplicação do regulamento vincula apenas as partes na operação de concentração, com a consequência de que o mesmo não pode, em caso algum, prejudicar terceiros. Sem referir outros exemplos, é justamente o presente processo que indica de maneira extremamente significativa o contrário [93].

90. Sendo assim, trata-se aqui de averiguar se as garantias processuais previstas no regulamento para a protecção de terceiros podem ser consideradas adequadas mesmo na hipótese de os «terceiros» fazerem parte do oligopólio a que se refere a decisão da Comissão.

Diremos desde logo que a participação de terceiros no processo, conforme prevista no regulamento, não parece poder garantir, em relação à hipótese aqui em causa, uma protecção adequada dos direitos da defesa. Em primeiro lugar, as empresas que se presume fazerem parte do oligopólio e que são estranhas à operação de concentração não são destinatárias de qualquer informação específica. Em segundo lugar, nos termos do artigo 18.°, n.° 4, a audição de terceiros tem apenas lugar na hipótese de a Comissão ou as autoridades competentes dos Estados-Membros considerarem necessário ouvir também outras pessoas singulares ou colectivas (entre as quais, evidentemente, devem ser incluídas as empresas estranhas à operação de concentração) ou, por iniciativa das próprias, desde que demonstrem ter interesse na mesma. Trata-se, assim, como é confirmado pelo Regulamento n.° 2367/90 [94] (aplicável, *ratione temporis*, no presente processo), de um

93 — É até muito evidente, com efeito, que o prejuízo sofrido pelas recorrentes devido à decisão é consequência directa do comportamento adoptado pelas empresas envolvidas na operação de concentração em conformidade com as exigências da Comissão. Isso foi, aliás, já confirmado pelo presidente do Tribunal de Primeira Instância num processo de medidas provisórias. No despacho de 15 de Junho de 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote e Entreprise minière et chimique (já referido na nota 30), que suspendeu a execução do artigo 1.° da decisão recorrida, na parte em que impõe a retirada da sociedade Kali-Export, o presidente salienta que não é de excluir que a condição em questão «... seja susceptível de lesar direitos de terceiros, no caso em apreço, os dos outros dois sócios da Kali-Export... que não eram partes no processo perante a Comissão» (n.° 28).

94 — Já referido na nota 13. Efectivamente, este regulamento disciplina de maneira análoga ao Regulamento n.° 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 do Conselho (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62), unicamente as audições das partes na operação (artigos 13.° e 14.°), enquanto, relativamente aos terceiros — como as empresas recorrentes no presente processo, no entender da Comissão —, prevê um regime de audição, a seu pedido, sem qualquer garantia processual (artigo 15.°). O Governo francês salientou, quanto a este ponto, que estas audições são, na prática, meros contactos com os funcionários da Comissão, que de modo algum podem satisfazer as exigências de informação e de protecção das entidades plenamente envolvidas no processo, como as «partes» no oligopólio que seria criado em consequência da operação de concentração. Há que esclarecer que o Regulamento n.° 2367/90 foi substituído pelo Regulamento n.° 3384/94 (já referido na nota 13), cujas disposições, em determinados aspectos, proporcionam maior protecção. Para o que aqui nos interessa, porém, os termos do problema mantêm-se, no essencial, inalterados. Embora, efectivamente, os terceiros que apresentaram observações escritas possam, nos termos do artigo 16.° do novo regulamento, participar numa audição oficial, é também certo que essa possibilidade depende do poder discricionário da Comissão.

procedimento não obrigatório e que tem carácter informal, dado que tem lugar sem a participação dos representantes das autoridades dos Estados-Membros e sem as formalidades solenes e as garantias previstas para a audição das partes. Trata-se, em resumo, de um procedimento susceptível de proteger os direitos dos verdadeiros «terceiros» (em todas as acepções do termo), mas não dos que são «partes» na posição dominante.

91. A análise efectuada pelo Governo francês, que comparou as modalidades processuais previstas no Regulamento n.° 2367/90, em aplicação do artigo 18.°, n.° 4, do regulamento, com o mecanismo previsto para os procedimentos instaurados nos termos dos artigos 85.° e 86.°, apenas confirma a insuficiência das garantias asseguradas aos direitos de defesa das empresas que fazem parte de um oligopólio, mas que são alheias à operação de concentração [95].

Efectivamente, esta análise mostra bem que, ao contrário das empresas que são titulares de uma posição dominante colectiva na acepção do artigo 86.°, as empresas que participam num oligopólio alegadamente criado ou reforçado por uma operação de concentração, mas à qual são alheias, são tratadas como «terceiros», com as consequências inevitavelmente negativas que daí decorrem no plano dos direitos da defesa.

92. Ora, é inútil recordar que o respeito dos direitos da defesa nos procedimentos administrativos constitui um valor imprescindível da ordem jurídica comunitária. Efectivamente, como o Tribunal de Justiça já afirmou por diversas vezes, «... o respeito dos direitos da defesa em qualquer processo dirigido contra uma pessoa e susceptível de conduzir a um acto que a afecte nos seus direitos constitui um princípio fundamental de direito comunitário e deve ser assegurado mesmo na ausência de qualquer regulamentação respeitante ao processo em causa» [96].

Nesta perspectiva, poder-se-ia atribuir algum crédito à tese da Comissão nos termos da qual, dado que o respeito dos direitos da defesa constitui um direito fundamental, a eventual ausência de garantias processuais *ad hoc* no regulamento não tem importância para efeitos da aplicabilidade do regulamento às posições dominantes colectivas. Em qualquer hipótese, efectivamente, mantém-se

95 — Como recorda o Governo francês (n.os 20 a 23 da petição de recurso), o procedimento nos termos do artigo 86.° desenvolve-se, efectivamente, em conformidade com os Regulamentos n.° 17 (já referido na nota 51) e n.° 99/63 (já referido na nota anterior), permanentemente com respeito pelo princípio do contraditório em relação às empresas consideradas em situação de posição dominante, que desde o início são informadas do procedimento instaurado contra elas e a quem é dada possibilidade de se defender.

96 — Acórdão Bélgica/Comissão (234/84, já referido na nota 56, n.° 27). Como o Tribunal de Justiça salientou, isto significa que «... à pessoa contra a qual a Comissão desencadeou um processo administrativo seja dada a possibilidade de, no decurso deste, dar a conhecer, de forma útil, o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e circunstâncias alegados e sobre os documentos utilizados pela Comissão em apoio da sua alegação relativa à existência de uma violação do direito comunitário». V., no mesmo sentido, o acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Recueil, p. 461, n.os 9 e 11).

intacto o direito dos terceiros, bem como das partes, a beneficiarem da necessária protecção.

93. Trata-se de uma tese que é, certamente, sugestiva, mas de que, todavia, não partilhamos. Embora seja certo, com efeito, que as prerrogativas da defesa devem, em qualquer caso, ser respeitadas, para além das diferentes disposições expressas nesse sentido em relação a qualquer hipótese susceptível de se verificar, não é menos verdade que seria absurdo permitir que a Comissão se refugiasse atrás desse abrigo, quando, embora tendo adoptado legislação *ad hoc* sobre a matéria, como é certamente o Regulamento n.º 2367/90, não tenha previsto as garantias necessárias a favor dos que podem ser lesados pela aplicação do regime em questão.

Dito isto, reconhecemos que o Tribunal de Justiça pode ultrapassar a questão, afirmando que bastará alargar as garantias previstas para as partes na operação de concentração às partes do presumido oligopólio. Não é menos verdade, contudo, que a ausência de disposição neste sentido no regulamento apenas confirma, como afirmam as recorrentes, que o regulamento não se destinava, ou, pelo menos, na intenção do legislador, não se destinou, a ser aplicado às posições dominantes colectivas. Por último, quase não valerá a pena acrescentar que, no caso concreto, o respeito das prerrogativas da defesa, a que as empresas recorrentes (no entendimento da Comissão) teriam, em qualquer caso, direito, não foi certamente garantido [97].

— Considerações económicas e finalidades do regulamento

94. Resta tomar em consideração os argumentos de natureza económica adiantados pela Comissão e que estão estreitamente ligados ao objectivo de assegurar uma concorrência efectiva.

No essencial, a tese da Comissão é que é indispensável sujeitar a um controlo as situações de oligopólio [98], na medida em que daí pode resultar para a concorrência um prejuízo pelo menos tão grave como o que decorre de uma posição dominante individual. A aplicabilidade do regulamento às posições dominantes colectivas baseia-se,

97 — Efectivamente, é bom recordar que os representantes das sociedades recorrentes só foram recebidos pelos funcionários da Comissão, após reiterados pedidos da sua parte, em 1 de Dezembro, ou seja, dois dias antes da reunião do comité consultivo e, por isso, quando os jogos já estavam feitos. Ainda que fosse certo que, como afirma a Comissão — mas é desmentido pelas recorrentes — , os representantes da SCPA foram recebidos pelos funcionários da instituição já em 3 de Novembro de 1993, a situação não se alteraria, dado que a substancial «falta de transparência» de todo o procedimento relativamente aos terceiros está confirmada. Isto é tanto mais verdadeiro quanto a Comissão afirma que apenas em 1 de Dezembro foram discutidos com os representantes da sociedade francesa os compromissos assumidos pela K+S.

98 — Esta exigência é confirmada pela circunstância de que todos os principais sistemas *antitrust* aplicam as regras de controlo das operações de concentração também ao domínio dos oligopólios: para uma análise comparativa, v. Briones: «Oligopolistic dominance: is there a common approach in different juridictions? A Review of the decisions adopted by the Commission under the Merger Regulation», in *ECLR*, 6, 1995, pp. 334 e segs.

em última análise, na necessidade de um controlo dos oligopólios a fim de salvaguardar a concorrência [99].

95. A este respeito, salientaremos, em primeiro lugar, a justeza da preocupação da Comissão, sobretudo se se analisar a mesma à luz das implicações económicas e jurídicas das situações de oligopólio. Quase não é necessário salientar, efectivamente, que o oligopólio, ou seja, o mercado de um pequeno grupo de empresas [100], pode produzir efeitos negativos que se assemelham muito aos geralmente imputados ao monopólio [101]. A isto acresce que é inegável, por um lado, que existe uma certa correlação entre a concentração e o poder de mercado, entendido justamente como o poder de aumentar os preços limitando a produção e obtendo um lucro adicional, e, por outro, que as operações de concentração podem favorecer o conluio entre concorrentes e a adopção de comportamentos paralelos, mesmo sem concertação.

A Comissão salientou, por outro lado, que o problema também não pode ser resolvido através do recurso aos artigos 85.° e 86.° do Tratado, dado que estes não permitem, nem sempre nem em todos os casos, uma intervenção eficaz contra os oligopólios. Por vezes, com efeito, não se pode enquadrar o oligopólio no plano da proibição dos acordos, uma vez que, como o Tribunal de Justiça esclareceu no acórdão pasta de papel, o paralelismo dos comportamentos, no qual se resume a própria ideia do oligopólio, «... não pode ser considerado como fazendo prova de uma concertação, a menos que a concertação constitua a única explicação plausível para esse comportamento. É necessário ter presente que, embora o artigo 85.° proíba todas as formas de conluio que sejam de molde a falsear a concorrência, não priva os operadores económicos do direito de se adaptarem de maneira inteligente ao comportamento verificado ou previsto dos seus concorrentes» [102]. Por outro lado, a utilização do artigo 86.° tem limites na sua natureza de disposição que só pode ter incidência em situações de domínio preexistentes.

96. As lacunas que acabámos de salientar não nos parecem, porém, bastantes para justificar a aplicação do regulamento ao domínio pelos oligopólios; também não se nos afigura que o acórdão pasta de papel contenha

99 — É precisamente nesta perspectiva que determinados autores não excluem de todo que o regulamento possa ser aplicado também a situações de domínio por parte de oligopólios, uma vez que a concorrência efectiva é prejudicada significativamente por diversas empresas que, em conjunto, podem actuar de forma independente dos seus concorrentes e clientes. V., por exemplo, Jones, Gonzalez-Diaz: *The EEC Merger Regulation*, Londres, 1992, pp. 168 e segs.; bem como Venit: «The Evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast», in International Mergers and Joint Ventures, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1991, p. 519, em especial, pp. 540 e segs.

100 — A partir do estudo, pioneiro na matéria, de Cournot: *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, 1848, a teoria económica do oligopólio produziu grande quantidade de contribuições relevantes: v., como resumo, Pigassou: Les *oligopoles et le droit*, Paris, 1983, cap. III, pp. 151 a 260.

101 — Areeda e Turner: *Antitrust Law*, vol. III, Boston/Toronto, 1978, p. 359: «oligopoly with monopoly — like results». Esta tese tem apoio na teoria económica que realça em situações equiparáveis as mesmas condições de exercício do poder do mercado que justificam a aplicação das disposições *antitrust* às situações de monopólio; e que considera mesmo que o oligopólio é susceptível de criar maiores perigos para a concorrência do que as posições dominantes individuais, na medida em que estas tendem a reduzir-se no tempo sob o efeito da concorrência das empresas de menor importância, enquanto um oligopólio forte, em certas condições, pode durar por um longo período de tempo. V., sobre este ponto, Scherer e Ross: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990.

102 — Acórdão pasta de papel (já referido na nota 52, n.° 71).

elementos que apontem no sentido pretendido pela Comissão: o facto de existirem comportamentos paralelos que não podem ser penalizados com base no artigo 85.° [103] não significa por si só que esses comportamentos devam, em qualquer caso, ser penalizados e, sobretudo, não pode justificar a interpretação alargada do regulamento proposta pela Comissão.

Por outro lado, a reflexão que antecede evidencia de maneira muito significativa a incoerência da posição adoptada pela Comissão no presente processo: como vimos, a Comissão invoca o carácter inadequado dos instrumentos normativos fornecidos pelos artigos 85.° e 86.° para a intervenção nos oligopólios, o que, em seu entender, justificaria a interpretação alargada do artigo 2.°, n.° 3, do regulamento. Porém, se se analisar com atenção, a intervenção da Comissão no pretenso duopólio K+S/SCPA/EMC consistiu numa «injunção» dirigida à primeira no sentido de fazer cessar as suas relações contratuais com as outras duas. Nestas condições, ou seja, perante sinais evidentes de «concertação», por que não recorrer ao artigo 85.° [104]?

97. Por último, salientamos que a prática seguida na aplicação do regulamento, diversas vezes recordada ao longo do processo, também não oferece argumentos a favor de uma solução diferente. Efectivamente, na decisão Nestlé/Perrier, na qual a Comissão não escondeu a sua intenção de elaborar um conceito autónomo de domínio colectivo, a aplicabilidade do regulamento aos oligopólios baseou-se essencialmente no artigo 3.°, alínea g), do Tratado [105].

Ora, é certo que esta disposição é recordada de modo geral no primeiro considerando do regulamento e que, uma vez que tem como objectivo a protecção da concorrência efectiva, só pode dizer respeito a todas as hipóteses de situação susceptível de falsear a concorrência, quer sejam devidas a uma ou a várias empresas. É, porém, também verdade que esta disposição prevê igualmente — é preciso não esquecer — que a sua aplicação tem lugar apenas «... nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado».

98. O conjunto de elementos que analisámos até aqui levanta numerosas dúvidas no que

103 — Sobre esta questão, com todas as suas implicações, v. as conclusões aprofundadas apresentadas pelo advogado-geral M. Darmon no processo pasta de papel (Colect. 1993, p. I-1445). V. também, para um estudo exaustivo recente da jurisprudência sobre a matéria, Soames: «An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference», in *ECLR* 1996, p. 24.

104 — É possível que a resposta a esta questão se ache na exigência de rapidez. Pode encontrar-se uma confirmação desta hipótese, por exemplo, na circunstância de que um dos compromissos inicialmente previstos, o relativo à empresa Potacan, que posteriormente se tornou numa solução informal analisada acima (a respeito da questão da admissibilidade), constituía, na realidade, objecto de um procedimento instaurado nos termos do Regulamento n.° 17.

105 — Decisão 92/553 (já referida na nota 66). Nesta decisão, a Comissão acrescenta que se o regulamento não fosse aplicável às situações de oligopólio, daí decorreria que as autoridades nacionais, que antes da sua introdução podiam penalizar essas situações nos termos das suas disposições internas, renunciariam completamente ao seu papel de controlo sobre esse aspecto «... sem qualquer substituto para o mesmo a nível comunitário...» (n.° 115).

respeita à possibilidade de utilizar o conceito de posição dominante colectiva no âmbito das disposições do regulamento relativas às operações de concentração. Em definitivo, consideramos que as disposições do regulamento não são aplicáveis às posições dominantes em situação de oligopólio e que esta interpretação é a mais conforme não apenas com a respectiva redacção mas também com a lógica em que se inspiram e, de modo mais geral, com a economia geral do sistema. A solução oposta, embora tendo algumas justificações no plano económico, teria várias consequências negativas; e, sobretudo, tendo também em conta a ausência de parâmetros normativos e/ou legislativos de referência análogos aos que existem em outros sistemas *antitrust*, acabaria por ser causa de incertezas. Isto, aliás, seria contrário à exigência, repetidas vezes afirmada, de que a norma comunitária seja clara e a sua aplicação previsível para os sujeitos de direito [106].

Naturalmente, como já atrás salientámos, as preocupações da Comissão relativas às consequências negativas, no plano da repressão dos comportamentos contrários à concorrência, que a não aplicação do regulamento aos oligopólios pode ter, não podem e não devem ser esquecidas. Porém, em nosso entender, seria mais correcto transpor essas preocupações para o seu contexto natural e fazer delas objecto de uma proposta de alteração tendo em vista completar as disposições relevantes.

106 — Acórdão de 22 de Fevereiro de 1984, Kloppenburg (70/83, Recueil, p. 1075, n.° 11).

3) *A utilização errada, no presente processo, do conceito de posição dominante colectiva*

99. Neste fundamento, tanto o Governo francês como as sociedades recorrentes invocam uma série de erros de direito e de facto que teriam sido cometidos na apreciação da operação de concentração sobre o mercado comunitário com exclusão da Alemanha.

De modo geral, o Governo francês acusa a Comissão de, ao apreciar a existência de uma posição dominante colectiva, não ter seguido os critérios elaborados pela jurisprudência relativa ao artigo 86.°, nem os critérios fixados nas suas decisões anteriores, aliás, mais flexíveis do que os indicados pelo órgão jurisdicional comunitário. Em apoio da sua tese, o Governo francês faz ainda uma série de críticas precisas que têm em vista todos os elementos de análise tomados em consideração na decisão, salientando, ao mesmo tempo, a importância dos critérios que a Comissão não teve em conta. Estes argumentos, em seu entender, fazem realçar os erros de que a decisão está viciada no que respeita à existência de uma posição dominante colectiva e, em todo o caso, à insuficiência da sua fundamentação.

As sociedades recorrentes, que contestam também, através de argumentos análogos aos do Governo francês, determinados factores tomados em consideração na decisão, invocam, em especial, a ausência de prova, por parte da Comissão, da existência de um nexo de causalidade entre a operação de concentração e a alegada criação de uma posição dominante colectiva.

100. A Comissão responde que os critérios que utilizou na decisão recorrida de modo algum estão em contradição com os empregues em decisões anteriores. Efectivamente, para averiguar no caso concreto a existência de uma posição dominante colectiva, a Comissão afirma que se baseou essencialmente em três critérios: o grau de concentração do mercado, conforme resultaria da operação de concentração, os elementos estruturais relativos à natureza do mercado e às características do produto, bem como os laços estruturais entre as empresas interessadas.

Por outro lado, a Comissão alega que o presente caso se distingue, por certas características próprias, de outros em que a Comissão teve intervenção. Em primeiro lugar, antes da operação de concentração, não existia já concorrência efectiva entre os dois mais importantes fornecedores de produtos à base de sais de potássio, devido à ausência da K+S do mercado francês e aos laços existentes entre aquela empresa e a SCPA. Em segundo lugar, em consequência do reforço do potencial de concorrência resultante da concentração com a MdK, a K+S e a SCPA encontram-se numa posição dominante em relação aos restantes fornecedores de potássio.

101. De modo mais geral, respondendo às objecções do Governo francês, a Comissão afirma que, embora não estando ausentes da decisão os critérios desenvolvidos em relação com o artigo 86.°, os mesmos não têm carácter decisivo em matéria de controlo das operações de concentração. Neste contexto, efectivamente, a existência de uma posição dominante colectiva — diferentemente do que se passa no âmbito do artigo 86.°, no qual a mesma é definida principalmente a partir das quotas de mercado — só pode ser fruto de uma análise baseada no futuro. As quotas de mercado detidas constituem, assim, apenas um ponto de partida; quanto ao restante, é essencial analisar a possibilidade de os actuais e potenciais concorrentes constituírem um contrapeso relativamente à posição eventualmente dominante da nova empresa. E foi precisamente no termo de uma análise deste tipo que foram aprovadas, em aplicação do regulamento, numerosas operações de concentração, embora envolvendo quotas de mercado significativas e quase certamente susceptíveis de levar a uma declaração de incompatibilidade com o artigo 86.°

No que respeita aos critérios fixados pela sua prática decisória, a Comissão salienta, por um lado, que as decisões em que se baseia o Governo francês, com excepção da decisão Nestlé/Perrier [107], são todas posteriores à decisão recorrida e, por outro, que são as características de cada caso concreto que levam a que se atribua maior peso ou um valor decisivo a determinados critérios, em lugar de outros. Foi, assim, em função das particularidades do caso concreto que a Comissão atribuiu valor preponderante aos critérios referidos.

102. Começaremos por lembrar que o conceito de posição dominante colectiva, tal como foi elaborado por referência ao artigo 86.° do Tratado, cujo teor literal é no sentido de que a hegemonia, de onde pode decorrer

107 — Decisão já referida na nota 66.

o abuso, pode ser devida tanto a uma empresa como a várias [108], foi clarificado ao longo dos anos. Em especial, no acórdão vidro plano, o Tribunal de Primeira Instância esclareceu que várias empresas são detentoras de uma posição dominante colectiva quando, embora permanecendo independentes, se apresentam no mercado unidas por laços económicos particularmente intensos, dispondo em comum, por exemplo, de um avanço tecnológico que lhes dê a possibilidade de «comportamentos independentes em medida apreciável face aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores...» [109]. O Tribunal de Justiça confirmou, no essencial, este conceito no acórdão Almelo, ao afirmar que a posição dominante colectiva implica que as empresas interessadas «... estejam suficientemente ligadas entre si para adoptarem a mesma linha de actuação no mercado» [110].

Quanto aos critérios elaborados pela prática decisória sobre a matéria, é certo que, como afirmam os recorrentes, no âmbito da apreciação das operações de concentração, a Comissão elaborou um conceito de domínio colectivo mais alargado, e, em todo o caso, parcialmente diferente, do definido pela jurisprudência relativa ao artigo 86.° A este respeito, deve, contudo, reconhecer-se que, embora se refira aos mesmos elementos utilizados pelo Tribunal de Justiça para averiguar uma situação de domínio colectivo, o regulamento evita dar uma definição da mesma, sem excluir, assim, a possibilidade de fazer prevalecer apreciações «estruturais» e, por isso, de recorrer a um conceito em certa medida autónomo relativamente ao elaborado no âmbito do artigo 86.° [111].

103. É evidente que um novo conceito de posição dominante colectiva, diferente do elaborado pela jurisprudência relativa ao artigo 86.°, embora podendo justificar-se pela especificidade do controlo sobre as operações de concentração, arrisca-se a tornar ainda mais problemática e imprevisível a aplicação do conceito em questão ao regime das operações de concentração. Além disso, embora seja certo que o artigo 2.°, n.° 1, do regulamento — sempre admitindo que os critérios ali referidos para apreciar a compatibilidade das operações de concentração com o mercado comum sejam aplicáveis também à hipótese aqui em causa — não indica qualquer hierarquia entre os factores a ter em consideração, não é menos verdade que a Comissão não se pode abstrair dos critérios referidos e que o poder discricionário

108 — Apesar disso, o Tribunal de Justiça pareceu inicialmente reticente em reconhecer o conceito de posição dominante colectiva, igualmente devido à dificuldade em determinar, no silêncio da norma, os elementos necessários para a sua definição concreta. Assim, em certa ocasião, afigura-se que o Tribunal de Justiça reservou a aplicação do artigo 86.° às hipóteses de posições dominantes individuais. No acórdão Hoffmann-La Roche (já referido na nota 96), o Tribunal de Justiça afirmou, com efeito, que «Uma posição dominante deve também ser distinguida dos paralelismos de comportamentos próprios das situações de oligopólio, na medida em que, num oligopólio, os comportamentos se influenciam reciprocamente, enquanto, em caso de posição dominante, o comportamento da empresa que beneficia desta posição é, em larga medida, determinado unilateralmente.» V., sobre este ponto, Korah: «Concept of a dominant position within the meaning of Article 86», in *Common Market Law Review*, 1980, p. 395, em especial p. 398.

109 — Acórdão vidro plano (já referido na nota 38, n.° 358). No mesmo sentido, v. acórdão Hoffmann-La Roche (já referido na nota 96, n.os 38 e 48).

110 — Acórdão de 27 de Abril de 1994 (C-393/92, Colect., p. I-1477, n.° 42). Os princípios enunciados neste acórdão foram posteriormente recordados pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 17 de Outubro de 1995, DIP SpA e o. (C-140/94, C-141/94 e C-142/94, Colect., p. I-3257, n.os 24 a 26). V., sobre este ponto, as conclusões apresentadas no mesmo processo pelo advogado-geral N. Fennelly, que, entre outras coisas, salientou que o conceito de posição dominante colectiva não pode ser utilizado para suprir a falta de prova directa da existência de uma posição dominante e ainda menos de um abuso de tal posição (n.° 64).

111 — Neste sentido, v. Venit (já referido na nota 99, pp. 527 e segs., em especial pp. 530 a 531). Esta opinião tem também apoio na ideia de que o conceito de «entraves significativos à concorrência», tal como consta do artigo 2.°, n.° 3, do regulamento, permite que a Comissão elabore um novo conceito de «posição dominante», baseado numa análise das probabilidades em relação com as características do mercado. V. Brittan: «The Law and Policy of Merger Control in the EEC», in *European Law Review*, 1990, p. 354.

que lhe é atribuído pelo regulamento não pode ir até à arbitrariedade. Em resumo, há certamente que excluir que a Comissão possa *inventar* os critérios que considera mais oportunos em relação a cada caso concreto.

Nestas condições, por outro lado, a prática da Comissão, incontestavelmente complexa e não isenta de algumas contradições, pode, apesar disso, revelar-se um instrumento útil para fazer realçar eventuais incoerências e contradições presentes na decisão e na defesa da Comissão e levar, assim, por esse modo, a concluir pela exactidão ou não dos critérios utilizados no presente processo. Se se colocar o problema nestes termos, não nos parece que a Comissão tenha razão para alegar que não há que ter em consideração os critérios e apreciações contidos nas decisões posteriores à que aqui está em causa. Na realidade, a prática da Comissão, quer se trate de decisões anteriores — como o processo Nestlé/Perrier, frequentemente invocado pelos recorrentes [112] — ou posteriores, não constitui certamente um parâmetro de legalidade da decisão recorrida, mas é, pelo menos, indicativa do método seguido até ao presente pela Comissão na aplicação do regulamento às posições dominantes colectivas.

112 — A este respeito, observe-se, por outro lado, que a redacção e o método empregues na decisão Nestlé/Perrier não parecem isentos de críticas, principalmente porque pretendem elaborar um critério de controlo da posição dominante colectiva de contornos jurídicos relativamente incertos. V., sobre esse ponto, as observações de Winckler e Hansen: «Collective dominance under the EC Merger Control Regulation», in *Common Market Law Review* (1993) 30, pp. 787 e segs., em especial p. 828, para os quais «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"» (esta afirmação refere-se ao n.º 120 da decisão).

104. Assim sendo, passemos agora à análise das críticas formuladas pelo Governo francês, bem como pelas recorrentes, aos critérios aplicados na decisão para afirmar a existência de uma posição dominante colectiva, susceptível, com base em previsões, de se traduzir numa alteração significativa da concorrência.

Consideramos oportuno abordar, imediatamente após o aspecto inicial do grau de concentração do mercado, o problema dos laços estruturais que, conforme a Comissão confessa, representa o elemento essencial em que se baseou para afirmar a existência de uma posição dominante comum da K+S/MdK e da SCPA. Analisaremos em seguida os restantes critérios utilizados na decisão, bem como a relevância de critérios empregues em outras decisões, mas não no presente processo.

— O grau de concentração do mercado

105. A apreciação da Comissão baseia-se sobretudo no aumento do grau de concentração do mercado (já elevado), considerado capaz de, no futuro, implicar o reforço de uma posição dominante colectiva susceptível de obstar à concorrência de maneira significativa.

O Governo francês e as empresas recorrentes contestam esta apreciação, afirmando que o aumento não é substancial, dado que as quotas de mercado detidas pela K+S e pela SCPA passaram, devido à operação de concentração, de 54% para 61%. O Governo francês alega, por outro lado, que a análise da Comissão é arbitrária, na medida em que, por um lado, não tem em conta a circunstância de que, em consequência da operação de concentração, os fornecedores de potássio passaram de 10 para 9; por outro, não teve em devida consideração o papel de dois operadores importantes, que são a CPL e a Coposa. Por último, a análise da Comissão não é digna de fé, uma vez que calcula as quotas de mercado de dois modos diferentes, em função do resultado a alcançar: com base no primeiro método, toma apenas em consideração o volume de vendas dos diferentes operadores na Comunidade; com base no segundo, as vendas efectuadas no mercado francês são, pelo contrário, incluídas no volume de vendas da SCPA e, assim, correlativamente, deduzidas do volume de vendas da K+S.

106. Deve, desde logo, dizer-se que o mero aumento quantitativo das quotas de mercado detidas pelas empresas interessadas, no qual a Comissão insistiu de modo mesmo excessivo na decisão, não basta por si só para demonstrar a criação de uma posição dominante colectiva, como, de resto, o Tribunal de Primeira Instância recordou no acórdão vidro plano, tendo sido muito claro sobre este ponto. E isto é tanto mais verdade no presente processo quanto a operação de concentração só levou a um aumento de 7%.

É necessário, por isso, reconhecer que o aumento do grau de concentração do mercado, devido à aquisição, não reveste importância especial, dado que é limitado, simultaneamente, no plano do número de concorrentes presentes no mercado (que passaram de 10 para 9) e no plano do aumento da quota de mercado detida no total pela K+S e pela SCPA no mesmo mercado. Nestas condições, afigura-se excessiva a importância atribuída, na decisão, ao critério analisado [113]. Em qualquer caso, a análise realizada sobre este ponto pode, quando muito, demonstrar que o grau de concentração do mercado não é susceptível de excluir *a priori* a existência de uma posição dominante colectiva.

— Os laços estruturais entre a K+S e a SCPA

107. Na opinião concordante das partes, o elemento central da decisão recorrida é constituído pela verificação dos «... laços extraordinariamente estreitos existentes, desde há muito tempo, entre as duas empresas [K+S e SCPA]...» [114], a ponto de fazer presumir que não existe concorrência efectiva entre ambas. São precisamente estes laços que constituem o factor decisivo em que a Comissão se baseou para formular a sua apreciação, tanto mais que considerou que a dissolução desses laços, por meio das condições impostas, poderia afastar a existência da alegada posição dominante colectiva.

113 — V. considerandos 52 a 56.

114 — Considerando 57 da decisão.

108. No entender do Governo francês, a Comissão cometeu uma série de erros de apreciação na análise dos laços estruturais entre a K+S e a SCPA, os quais, na realidade, não são susceptíveis de demonstrar o nexo de causalidade entre a operação de concentração e a criação de um duopólio K+S/SCPA, uma vez que não bastam para provar que a operação em questão permitiu criar condições para uma actuação em conluio das duas empresas. Em especial, 1) embora a Comissão tenha determinado que a Comunidade com exclusão da Alemanha constituía o mercado relevante, os laços em questão têm incidência limitada à França; 2) a decisão deveria ter abrangido no oligopólio a empresa espanhola Coposa [115]; 3) a fraca presença da K+S no mercado francês não basta para demonstrar a existência de um domínio desta empresa em conjunto com a SCPA; 4) não se provou que a aquisição da MdK pela K+S possa implicar a criação de uma posição dominante em regime de duopólio por parte da K+S e da SCPA.

As empresas recorrentes centram a sua atenção sobretudo neste último aspecto, salientando a existência de determinadas contradições de fundo na posição da Comissão, em especial, a circunstância de a operação de concentração, segundo a própria Comissão, ter criado, e não apenas reforçado, uma posição dominante colectiva no mercado relevante.

115 — Recorde-se que se trata da sociedade que comercializa o potássio produzido por determinadas empresas espanholas, recentemente agrupadas num organismo público designado INI.

109. No que respeita ao primeiro destes argumentos, observe-se, com efeito, que as relações entre as sociedades interessadas só respeitam directa ou indirectamente ao mercado francês; assim, só neste mercado é que podem ser consideradas como susceptíveis de ter incidência na relação de concorrência efectiva entre a K+S e a SCPA. Isto é válido, em primeiro lugar, relativamente à dissolução dos laços de distribuição entre a K+S e a SCPA, que têm por âmbito exclusivamente o mercado francês. Mas, em segundo lugar, aplica-se também à participação no cartel Kali-Export. No entendimento da Comissão, com efeito, embora esta participação não diga respeito às vendas no mercado comunitário, mas apenas à exportação para países terceiros, é susceptível de interferir com as vendas em França. Esta afirmação não é verificável, na falta de elementos de prova [116]; caso, todavia, se provasse, demonstraria, no máximo, a ausência de concorrência efectiva entre a K+S e a SCPA no mercado francês, ou seja, num mercado que, no próprio critério da Comissão, não constitui o mercado relevante. Daqui resulta que, se a tese da Comissão tivesse fundamento, a própria participação no cartel de exportação só teria incidência, no âmbito comunitário, sobre o mercado francês, o qual, repete-se, não constitui o mercado relevante para efeitos da decisão.

A este respeito, a conclusão a que o Governo francês chegou, de que a Comissão não demonstrou de que modo a aquisição da

116 — Efectivamente, a Comissão, nos seus articulados, afirmou ter suficientemente demonstrado, nos considerandos 57, 59, 61 e 67 da decisão, a existência dessas interferências. A leitura dos considerandos em questão mostra, contudo, que a Comissão se limitou a salientar aí os laços estruturais que existem entre a K+S e a SCPA.

MdK pela K+S determinava a criação de um duopólio susceptível de prejudicar a concorrência no mercado da Comunidade com exclusão da Alemanha, parece ter fundamento. Efectivamente, não é suficiente, para este efeito, tomar como base as relações existentes entre a K+S e a SCPA em França, que não constitui um mercado autónomo.

110. Pelo contrário, no que diz respeito à sociedade espanhola Coposa, o Governo francês afirma que a Comissão excluiu erradamente a sociedade em questão do alegado oligopólio constituído pela K+S e pela SCPA. Em qualquer caso, a Comissão, no entendimento do Governo francês, para demonstrar a exactidão da determinação do mercado geográfico comunitário com exclusão da Alemanha, não pode afirmar que a Coposa exporta de maneira significativa em França e, em seguida, para demonstrar a existência de uma posição dominante colectiva, defender que a Coposa tem fraca presença em França e que, em todo o caso, as suas vendas são canalizadas.

Quanto a este ponto, diremos já que não nos parecem convincentes os argumentos adiantados pela Comissão em sua defesa, segundo os quais os laços existentes entre a K+S e a SCPA são susceptíveis de caracterizar as suas relações face a todos os outros operadores e a eventual inclusão da Coposa no oligopólio não é, em todo o caso, determinante para efeitos da decisão, uma vez que só por hipótese provocaria um reforço da posição dominante colectiva. Efectivamente, é demasiado evidente que a determinação exacta dos participantes num oligopólio é uma questão prioritária em relação à sua apreciação, do mesmo modo que a verificação das condições de concorrência à margem do referido oligopólio [117]. No presente processo, parece, por isso, difícil, com base nos dados disponíveis e aplicando os critérios utilizados para incluir a K+S e a SCPA na posição dominante colectiva, excluir a Coposa do mesmo oligopólio. A este respeito, basta recordar aqui que a Coposa também participa no cartel Kali-Export e que vende em França essencialmente por intermédio da SCPA.

111. Também não nos parece decisivo, para demonstrar a ausência de concorrência entre a K+S e a SCPA e, assim, a existência ao seu nível de uma posição dominante colectiva, que, como o Governo francês alega no seu terceiro argumento, a K+S esteja pouco presente em França e, para uma parte das suas vendas neste país, utilize as redes de distribuição da SCPA. A primeira circunstância pode, efectivamente, ter várias explicações, por exemplo, a estrutura do mercado francês, as preferências dos consumidores, ou a estratégia comercial da sociedade alemã. Por outro lado, se se quisesse atribuir mais importância a este aspecto, seria necessário averiguar por que razão se verificam situações análogas, ou seja, a ausência em importantes mercados nacionais, em relação a todos os maiores operadores do sector; em especial, por que razão, na decisão recorrida, tratando-se do mercado alemão, a Comissão

117 — A este respeito, recorde-se, por exemplo, que a lista dos elementos a analisar no âmbito do controlo das operações de concentração, adoptada em 1990 pelo Bundeskartellamt (serviço federal dos cartéis) na Alemanha (em versão inglesa, publicada in *Fordham Corporate Law Institute*, 1991, pp. 161 e segs.), considera a ausência de concorrência entre os membros de um oligopólio e os concorrentes «externos» um elemento essencial para qualificar o oligopólio como dominante.

imputou a ausência da SCPA não às relações com a K+S mas a factores estruturais próprios deste mercado.

Quanto às vendas de produtos da K+S por intermédio da SCPA, há que salientar que, embora seja certo que grande parte das importações francesas de produtos da K+S passam pela SCPA, é também verdade que isso representa um volume de tal forma diminuto (1,4% do mercado relevante) que não pode constituir prova bastante do correcto fundamento da tese da Comissão.

112. Por fim, chegamos ao último argumento do Governo francês, relativo às implicações da aquisição da MdK pela K+S: em especial, afirma que a Comissão de modo algum provou que essa aquisição deu lugar a uma posição dominante em regime de duopólio, prejudicial para a concorrência. As empresas recorrentes apresentaram também um argumento análogo, realçando sobretudo a contradição que encerra a posição da Comissão, que, por um lado, aplicou a teoria da *failing company defence* a partir da ideia de que a MdK, em qualquer caso, desapareceria do mercado, dado a sua situação de crise ser irreversível, enquanto, por outro lado, considerou que a aquisição da MdK pela K+S — e a concentração que daí resulta — era susceptível de criar uma posição dominante em regime de duopólio, susceptível de prejudicar a concorrência.

Sobre este ponto, a Comissão recorda que a criação da posição dominante comum da K+S/MdK e da SCPA é efectivamente consequência da operação de concentração, dado que esta operação alterou consideravelmente as condições estruturais do mercado. Em especial, a Comissão salienta os seguintes elementos: a) a MdK assegura 25% da produção total de potássio na Comunidade; b) no momento da decisão, a taxa de utilização da capacidade de produção da MdK estava reduzida a 50%; c) por último, a quota de mercado de 7% constitui um elemento crucial, tendo em conta a circunstância de que a oferta, fora do grupo K+S/MdK e SCPA, é dispersa, e a quota de mercado do referido grupo, segundo a análise da Comissão, tem tendência a aumentar.

113. Salientaremos, em primeiro lugar, que as referidas afirmações da Comissão não respondem às objecções dos recorrentes. Tanto o Governo francês como as empresas recorrentes alegam, com efeito, a ausência de nexo de causalidade entre a *criação* do domínio em regime de oligopólio e a operação de concentração, ausência que resulta da circunstância de, segundo a análise efectuada sobre este ponto pela Comissão, a MdK estar de qualquer modo destinada a desaparecer do mercado. Em definitivo, como pode a aquisição da MdK provocar a criação de uma posição dominante colectiva, se — com ou sem operação de concentração — a quota de mercado da MdK iria de qualquer modo ser retomada pelos outros operadores do sector, após a sua saída do mercado?

Mesmo pressupondo que é exacta a análise da Comissão segundo a qual não é razoável

considerar que a quota detida pela MdK no mercado comunitário com exclusão da Alemanha passaria quase de certeza para a K+S [118] e que, assim, um dos critérios de que depende a aplicabilidade da teoria da *failing company defence* não está preenchido, não é menos verdade que toda a tese construída pela Comissão se afigura demasiado frágil, sob a perspectiva absolutamente imprescindível do nexo de causalidade entre a operação de concentração e a criação de uma posição dominante comum da K+S e da SCPA. Daqui resulta que o peso atribuído neste contexto à quota de mercado de 7%, detida pela MdK no mercado geográfico relevante, não se revela absolutamente decisiva.

O argumento do Governo francês não é destituído de fundamento. Na decisão proferida no processo Nestlé/Perrier, na qual o concorrente eliminado (a Perrier) representava uma quota de mercado, variável entre 35,9% e 44,2%, a Comissão considerou que «A redução de três para dois fornecedores (duopólio) não constitui uma simples operação de cosmética na estrutura do mercado. A operação de concentração levaria à supressão de um grande concorrente que tem as maiores reservas e volumes de venda no mercado. As marcas e as nascentes da Perrier seriam divididas entre os restantes dois fornecedores. Além disso, a redução de três para apenas dois fornecedores nacionais tornaria muito mais fácil a transformação de comportamentos paralelos anticoncorrenciais em abusos colectivos» [119]. A Comissão salientou assim o alcance e os efeitos da aquisição da Perrier, que, pela sua dimensão e pela sua quota de mercado, constituía um factor essencial de concorrência efectiva.

— As características do concorrente eliminado

114. No entendimento do Governo francês, a Comissão não analisou, como fez na decisão Nestlé/Perrier, as características do concorrente eliminado do mercado em consequência da operação de concentração, e, portanto, da MdK. Na opinião do Governo francês, a análise destas características levaria necessariamente à conclusão de que o desaparecimento da MdK do mercado não podia ter qualquer influência na operação de concentração, dado que se tratava, por outro lado, segundo a análise da Comissão, de uma empresa de qualquer modo destinada, pelo menos a médio prazo, a sair do mercado.

115. No presente caso, pelo contrário, a análise da decisão parece conter, pelo menos, algumas lacunas. Mesmo sem pretender dar uma importância excessiva à quota detida pela MdK no mercado comunitário (7%) [120], não podemos deixar de ter algumas dúvidas quanto à incidência efectiva do desaparecimento da MdK sobre a concorrência que se verifica no mercado. Além disso, não é feita, na decisão, qualquer referência às «impressionantes capacidades produtivas» da MdK referidas pela Comissão na sua

118 — V. considerando 79.

119 — Decisão 92/553 (já referida na nota 66, considerando 120).

120 — Esta quota, por outro lado, é igual à detida pela sociedade SIV, cuja aquisição pela Pilkington e pela Techint foi autorizada, sem condições, através da Decisão 94/359 (já referida na nota 87).

contestação [121], que, por outro lado, se mostram dificilmente conciliáveis com a qualificação da empresa como entidade económica sem viabilidade [122]. Por último, a decisão não contém qualquer indicação de que se possa concluir que a MdK, mesmo para além do seu peso efectivo, desempenha um papel essencial na manutenção da concorrência.

Em definitivo, consideramos que a Comissão não demonstrou que o desaparecimento da MdK do mercado comunitário com exclusão da Alemanha é susceptível de, ou pelo menos contribui para, determinar a criação de um duopólio constituído pela K+S/MdK e pela SCPA, susceptível de prejudicar de maneira significativa a concorrência.

— A posição dos concorrentes

116. O Governo francês invoca o carácter contraditório e insuficiente da análise que a decisão faz da posição dos concorrentes presentes no mercado relevante. Salienta, designadamente, a incoerência da atitude da Comissão, que minimiza a posição da CPL e da Coposa no mercado, enquanto, para efeitos da determinação do mercado geográfico relevante, acentua precisamente as exportações da Espanha e do Reino Unido para os outros Estados-Membros. O Governo francês discorda, além disso, da tese da Comissão segundo a qual a canalização através da SCPA das importações provenientes de países terceiros demonstra que a pressão concorrencial destes países sobre o duopólio é praticamente nula.

Também nesta perspectiva, o argumento do Governo francês não deixa de realçar determinadas lacunas objectivas da decisão.

117. Em primeiro lugar, não se pode aceitar o método seguido pela Comissão, a qual, para demonstrar a ausência de pressão da concorrência sobre o alegado oligopólio, adianta como prova a canalização das importações dos países terceiros para a França por intermédio da SCPA [123]. Desde logo, efectivamente, a França não constitui um mercado autónomo, para os efeitos que aqui nos interessam. Consequentemente, a análise dos elementos de avaliação da operação de concentração não pode ter exclusivamente em conta o mercado francês, devendo antes, e em qualquer caso, tomar em consideração o território definido na decisão como sendo o mercado relevante, que é constituído por toda a Comunidade com exclusão da Alemanha.

121 — V. p. 32.

122 — V. considerando 76 da decisão.

123 — V. pp. 33 e 34 da contestação, bem como p. 54 da réplica.

Igualmente insuficientes e contraditórias parecem ser as considerações da Comissão quanto à importância das importações da CEI, que, segundo os dados fornecidos pelo Governo francês [124] e não impugnados pela Comissão, aumentaram progressivamente, até atingirem 11% das vendas no interior da Comunidade, nível que não é certamente insignificante. Há que considerar, por outro lado, que os nove operadores que continuaram no mercado após a operação de concentração detêm quotas susceptíveis de criar uma situação em que o peso dos concorrentes do duopólio, alegadamente constituído pela K+S/MdK e pela SCPA, parece incontestavelmente significativo [125].

— Comparação entre a situação da K+S/MdK e a da SCPA

118. O Governo francês, por outro lado, na sua crítica aos critérios empregues no presente processo para afirmar a existência de um domínio em regime de oligopólio, impugna tanto o excessivo peso atribuído pela Comissão à quota de mercado detida no total pela K+S e pela SCPA como a circunstância de não ter sido tida em consideração a falta de simetria entre as duas empresas, falta essa que, em decisões anteriores, constituiu, pelo contrário, elemento significativo para negar a existência de uma posição dominante em regime de oligopólio.

A Comissão recorda que uma quota de mercado de 60% demonstra bem a existência de uma posição dominante colectiva, em especial quando, como no presente caso, existe uma diferença sensível em relação às quotas de mercado detidas pelos concorrentes. Embora admitindo que entre as empresas em questão existem diferenças consideráveis, a Comissão discorda da teoria segundo a qual um duopólio só é concebível em presença de empresas de características semelhantes.

119. Relativamente ao primeiro aspecto referido, saliente-se, em primeiro lugar, que a Comissão excluiu, no passado, a possibilidade de fixar limites a partir dos quais se presume o domínio colectivo; e que, em qualquer caso, autorizou, em recentes decisões [126], operações de concentração com acumulação de quotas equivalentes às calculadas no presente processo. Consequentemente, embora, em teoria, seja impossível negar qualquer importância a uma quota de 60%, a mesma não pode, em qualquer hipótese, por si só, ter um peso decisivo e constituir prova da existência de uma posição dominante em regime de oligopólio.

A isto acresce que os antecedentes da jurisprudência referidos pela Comissão não são relevantes, na medida em que se referem a posições dominantes individuais [127], o que justifica o valor de presunção reconhecido a uma quota de 45% a 80% do mercado. Por

124 — V. p. 42 da réplica.

125 — V. os dados constantes do quadro da p. 43 da réplica do Governo francês, não impugnados pela Comissão.

126 — V., por exemplo, a Decisão 94/359 (já referida na nota 87).

127 — Trata-se dos acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão (já referido na nota 96), de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão (322/81, Recueil, p. 3461), e de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão (C-62/86, Colect., p. I-3359).

outro lado, a quota de mercado é, nestes acórdãos, analisada sempre em conjunto com outros factores, como, por exemplo, a diferença (de pelo menos 50%) entre a primeira e a segunda empresas presentes no mercado.

120. Também não pensamos ser de partilhar da opinião da Comissão quanto ao segundo aspecto aqui referido, ou seja, a ausência da tomada em consideração da falta de simetria entre as empresas que se presume participarem no domínio colectivo.

Saliente-se, em primeiro lugar, que a falta de simetria entre as empresas interessadas, que, no presente processo, não é contestada [128], foi considerada decisiva pela Comissão, em outros casos, para pôr de parte a existência de um duopólio [129]; e isto tanto do ponto de vista das quotas de mercado, consideradas no seu conjunto e em relação com os mercados dos diferentes países, como sob a perspectiva do «poder económico», e como, por último, sob o aspecto da capacidade de produção. A este respeito, deve recordar-se que, na decisão Nestlé/Perrier, a Comissão precisou quais as implicações da simetria das empresas envolvidas e os motivos por que teve esse aspecto em consideração na avaliação dos efeitos da operação de concentração [130], salientando, designadamente, que a simetria das empresas tem um efeito claramente dissuasor para a concorrência e facilita comportamentos coordenados e em conluio. Consequentemente, consideramos que a defesa da Comissão, que se limita a invocar a falta de relevância da diferença entre a K+S e a SCPA para considerar que existe um duopólio, é inadequada. Também não pensamos que a Comissão tenha razão em, no presente processo, considerar destituída de relevância a prática que ela própria tem seguido na aplicação do regulamento. Efectivamente, embora seja verdade que a prática não constitui um parâmetro de referência imperativo, sendo susceptível de adaptações em função do caso concreto, é também certo que não pode ser destituída de qualquer valor, sobretudo na falta de elementos que permitam contestar a sua relevância.

121. As considerações desenvolvidas até ao presente momento trazem à luz uma série de lacunas e contradições na apreciação e na aplicação dos critérios elaborados pela Comissão, que levam a concluir que a fundamentação da decisão não é, no mínimo, coerente. Efectivamente, a Comissão não consegue demonstrar de maneira adequada, mesmo com base na sua prática, a existência, no mercado relevante, de uma posição dominante colectiva por parte da K+S/MdK e da SCPA, originada pela operação de concentração projectada.

Isto leva-nos a abordar apenas de forma breve os outros argumentos adiantados pelo Governo francês a respeito dos restantes elementos tomados em consideração na decisão. Mais exactamente, deter-nos-emos no modo como foram analisados os aspectos inerentes ao poder económico da clientela, às barreiras

128 — V. contestação da Comissão, pp. 37 a 58.

129 — Por exemplo, na decisão Pilkington-Techint/SIV (já referida na nota 87, considerando 55); *a contrario*, na decisão Mannesmann/Vallourec/Ilva (já referida na nota 58), a simetria das empresas envolvidas na operação de concentração, que eram detentoras, respectivamente, de quotas de 36% e de 33%, foi considerada pela Comissão como um incentivo à adopção de comportamentos paralelos.

130 — Decisão já referida na nota 66, considerando 123.

à entrada e às características do mercado e do produto, bem como ao paralelismo dos comportamentos.

— O poder económico da clientela

122. O Governo francês acusa a Comissão de não ter de modo algum tido em conta o critério relativo ao poder económico da clientela, em especial, de não ter analisado a natureza e o peso dos produtores e dos importadores de sais de potássio, o que poderia (e deveria) levar à conclusão de que a criação de uma posição dominante em regime de oligopólio por parte da K+S/MdK e da SCPA era altamente improvável.

A Comissão admite a importância do poder económico da clientela como «contrapeso» ao duopólio, que pode, assim, desencorajar um paralelismo de comportamentos; acrescenta, porém, que se trata apenas de um factor, entre outros, a ter em consideração para chegar a uma apreciação definitiva dos efeitos da operação de concentração em questão.

123. Ora, é inegável que no presente processo não foram tidos em conta o peso e as características dos diferentes tipos de clientela dos produtos considerados. Isto não permite determinar se, efectivamente, como afirma o Governo francês, as grandes multinacionais produtoras de adubos compostos têm um tal poder de compra susceptível de impedir os membros do oligopólio de reforçarem a respectiva posição ou se, pelo contrário, como a Comissão afirma, são as «bulk-blenders», ou seja, as empresas que efectuam as misturas de adubos, que ocupam um lugar importante entre a clientela. Também não se esclarece se estas «bulk-blenders» são realmente pequenas e médias empresas que não podem exercer uma pressão adequada sobre os produtores ou se, como afirma o Governo recorrente, a sua actividade é também exercida pelas filiais das grandes multinacionais. É lógico que uma resposta a esta questão era indispensável para determinar se a clientela tem ou não um poder económico efectivo.

A posição da Comissão parece, por isso, débil, tanto mais que o poder de negociação dos clientes é um factor de importância incontestável para determinar as condições da concorrência, uma vez que pode desencorajar a adopção de comportamentos contrários à concorrência. É, aliás, nesse sentido que deve ser interpretada a análise que a Comissão fez no processo Pilkington-Techint/SIV e no processo Nestlé/Perrier [131].

131 — Nesta decisão (já referida na nota 66), após uma análise pontual que não se verificou no presente processo, o peso da clientela foi considerado como não susceptível de exercer uma pressão real sobre os produtores (v., em especial, os considerandos 77 a 89).

124. As incertezas acima referidas permitem deixar de lado outros aspectos referidos pelo Governo francês, que, todavia, são inerentes às características da clientela. Acrescentaremos simplesmente, para maior clareza, que a afirmação do Tribunal de Primeira Instância, contida no acórdão vidro plano, segundo a qual a Comissão «... não está obrigada a apreciar, nas suas decisões, cada um dos argumentos apresentados pelas empresas em causa» [132], não apoia a tese da mesma, ao contrário do que esta instituição afirmou ao longo do processo.

Efectivamente, o poder económico da clientela não constitui um argumento invocado pelos recorrentes durante a fase administrativa do processo e não retomado na decisão, mas sim um elemento de análise importante para determinar se existe ou não uma posição dominante em regime de oligopólio. Enquanto tal, deve necessariamente ser analisado, sem o que a decisão pode conter uma lacuna susceptível de afectar o seu fundamento. De resto, justamente no acórdão que acaba de ser citado, o Tribunal de Primeira Instância, referindo-se ao artigo 86.°, afirmou que a análise dos aspectos do mercado, cuja falta de tomada em consideração tinha sido invocada pelos recorrentes, «... era indispensável para a apreciação da questão da posição dominante...» [133], confirmando deste modo a necessidade de a Comissão basear as suas verificações em inquéritos tão completos e exaustivos quanto possível.

— As barreiras à entrada

125. A Comissão é acusada de, na parte da decisão dedicada à existência de uma posição dominante colectiva, não ter efectuado qualquer análise relativamente à existência de barreiras à entrada, factor considerado como revestindo grande importância na prática da Comissão. Isto é tanto mais inexplicável quanto a ausência de obstáculos deste tipo foi salientada na decisão para efeitos da delimitação do mercado geográfico relevante.

Na realidade, a Comissão admite a ausência de barreiras à entrada no interior da Comunidade. Acrescenta, porém, que, no presente processo, existem dois tipos de barreiras à entrada para as empresas de países terceiros, ou seja, as medidas *antidumping* relativamente às importações provenientes da CEI e o monopólio legal da SCPA, nos termos do qual todas as importações para França, provenientes de países terceiros, passam através desta empresa.

126. Diremos desde já que temos fortes dúvidas de que os elementos que acabámos de citar constituam barreiras à entrada. Os direitos *antidumping* não o são certamente, dado que, conforme a Comissão afirma, pretendem restabelecer a concorrência e não prejudicar as trocas [134]. A isto acresce que a

132 — Acórdão vidro plano (já referido na nota 38, n.° 363).
133 — *Idem*, n.° 363.
134 — V. p. 61 da tréplica.

sua verdadeira incidência ao nível das importações não foi de modo algum demonstrada, menos ainda com base em dados objectivos. Muito pelo contrário, as apreciações contidas na decisão relativas aos diferentes mercados nacionais (considerando n.º 64) são antes susceptíveis de fazer presumir o contrário.

Quanto ao monopólio da SCPA, observamos, por outro lado, que, neste ponto, se verifica a deficiência já salientada por diversas vezes, ou seja, a tendência da Comissão para efectuar uma análise limitada à França, como se o mercado francês constituísse o mercado geográfico relevante na acepção da decisão. Acrescente-se que, embora sem se limitar ao alcance dos efeitos de um monopólio desse tipo, a presença em diferentes países da Comunidade, reconhecida pela própria Comissão [135], de fluxos de importações provenientes de países terceiros, significativos ao ponto de representarem uma parte preponderante do mercado, leva antes a concluir que não está demonstrada a existência de barreiras à entrada.

— As características do mercado e do produto

127. Por último, no que diz respeito às características do mercado e do produto, habitualmente consideradas como elementos de análise significativos, limitar-nos-emos, como fez o Governo francês, a salientar que, entre as apreciações da Comissão, aliás caracterizadas por um certo laconismo, não se encontra uma análise aprofundada e pontual dos preços praticados pela K+S e pela SCPA [136], elemento absolutamente essencial para demonstrar a transparência do mercado (que, como se sabe, facilita comportamentos uniformes) e apreciar a elasticidade da procura, nem da estrutura dos custos de ambas as empresas, que, se forem diferentes, podem constituir um incentivo a um comportamento concorrencial.

É inútil recordar que estas omissões, relativas a aspectos determinantes, contribuem para enfraquecer a análise realizada pela Comissão bem como os respectivos resultados. Consideramos, por isso, que não é necessário aprofundar os restantes elementos «estruturais» referidos, como os relativos à homogeneidade do produto, relativamente aos quais, por outro lado, não partilhamos da posição do Governo francês, como já salientámos na análise da delimitação do mercado geográfico relevante.

— A existência de comportamentos paralelos

128. As apreciações da Comissão sobre este ponto, como correctamente refere o Governo francês, não são de modo algum

135 — V. p. 61 da tréplica.

136 — V., sobre este ponto, o que já foi salientado a respeito da determinação do mercado geográfico relevante.

convincentes. Na realidade, as circunstâncias de que a Comissão pretende extrair elementos de prova relativos à existência do domínio comum por parte da K+S/MdK e da SCPA revelam-se destituídas de significado, sobretudo quando comparadas com aquelas a que foi atribuído valor em outras decisões.

Efectivamente, é demasiado evidente que o acordo entre a K+S e a SCPA, declarado incompatível com o artigo 85.° em 1973 [137], não pode deixar de ser considerado como um indício demasiado fraco para levar a presumir — a mais de vinte anos de distância — a ausência de concorrência entre a K+S e a SCPA [138]. Do mesmo modo, as considerações relativas à menor presença da K+S no mercado francês não são decisivas na perspectiva aqui considerada e podem muito bem ter explicação diferente, tal como salientámos ao analisar as relações estruturais entre a K+S e a SCPA.

129. Estas observações têm, por outro lado, apoio na circunstância de que os elementos tidos em consideração para este efeito em decisões anteriores eram de natureza totalmente diferente. Na decisão Nestlé/Perrier, por exemplo, após realçar o nível muito reduzido da concorrência no aspecto dos preços, a Comissão verificou a existência de um elevado grau de paralelismo dos preços praticados pelos três produtores interessados na operação de concentração, acompanhado da criação de instrumentos de transparência destinados a facilitar a coordenação das políticas de preços e o controlo recíproco dos mesmos [139]. Por outro lado, no mesmo processo, a Comissão tomou em consideração, como indício das relações entre as empresas interessadas, a sua reacção à tentativa de aquisição por um operador externo, reacção considerada como «... uma medida conjunta de dissuasão à entrada no mercado» [140]. No processo Pilkington-Techint/SIV, pelo contrário, a Comissão considerou que certos acordos celebrados entre as empresas interessadas, condenadas em 1988, portanto, apenas cinco anos antes da decisão, e pelo Bundeskartellamt somente alguns meses antes da decisão, eram susceptíveis de favorecer comportamentos paralelos contrários à concorrência [141].

Trata-se, já à primeira vista, de elementos nitidamente mais significativos e demonstrativos do que os que foram tidos em consideração no presente processo.

130. À luz de todas as considerações desenvolvidas, consideramos que a Comissão não aplicou de modo coerente, no presente processo, os critérios por ela elaborados para determinar a existência de uma posição dominante colectiva. E isto não é tudo;

137 — JO 1973, L 217, p. 3. Sobre este ponto, v. considerando 57 da decisão.

138 — E isto mesmo sem ter em conta, no plano sistemático, o princípio enunciado no acórdão vidro plano, no qual se esclarece que «...para se apurar uma infracção ao artigo 86.° do Tratado não basta... "reciclar" os factos constitutivos de uma infracção ao artigo 85.°, daí retirando a constatação de que as partes num acordo ou numa prática ilícita detêm, em conjunto, uma parte de mercado importante, que por esse simples facto detêm uma posição dominante colectiva e que o seu comportamento ilícito constitui abuso dela» (acórdão já referido na nota 38, n.° 360).

139 — V. considerandos 59, 121 e 122 da decisão.

140 — V. considerando 127 da decisão.

141 — Decisão 94/359 (já referida na nota 87, considerando 32). Não será destituído de interesse acrescentar aqui que o elemento em questão não foi julgado susceptível de levar à imposição de condições e menos ainda à recusa da autorização da operação de concentração.

embora admitindo, como já fizemos, que seja possível adaptar o conceito de posição dominante colectiva às particularidades do controlo sobre as operações de concentração, bem como às características do presente processo, não é menos necessário que a Comissão, no âmbito do controlo das operações de concentração, forneça elementos suficientes para provar o nexo de causalidade entre a operação de concentração e a posição dominante colectiva [142].

O presente processo não contém qualquer elemento deste tipo. Muito pelo contrário, determinados indícios não despiciendos levam a rejeitar a tese da Comissão. Em definitivo, consideramos que a Comissão de modo algum demonstrou que a operação de concentração analisada cria uma dominação conjunta por parte da K+S/MdK e da SCPA, susceptível de entravar a concorrência de modo significativo.

d) *A imposição de condições e encargos que se repercutem em terceiros alheios à operação de concentração* (processos C-68/94 e C-30/95)

131. A apreciação do fundamento relativo à legalidade da imposição de encargos a terceiros relativamente à operação de concentração pressupõe, evidentemente, por um lado, que a posição dominante colectiva seja relevante para efeitos da aplicação do regulamento e, por outro, que a Comissão tenha efectivamente demonstrado a existência, no caso concreto, de uma posição dominante colectiva.

Tendo em conta as conclusões a que chegámos, em especial, no que respeita à utilização no presente processo do conceito de posição dominante colectiva, não é necessário analisar o fundamento em questão. Para sermos exaustivos, deter-nos-emos, porém, também sobre os argumentos adiantados pelos recorrentes sobre este ponto.

132. O Governo francês afirma que, mesmo pressupondo que o regulamento seja aplicável às posições dominantes colectivas, ele não permite que se faça depender a declaração de compatibilidade de condições e encargos que, como no presente processo, têm incidência directa sobre a posição de terceiros alheios à operação. Para este efeito, alega que o artigo 8.°, n.° 2, do regulamento apenas autoriza a Comissão a aceitar das empresas notificantes compromissos relativos à operação de concentração em sentido estrito e não compromissos que se repercutam substancialmente em terceiros.

As empresas recorrentes, que concordam com o Governo francês quanto à impossibilidade de, com base no regulamento, impor condições e encargos que se repercutam em

142 — Se assim não fosse, acabar-se-ia por fazer depender a declaração da existência de uma posição dominante colectiva, nociva à concorrência, de uma análise baseada em meras suposições, alheias a qualquer elemento concreto, e, assim, sem qualquer fiabilidade.

terceiros, alegam, no essencial, que, mesmo considerando provada no presente processo a existência de uma posição dominante colectiva, não é menos verdade que as condições previstas não são idóneas nem adequadas para manter a concorrência efectiva no mercado em causa.

1) *A possibilidade de aplicar o artigo 8.°, n.° 2, a empresas alheias à operação de concentração*

133. Diremos em primeiro lugar que é de partilhar a tese do Governo francês. Efectivamente, o artigo 8.°, n.° 2, do regulamento autoriza a Comissão apenas a fazer depender a declaração de compatibilidade de «... condições e obrigações destinadas a garantir que as empresas em causa respeitem os compromissos assumidos perante a Comissão com vista a alterarem o projecto inicial de concentração...». Esta redacção dá a entender que de modo algum está incluído nos poderes da Comissão o de intervir junto de operadores alheios à operação de concentração, mesmo que a Comissão considere que estes formam um oligopólio com as empresas que notificaram o projecto.

Por outras palavras, o artigo 8.°, n.° 2, limita expressa e claramente o poder da Comissão à faculdade de obter da parte das empresas interessadas compromissos com vista «a alterarem o projecto inicial de concentração...», pelo que exclui qualquer possibilidade de adopção de alterações estruturais do quadro da concorrência em que tem lugar a operação. O poder de alterar o projecto não pode, assim, na falta de disposição expressa nesse sentido, tornar-se num poder mais geral de reestruturação de todo um mercado e/ou sector industrial.

134. Esta solução não parece poder ser seriamente posta em causa pelos argumentos da Comissão, nos termos dos quais: a) a decisão apenas impôs condições e encargos às empresas que são partes na operação de concentração, destinados a assegurar o respeito dos compromissos assumidos pelas partes que notificaram o projecto; b) uma proibição de uma operação de concentração devido à circunstância de as condições em questão serem susceptíveis de afectar os interesses de terceiros, é contrária aos objectivos prosseguidos pelo regulamento e é incompatível com o princípio da proporcionalidade.

Quanto a este último aspecto, remete-se para o que já referimos ao analisar a aplicabilidade do regulamento às posições dominantes colectivas, tendo em conta considerações de carácter económico e as finalidades do mesmo regulamento [143]. No que se refere ao primeiro aspecto, basta observar que, embora seja verdade, como afirmou a Comissão, que é da própria natureza do controlo das operações de concentração que os compromissos assumidos pelas partes notificantes possam ter efeitos, mesmo indirectos, sobre terceiros, é também igualmente certo que, no presente processo, não se trata certamente de condições que têm incidência sobre terceiros, mas antes de condições que dizem objectiva e

143 — V., *supra*, n.os 94 a 98.

subjectivamente respeito a terceiros, e isto, pelo menos, na mesma medida em que dizem respeito às partes. A prática invocada pela Comissão também não permite deslocar os termos do problema: trata-se, com efeito, de decisões que não impõem condições respeitantes directamente a terceiros e que não são, por isso, equiparáveis à decisão recorrida [144]. Além disso e de qualquer modo, permanece que «... uma simples prática não pode prevalecer sobre as normas do Tratado» [145], nem, acrescentamos nós, sobre disposições contidas num acto de direito derivado que seja claramente contrário à prática da Comissão. Como já salientámos noutra ocasião, seria, com efeito, absurdo admitir que uma violação das normas se torne legítima apenas através da sua repetição!

2) *A natureza adequada das condições impostas no presente processo para a manutenção de uma concorrência efectiva*

135. Este aspecto foi referido em especial pelas empresas recorrentes, que alegam que estas condições não são necessárias nem adequadas para manter uma concorrência efectiva no mercado em causa; como tais, essas condições não podem permitir alcançar o objectivo previsto no artigo 2.°, n.° 2, do regulamento.

Em última análise, a SCPA e a EMC invocam o carácter arbitrário das condições previstas na decisão recorrida, que, em nada e de forma alguma, diziam e dizem respeito ao projecto de concentração, referindo-se exclusivamente às relações contratuais entre sociedades objectiva e subjectivamente alheias ao referido projecto e que, além disso, se aplicam num âmbito geográfico diferente do do mercado relevante [146].

136. A este respeito, observaremos a título liminar que a eficácia das condições previstas no plano da concorrência se afigura duvidosa, quer devido à diferença geográfica já salientada entre o objecto das condições e o mercado em causa, quer devido à ausência de elementos de prova que demonstrem que essas condições são adequadas para garantir que a operação de concentração esteja em conformidade com as disposições do regulamento. Sob este ponto de vista, afigura-se-nos que é de partilhar da opinião das empresas recorrentes, nos termos da qual, na determinação das condições a impor nos termos do artigo 8.°, n.° 2, do regulamento, a Comissão deve basear-se em apreciações sérias e aprofundadas e não em considerações

144 — A Comissão refere-se, designadamente, às decisões de 4 de Maio de 1993, processo KNP/BT/VRG (JO L 217, p. 35); de 19 de Dezembro de 1991, processo Courtaulds/SNIA (JO C 333, p. 16); e de 31 de Julho de 1991, processo Varta/Bosch (JO L 320, p. 26).

145 — Acórdão de 9 de Agosto de 1994, França/Comissão (C-327/91, Colect., p. I-3641, n.° 36).

146 — O alcance destas condições demonstra antes que, caso o entendesse oportuno, a Comissão poderia ter agido contra os supostos participantes no duopólio (SCPA/EMC e K+S), utilizando outros instrumentos e, designadamente, o artigo 85.°, como, aliás, fez, paralelamente ao processo aqui em questão, relativamente à filial comum canadiana Potacan, objecto de um inquérito nos termos do Regulamento n.° 17 (já referido na nota 51).

hipotéticas do tipo das utilizadas pela Comissão para justificar as condições impostas no presente processo.

Dado que, recorde-se, considerámos que o recurso interposto pelas empresas recorrentes é inadmissível na medida em que tem em vista obter a anulação das condições relativas à empresa comum Potacan, a breve análise que se segue será dedicada às condições relativas à retirada da sociedade Kali-Export e à rescisão dos contratos de distribuição, não fazendo mais do que recordar os pontos já abordados exaustivamente na análise das relações estruturais entre a K+S e a SCPA [147]

A Comissão responde que a estrutura do mercado em questão era de tal modo que não se podia excluir que a cooperação da K+S e da SCPA no seio do cartel Kali-Export tivesse um efeito indirecto sobre o comportamento contrário à concorrência dos membros do cartel no mercado comunitário. Em especial, salienta que: a) a K+S está presente de maneira muito marginal no mercado francês, b) a CPL teve acesso ao mercado francês, aumentando as suas vendas neste mercado em 13%, em seis anos, apenas após ter saído do cartel Kali-Export e c) a Coposa está pouco presente no mercado francês, no qual, por outro lado, uma parte importante do potássio que produz é vendida pela SCPA.

— A condição relativa à retirada da K+S do cartel Kali-Export

137. As empresas recorrentes alegam, em primeiro lugar, que a existência da Kali-Export e a participação da K+S, da MdK e da SCPA no capital da mesma não são susceptíveis de ter o mínimo efeito sobre as condições da concorrência no interior da Comunidade. Em todo o caso, a Comissão não demonstrou de modo algum o efeito contrário à concorrência da participação da K+S no cartel Kali-Export.

138. Os argumentos avançados pela Comissão, tal como acabam de ser expostos, não nos parecem capazes de responder às objecções das empresas recorrentes. Efectivamente, a Comissão não demonstrou que a fraca presença da K+S no mercado francês se deva ao facto de pertencer ao cartel de exportação Kali-Export, uma vez que esta situação, como as recorrentes salientaram, bem poderia ser explicada por factores históricos e geográficos. Por outro lado, embora seja verdade, como a Comissão afirmou, que, em matéria de operações de concentração, não são válidos os princípios relativos à aplicação dos artigos 85.° e 86.°, é também certo que a Comissão não pode basear a sua apreciação em meras presunções e probabilidades. Em qualquer caso, compete-lhe demonstrar que as condições em questão são necessárias para garantir a manutenção de uma concorrência efectiva.

147 — V., *supra*, n.os 107 a 113.

Ora, no presente processo, a Comissão não só não explicou de maneira convincente de que forma a ausência de colaboração no âmbito de um cartel que exerce a sua acção no mercado extracomunitário é susceptível de garantir uma concorrência efectiva no mercado comunitário com excepção da Alemanha, como também não demonstrou que a fraca presença da K+S ou da Coposa no mercado francês se deva ao facto de pertencerem ao cartel em questão. Quanto à circunstância de a CPL ter aumentado as suas exportações em França apenas após a sua saída da Kali-Export, é evidente que essa circunstância se pode dever precisamente à opção da CPL de se concentrar no mercado comunitário ou, como as recorrentes alegaram e não foi contestado pela Comissão, às dificuldades de exploração que a CPL teve de enfrentar ao longo do período em que fez parte da Kali-Export.

— A condição relativa à rescisão dos contratos de distribuição entre a K+S e a SCPA

139. No entendimento das recorrentes, a Comissão de modo algum demonstrou de que forma e por que razão a rescisão dos contratos de distribuição celebrados entre a K+S e a SCPA seria susceptível de garantir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado comunitário com excepção da Alemanha. Em seu critério, na verdade, estes laços só produzem efeitos no mercado francês.

Por outro lado, os laços em questão consistem num contrato de 28 de Junho de 1985 relativo à distribuição de produtos que não contêm potássio, mas sim quiserite. Quanto ao restante, a SCPA limita-se a comprar o potássio utilizado pela EMC ou destinado à venda no exterior do mercado francês. Por último, a SCPA adquire à K+S produtos de potássio que contêm magnésio e são vendidos em França, mas, conforme resulta da decisão, estes produtos não estão incluídos no mercado do produto relevante.

140. Tendo em conta a situação que acaba de ser descrita, e que, aliás, não foi contestada pela Comissão, que, na realidade, se limitou a invocar a importância da criação pela K+S da sua própria rede de distribuição no mercado francês, é demasiado evidente que a K+S e a SCPA não tinham qualquer relação privilegiada para a distribuição de produtos à base de potássio. Porém, não é destituído de interesse recordar que a redacção da decisão levou a K+S a pôr termo à única relação de distribuição existente com a SCPA: o contrato relativo à quiserite, ou seja, reitera-se, a um produto que a decisão considerou não incluído no mercado relevante.

Este elemento, para além de qualquer outra apreciação, contribui para confirmar a justeza da tese das recorrentes relativa à incidência directa da decisão nos seus interesses, e reforça também as dúvidas quanto à utilidade das condições impostas para efeitos da eliminação da posição dominante em regime de duopólio alegadamente criada pela operação de concentração.

Conclusões

141. As considerações que antecedem demonstram, em nosso entender, que, no presente processo, foram cometidos erros na interpretação e na aplicação das disposições do regulamento «concentrações».

Trata-se, agora, de averiguar se esses erros justificam a anulação total da decisão ou apenas a sua anulação parcial, ou seja, limitada à parte que se refere às condições relativas às sociedades recorrentes. Pelas razões que esclareceremos, consideramos ser esta última a solução mais adequada.

142. Saliente-se, em primeiro lugar, a falta de fundamento da tese da Comissão, segundo a qual a anulação parcial da decisão constitui uma forma de alteração do equilíbrio institucional, dado que o órgão jurisdicional comunitário não é competente para reformar a decisão da Comissão, sobrepondo-se a esta na avaliação da operação de concentração.

A este respeito, limitar-nos-emos a observar que é do próprio regulamento, bem como da jurisprudência bem assente do Tribunal de Justiça [148], que resulta a faculdade de o Tribunal anular apenas em parte uma decisão proferida *in subiecta materia*. Por outro lado, seria absurdo afirmar que o exercício pelo Tribunal de Justiça de um poder que lhe foi expressamente atribuído ofende as prerrogativas e as competências da Comissão. Recorde-se, ainda, que, para efeitos de anulação parcial, é necessário que estejam preenchidos os requisitos estabelecidos pela jurisprudência sobre a matéria, com vista, em última análise, a garantir que a anulação parcial não conduza a esvaziar de qualquer conteúdo a decisão recorrida [149].

143. Tendo em conta quanto antecede, consideramos que é possível proceder à anulação parcial da decisão e que essa solução pode ser adoptada qualquer que seja

148 — Acórdão de 20 de Março de 1957, Sociedades mineiras do Ruhr/Alta Autoridade (2/56, Colect. 1954-1961, p. 121).

149 — V., neste sentido, o acórdão de 28 de Junho de 1972, Jamet/Comissão (37/71, Recueil, p. 483, n.os 11 e 12, Colect., p. 169).

o fundamento, de entre os invocados pelas partes e que julgámos correctos, que o Tribunal considere procedente. Efectivamente, quer o Tribunal de Justiça se incline para a inaplicabilidade, em princípio, do regulamento às posições dominantes colectivas ou julgue inexistente, ou, em qualquer caso, insuficientemente demonstrada a existência de uma posição dominante colectiva, isso faria desaparecer a premissa com base na qual a Comissão impôs às empresas recorrentes as condições impugnadas. Recorde-se, com efeito, que estas condições foram previstas para evitar que a operação de concentração criasse uma situação de domínio em regime de oligopólio, susceptível de entravar a concorrência no mercado comunitário.

Em nossa opinião, estas observações são também válidas para o caso de, uma vez postos de parte os problemas relativos à aplicação das disposições do regulamento aos oligopólios e demonstrada a existência de uma posição dominante colectiva, o Tribunal de Justiça chegar à conclusão de que o artigo 8.°, n.° 2, do regulamento não autoriza a Comissão a impor condições que tenham incidência directa nos interesses de terceiros alheios à operação de concentração. O resultado será evidentemente o mesmo se as condições em questão forem entendidas como inadequadas a garantir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa. Do mesmo modo, se as condições em questão forem julgadas inadequadas para garantir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, a melhor solução será, uma vez mais, a anulação das condições e, por isso, a anulação parcial da decisão.

144. Em definitivo, em todas as hipóteses que abordámos, é possível anular as condições sem privar de toda e qualquer substância a decisão no seu todo [150]. A este respeito, não é destituído de interesse salientar a plena autonomia objectiva da apreciação dos efeitos da operação de concentração sobre o mercado comunitário — no âmbito da qual se inscrevem as condições litigiosas — em relação à que respeita ao mercado alemão, autonomia em razão da qual se admite uma limitação *ratione materiae* do dispositivo, destinada a preencher as condições impostas pela jurisprudência nesta matéria.

Por outro lado, a anulação parcial da decisão também não é susceptível de afectar o seu alcance. Acrescente-se que, no presente processo, a decisão impugnada é

150 — Neste caso, por outro lado, pode encarar-se a hipótese de a Comissão, devido à reabertura dos prazos previstos no artigo 10.°, n.° 5, do regulamento, determinar novas condições diferentes ou demonstrar, mais aprofundada e documentadamente, a eficácia das condições iniciais no plano da protecção da concorrência. Essa eventualidade, embora possível em teoria, não nos parece, contudo, provável, uma vez que implica a reanálise de uma operação que já produziu efeitos e que tornaria, assim, muito difícil uma apreciação à luz do *status quo ante*.

globalmente favorável às empresas interessadas; isto constitui, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, um elemento relevante para julgar procedente um recurso de anulação parcial [151].

145. Quanto às despesas, sugere-se, nos termos do artigo 69.°, n.° 3, do Regulamento de Processo, que se considerem compensadas no que respeita ao processo C-68/94. Quanto ao processo C-30/95, entendemos, pelo contrário, com base na mesma disposição, que o facto de a Comissão ser, no essencial, vencida, impõe que a mesma seja condenada nas despesas, incluindo as efectuadas pelas empresas intervenientes. Em contrapartida, os Governos que intervieram nos processos em questão suportarão as respectivas despesas.

146. À luz das observações que antecedem, propomos, assim, que o Tribunal:

— *no processo C-68/94:*

a) anule o artigo 1.° da Decisão 94/449/CE da Comissão, de 14 de Dezembro de 1993, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho (Processo n.° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand), na parte em que faz depender a declaração de compatibilidade da operação de concentração do respeito das condições e dos encargos referidos no considerando 63;

b) negue provimento ao recurso quanto ao restante;

c) julgue compensadas as despesas entre as partes, ficando a cargo do Governo alemão as despesas relativas à sua intervenção.

— *no processo C-30/95:*

a) julgue admissíveis os recursos interpostos pelas sociedades SCPA e EMC, com excepção do fundamento relativo ao compromisso respeitante à sociedade canadiana Potacan;

151 — Acórdão Transocean Marine Paint/Comissão (já referido na nota 39, n.° 21).

b) anule o artigo 1.° da Decisão 94/449/CE da Comissão, de 14 de Dezembro de 1993, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho (Processo n.° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand), na parte em que faz depender a declaração de compatibilidade da operação de concentração do respeito das condições e dos encargos referidos no considerando 63;

c) condene a Comissão nas despesas, incluindo as efectuadas pelas empresas intervenientes. O Governo francês suportará as suas próprias despesas.