

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
(Sala Cuarta ampliada)
de 23 de febrero de 2006 *

En el asunto T-282/02,

Cementbouw Handel & Industrie BV, con domicilio social en Le Cruquius (Países Bajos), representada por los Sres. W. Knibbeler, O. Brouwer y P. Kreijger, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada inicialmente por los Sres. A. Nijenhuis, K. Wiedner y W. Mölls, y posteriormente por los Sres. Nijenhuis, É. Gippini Fournier y A. Whelan, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: inglés.

que tiene por objeto que se anule la Decisión 2003/756/CE de la Comisión, de 26 de junio de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, por la que se declara la compatibilidad de una concentración con el mercado común y el Acuerdo EEE [asunto COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK)] (DO 2003, L 282, p. 1; corrección de errores en DO 2003, L 285, p. 52),

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

integrado por el Sr. H. Legal, Presidente, y la Sra. P. Lindh, el Sr. P. Mengozzi, la Sra. I. Wiszniewska-Białecka y el Sr. V. Vadapalas, Jueces;

Secretaria: Sra. K. Andová, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 6 de julio de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

- 1 El 24 de enero de 2002, la empresa Franz Haniel & Cie GmbH (en lo sucesivo, «Haniel») y la demandante notificaron a la Comisión una operación de concentración, conforme al artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del

Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1, publicado nuevamente, tras su corrección de errores, en el DO 1990, L 257, p. 13), modificado por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1). Según dicha notificación, Haniel y la demandante habían adquirido en 1999 el control conjunto, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 4064/89, de la empresa neerlandesa Coöperatieve Verkoop- en Produktievereniging van Kalkzandsteenproducenten (en lo sucesivo, «CVK») y sus once empresas miembros, mediante contrato y por medio de la compra de participaciones sociales propiedad de la empresa alemana RAG AG (en lo sucesivo, «RAG»).

- 2 Haniel es un holding alemán diversificado que fabrica y comercializa materiales de construcción de muros, como ladrillos silicocalcáreos, hormigón celular y hormigón preparado en el sector de los materiales de construcción. Haniel ejerce sus actividades fundamentalmente en Alemania. En cuanto a los Países Bajos, antes de la operación de concentración, Haniel poseía participaciones en varias empresas fabricantes de ladrillos silicocalcáreos, miembros de CVK.
- 3 La demandante, que en el pasado formaba parte del grupo neerlandés NBM Amstelland BV, ejerce su actividad en los Países Bajos en el mercado de los materiales de construcción y, en términos más generales, en los mercados de la construcción, la logística y el negocio de materias primas. En el momento de adoptarse la Decisión 2003/756/CE relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento n° 4064/89, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común y el Acuerdo EEE [asunto COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK)] (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), la demandante era propiedad de la sociedad de cartera CVC Capital Partners Group Ltd.
- 4 CVK existe desde 1947 y estaba inicialmente encargada de la venta de la producción de sus empresas miembros, los fabricantes neerlandeses de ladrillos silicocalcáreos. En 1989, CVK se transformó en cooperativa para mejorar la colaboración entre sus miembros.

- 5 Antes de realizarse la operación de concentración, cinco de las once empresas miembros de CVK –Kalkzandsteenfabriek De Hazelaar BV (en lo sucesivo, «De Hazelaar»), Kalkzandsteenindustrie Loevestein BV (en lo sucesivo, «Loevestein»), Steenfabriek Boudewijn BV (en lo sucesivo, «Boudewijn»), Kalkzandsteenfabriek Hoogdonk BV (en lo sucesivo, «Hoogdonk») y Kalkzandsteenfabriek Rijsbergen BV (en lo sucesivo, «Rijsbergen»)– eran filiales de Haniel. Tres fábricas de ladrillos –Kalkzandsteenfabriek Harderwijk BV (en lo sucesivo, «Harderwijk»), Kalkzandsteenfabriek Roelfsema BV (en lo sucesivo, «Roelfsema») y Kalkzandsteenfabriek Bergumermeer BV (en lo sucesivo, «Bergumermeer»)– eran filiales de la demandante, mientras que dos fabricantes –Anker Kalkzandsteenfabriek BV (en lo sucesivo, «Anker») y Vogelenzang Fabriek van Bouwmaterialen BV (en lo sucesivo, «Vogelenzang»)– eran filiales de RAG. Finalmente, un fabricante, la empresa Van Herwaarden Hillegom BV (en lo sucesivo, «Van Herwaarden»), era propiedad conjunta de Haniel ([confidencial] %),¹ la demandante ([confidencial] %) y RAG ([confidencial] %).
- 6 En 1998, la Nederlandse Mededingingsautoriteit (autoridad neerlandesa de la competencia; en lo sucesivo, «NMa») recibió la notificación de un proyecto de concentración en el que CVK pretendía adquirir el control de sus empresas miembros. Dicho control debía transmitirse en el marco de la celebración de un contrato de agrupación, así como una modificación de los estatutos de CVK. El 23 de abril de 1998, la NMa decidió iniciar el procedimiento denominado «segunda fase». Mediante resolución de 20 de octubre de 1998, la NMa cerró el procedimiento de segunda fase y autorizó el proyecto controvertido.
- 7 Antes de realizarse la operación, RAG había tomado la decisión de vender a Haniel y a la demandante sus participaciones en las empresas miembros de CVK. En marzo de 1999, las partes comunicaron sus intenciones a la NMa. Mediante escrito de 26 de marzo de 1999, ésta les señaló que la compraventa proyectada no constituiría una operación de concentración en el sentido del artículo 27 de la wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) (Ley de 22 de mayo de 1997 por la que se establecen nuevas reglas sobre la competencia económica) (Stbl. 1997, nº 242), siempre que la operación autorizada mediante resolución de 20 de octubre de 1998 se hubiera realizado, a más tardar, en el momento de dicha compraventa.

¹ – Información confidencial.

- 8 El 9 de agosto de 1999, CVK y sus empresas miembros celebraron el contrato de agrupación a que se refiere el apartado 6 anterior. Los estatutos de CVK se modificaron ese mismo día con objeto de dar cumplimiento a las estipulaciones del contrato de agrupación (en lo sucesivo, se hará referencia a estos dos acuerdos como «primer grupo de transacciones»). También ese mismo día, RAG vendió sus participaciones en tres de las empresas miembros de CVK (Anker, Vogelenzang y Van Herwaarden) (en lo sucesivo, «transacción RAG»), a Haniel y a la demandante que, asimismo, celebraron un contrato de colaboración para regular su cooperación en el seno de CVK (en lo sucesivo, se hará referencia a estas dos transacciones, consideradas conjuntamente, como «segundo grupo de transacciones»).

- 9 Habiendo tenido conocimiento de la operación de 9 de agosto de 1999 con ocasión del estudio de otras dos operaciones de concentración notificadas por Haniel (asuntos COMP/M.2495 — Haniel/Fels y COMP/M.2568 — Haniel/Ytong), la Comisión, mediante escrito de 22 de octubre de 2001, informó a la demandante, así como a las otras dos empresas participantes, de que debía notificársele la operación, conforme al artículo 4 del Reglamento n° 4064/89.

- 10 Tal como se ha señalado en el apartado 1 anterior, Haniel y la demandante notificaron la operación, conforme al artículo 4 del Reglamento n° 4064/89, el 24 de enero de 2002.

- 11 El 25 de febrero de 2002, la Comisión aprobó una Decisión conforme al artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 4064/89, en la que consideraba que la operación de concentración notificada planteaba serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»).

- 12 El 25 de abril de 2002, la Comisión dirigió un pliego de cargos a las partes que habían realizado la notificación. La demandante respondió al mismo mediante escrito de 13 de mayo de 2002.

- 13 El 16 de mayo 2002, la Comisión procedió a oír a las partes afectadas.
- 14 Tras un primer proyecto de compromisos, presentado el 28 de mayo de 2002 y que la Comisión estimó insuficiente para solventar el problema de competencia que había constatado, Haniel y la demandante presentaron sus compromisos definitivos el 5 de junio de 2002.
- 15 El 26 de junio de 2002, la Comisión aprobó la Decisión impugnada, en la que declaró que la operación notificada era compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE (artículo 1 de la Decisión impugnada), siempre que Haniel y la demandante cumpliesen en su integridad los compromisos señalados en los puntos 27, 28, 32 a 35 y 40 del anexo de dicha Decisión (artículo 2 de la Decisión impugnada) y siempre que cumpliesen en su integridad los demás compromisos del anexo (artículo 3 de la Decisión impugnada). Entre los compromisos a que se refiere el artículo 2 de la Decisión impugnada figura concretamente la disolución de CVK en un plazo de [confidencial] a contar desde la adopción de la Decisión impugnada. La Decisión impugnada, sin información confidencial, se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 30 de octubre de 2003 (DO L 282, p. 1, corrección de errores en DO L 285, p. 52).

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 16 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 11 de septiembre de 2002, la demandante interpuso el presente recurso, en virtud del artículo 230 CE.

17 Con arreglo al artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia y a propuesta de la Sala Cuarta, el Tribunal de Primera Instancia decidió, tras oír a las partes conforme al artículo 51 de dicho Reglamento, atribuir el asunto a una Sala ampliada.

18 Visto el Informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) decidió iniciar la fase oral y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, invitó a las partes a que respondieran por escrito a ciertas preguntas y presentaran determinados documentos. Las partes cumplieron lo solicitado dentro del plazo señalado.

19 En la vista de 6 de julio de 2005 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia.

20 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Anule la Decisión impugnada.

- Condene en costas a la Comisión.

21 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso.

- Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

- 22 En apoyo de su recurso, la demandante plantea, fundamentalmente, tres motivos. El primer motivo se basa en la falta de competencia de la Comisión para examinar las transacciones controvertidas en virtud del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89. El segundo motivo se basa en que la Comisión cometió errores de apreciación respecto de la creación de una posición dominante por la operación de concentración, infringiendo el artículo 2 del Reglamento n° 4064/89. Por último, el tercer motivo se basa en la vulneración del artículo 3 y del artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, así como del principio de proporcionalidad.

1. Sobre el primer motivo, basada en la falta de competencia de la Comisión para examinar las transacciones controvertidas, en virtud del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89

- 23 Este motivo se divide en tres partes. La primera parte se basa en que la Comisión no es competente para examinar la transacción RAG por la inexistencia de cambios en el control de CVK. La segunda parte se basa en la falta de competencia de la Comisión para calificar de operación de concentración única dos transacciones distintas y en la inexistencia, en el caso de autos, de una operación de concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89. La tercera parte se basa en la falta de competencia de la Comisión para examinar la adquisición del control de sus empresas miembros por parte de CVK, debido a la autorización que concedió a ésta la NMa.

Sobre la primera parte del primer motivo, basado en la falta de competencia de la Comisión para examinar la transacción RAG debido a la inexistencia de cambios en el control de CVK

Alegaciones de las partes

- 24 La demandante sostiene que la Comisión carece de competencia, en virtud del Reglamento nº 4064/89, para examinar la transacción RAG, en la medida en que esta operación no ha dado lugar al establecimiento de un control conjunto de Haniel y ella misma sobre CVK.
- 25 En primer lugar, la demandante niega la afirmación, contenida en la Decisión impugnada, según la cual antes de la transacción RAG era posible un cambio de mayorías en el seno de la asamblea de socios de CVK.
- 26 Para empezar, la demandante considera que esta afirmación es sorprendente, puesto que las resoluciones de la NMa de 23 de abril y de 20 octubre de 1998 no mencionan en ningún momento tal posibilidad.
- 27 Además, la demandante se extraña de que la Decisión impugnada no contenga ningún análisis concreto sobre si era posible un cambio de mayorías en el seno de la asamblea de socios de CVK antes de la transacción RAG. En opinión de la demandante, la Comisión no puede limitarse a declarar que existían mayorías cambiantes antes de la transacción, tal como ha hecho en la Decisión impugnada, sin aportar la mínima prueba sobre la inexistencia de intereses sólidos comunes a los socios o sobre la inexistencia de una mayoría estable, conforme al punto 35 de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento nº 4064/89 (DO 1998, C 66, p. 5). En opinión de la demandante, la

Comisión no ha logrado demostrar que, previamente a la transacción RAG, hubiera una situación «de inexistencia de control» de CVK. Pues bien, la demandante precisa que corresponde a la Comisión demostrar tal inexistencia de control antes de la transacción RAG, habida cuenta de la poderosa comunidad de intereses que existía entre los «socios» de CVK antes de dicha transacción, en particular respecto al fundamento del contrato de agrupación.

28 En segundo lugar, la demandante estima que los supuestos derechos de veto que, de acuerdo con la Decisión impugnada, posee con Haniel no dan lugar a un control conjunto de CVK, que es una entidad económica independiente.

29 En primer lugar, según la demandante, la Comisión se contentó con dar por hecha la existencia de derechos de veto de la demandante y de Haniel en el seno de los órganos de decisión CVK.

30 Así, para comenzar, la demandante afirma que la Comisión ignoró las garantías que la demandante y Haniel dieron a la NMA en el marco de la notificación del proyecto de contrato de agrupación, aprobada mediante resolución de 20 de octubre de 1998. Estas garantías establecían, por una parte, que el consejo de administración de CVK debía componerse exclusivamente de representantes de los miembros de CVK o de personas independientes y no podía incluir ningún representante de las sociedades que formasen parte de un grupo al que perteneciese la sociedad matriz de uno o varios miembros de CVK. Por otra parte, el consejo de vigilancia de CVK debía estar compuesto por una mayoría de miembros independientes. Según la demandante, estas reglas garantizaban que ni la demandante ni Haniel pudieran influir en las decisiones comerciales estratégicas de CVK.

31 A continuación, la demandante sostiene que, de acuerdo con el Código Civil neerlandés, los órganos de decisión de una cooperativa como CVK deben adoptar

sus decisiones únicamente en interés de la empresa y no en el de sus accionistas. En consecuencia, según afirma la demandante, ni ella ni Haniel podían, de derecho o de hecho, influir en las decisiones comerciales estratégicas de los órganos de decisión de CVK. Según la demandante, resulta de lo anterior que la resolución de 20 de octubre de 1998, por la que se aceptaron las garantías que ella y Haniel habían ofrecido, generó en ella una confianza legítima, mientras que correspondía a la Comisión demostrar de forma concreta la posibilidad de que Haniel o ella ejercieran una influencia decisiva sobre las decisiones de CVK.

- 32 En segundo lugar, la demandante rechaza la conclusión a la que llega la Comisión en el considerando 19 de la Decisión impugnada, según la cual el acuerdo de cooperación celebrado entre ella misma y Haniel, el cierre de tres empresas de fabricación de ladrillos silicocalcáreos, miembros de CVK, y determinados documentos de uso interno de Haniel constituían elementos reveladores del control conjunto que ella y Haniel ejercían sobre CVK. En cuanto al contrato de colaboración celebrado entre Haniel y la demandante, ésta señala que las estipulaciones que cita la Decisión impugnada sólo afectan a la utilización de [confidencial], lo cual no puede considerarse automáticamente que implique decisiones estratégicas de CVK. En lo que se refiere al cierre de tres empresas miembros de CVK, la demandante recuerda que Haniel y ella no celebraron ningún acuerdo al respecto y que, tras la firma del contrato de agrupación, fue la misma CVK, quien, basándose en sus propios análisis comerciales, decidió llevar a cabo tal cierre. En cuanto a los documentos de uso interno de Haniel, la demandante señala que no demuestra ni la existencia ni la inexistencia de un control conjunto a los efectos de la aplicación del Reglamento nº 4064/89, sino que exponen intereses subjetivos de Haniel que no son pertinentes en el caso de autos.

- 33 Para finalizar, en tercer lugar, la demandante considera que la Comisión ha faltado a su obligación de motivar suficientemente la Decisión impugnada en tres aspectos: en primer lugar, respecto de la supuesta existencia de una modificación de las coaliciones en el seno de CVK antes de la transacción RAG, en particular al no exponer las razones por las que la Comisión adoptó una postura diferente a la de la NMa; en segundo lugar, respecto de las razones por las que la Comisión considera que las garantías ofrecidas por Haniel y ella misma a la NMa no bastan para eliminar

la posibilidad de un control conjunto y, para terminar, respecto de la declaración de que el acuerdo de colaboración suscrito entre Haniel y ella, el cierre de determinadas empresas de fabricación de ladrillos silicocalcáreos y los documentos de uso interno de Haniel revelaban un control conjunto de CVK.

- 34 Con carácter preliminar, la Comisión recuerda que, en la Decisión impugnada, no consideró la transacción de RAG como una operación distinta. El contrato de agrupación, es decir, la adquisición del control de CVK sobre sus empresas miembros y la transacción RAG, a saber, la adquisición del control sobre CVK por Haniel y la demandante mediante la compra de las participaciones sociales que RAG poseía anteriormente en el capital de las sociedades miembros de CVK, constituyen una misma y única operación de concentración.
- 35 Dicho esto, la Comisión replica, en primer lugar, que, por lo general, cuando dos accionistas se reparten los derechos de voto de una empresa a partes iguales, esta situación, descrita en el punto 20 de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, citada en el apartado 27 anterior, les confiere un derecho de veto y, por consiguiente, el control conjunto de la empresa. En el caso de autos, antes de la operación de concentración, ni la demandante, ni Haniel, ni RAG tenían derecho de veto. Además, la Comisión subraya que, si bien no se excluye que, en circunstancias muy excepcionales, determinados accionistas –minoritarios– que no son titulares de un derecho de veto puedan ejercer el control en común *de facto* de una empresa, la demandante no ha alegado en su demanda que existiesen poderosos intereses en común entre los tres accionistas antes citados antes de que se realizase la operación de concentración. A este respecto, la Comisión destaca igualmente que el intento de alegación bosquejado en ese sentido por la demandante en su réplica, según el cual existían tales intereses comunes, habida cuenta, en particular, del contrato de agrupación, olvida que este último forma parte integrante de la operación de concentración y no es pertinente respecto del período anterior al 9 de agosto de 1999. En estas circunstancias, según la Comisión, resulta obligado señalar que los tres accionistas tenían intereses diferentes y procede suponer que, antes de la operación de concentración, eran posibles cambios de mayoría en el seno de CVK.

36 Además, en cuanto a la alegación basada en que no tuvo en cuenta la resolución de la NMa de 20 de octubre de 1998 ni las garantías ofrecidas por la demandante y Haniel, la Comisión subraya que la NMa examinó una operación de concentración distinta, a la luz de otras normas jurídicas. Por una parte, la operación de concentración notificada a la NMa no se realizó como tal y el 9 de agosto de 1999 tuvo lugar otra operación de concentración –comprensiva del primer y segundo grupo de transacciones–, que hubiera debido someterse a la obligación de notificación conforme al Reglamento n° 4064/89. Por otra parte, la NMa examinó el concepto de control respecto del Derecho neerlandés de la competencia, mientras que la Comisión lo hizo respecto de las disposiciones del Reglamento n° 4064/89. De esta forma, según afirma la Comisión, si bien la cuestión de los cambios de mayorías no era pertinente para la NMa, por el contrario, aplicando el Reglamento n° 4064/89 a otra operación de concentración, ella sí concedió importancia a tales cambios de mayorías, estimando que el hecho de que hubieran sido posibles gracias a la operación excluía todo control conjunto anterior de CVK. Las garantías a las que se refiere la demandante no obstan a esta conclusión, en la medida en que sólo tienen por objeto limitar la posibilidad de que las personas que realizan funciones en el seno de los «accionistas finales» de CVK puedan ocupar los órganos de dirección de ésta. Sin embargo, los miembros de tales órganos son nombrados por la junta de accionistas de CVK, a propuesta de los consejeros de éstos, a su vez nombrados por sus accionistas respectivos. Por consiguiente, la Comisión sostiene que no es probable que los miembros de los órganos de dirección de CVK actúen sin tener en cuenta los intereses de los que deciden en última instancia su nombramiento o su revocación –es decir, la demandante y Haniel, en tanto que «accionistas finales».

37 Además, la Comisión subraya que las disposiciones del Código Civil neerlandés no alteran la conclusión de que la demandante y Haniel poseen el control conjunto de CVK. En efecto, la Comisión sostiene, por una parte, que, si bien es cierto que, en Derecho neerlandés, las decisiones de los órganos de dirección de una empresa deben adoptarse en interés de la misma, el interés de los accionistas es siempre un factor a tener en cuenta para determinar lo que interesa a la empresa. Por otra parte, la Comisión señala que las relaciones entre CVK y la demandante son asimilables a las que mantienen una filial y su sociedad matriz; pues bien, en la medida en que el Derecho de sociedades neerlandés obliga a las filiales a seguir las instrucciones de su

sociedad matriz, lo mismo debe suceder en el caso en que dos empresas –la demandante y Haniel– controlen conjuntamente una empresa en participación.

38 Igualmente, la Comisión rechaza las críticas de la demandante respecto del considerando 19 de la Decisión impugnada, según el cual el contrato de colaboración, el cierre de tres empresas miembros de CVK y los documentos internos de Haniel constituyen elementos reveladores del control conjunto ejercido por la demandante y por Haniel sobre CVK. A este respecto, la Comisión recuerda que estos elementos sólo sirven para ilustrar la existencia de un control conjunto, demostrada en los considerandos 13 a 17 de la Decisión impugnada, cuestión, de hecho, admitida por la demandante en su réplica. En consecuencia, los derechos de veto que poseen la demandante y Haniel sobre el nombramiento de los órganos de administración de CVK son suficientes por sí mismos para demostrar su control conjunto sobre CVK. En todo caso, la Comisión considera que los dos primeros elementos revelan efectivamente la posibilidad que tenían la demandante y Haniel de intervenir en las actividades y en las decisiones estratégicas de CVK. En cuanto a los documentos internos de Haniel, la Comisión considera que corroboran su tesis de que Haniel y la demandante tenían la intención de adquirir el control conjunto de CVK.

39 Para finalizar, la Comisión niega también las alegaciones de la demandante sobre la falta de motivación de la Decisión impugnada.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

— Observaciones preliminares

40 Con carácter preliminar, procede recordar que, a tenor del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89, titulado «Definición de concentración»:

«1. Existe una operación de concentración:

a) cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen, o

b) cuando

— una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o

— una o más empresas

mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiriera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.

2. [...] La creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí ni de las empresas participantes constituirá una operación de concentración según lo dispuesto en la letra b) del apartado 1.

3. A efectos del presente Reglamento, el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, en particular:

- a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;
- b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

4. Se entenderá que han adquirido el control la persona o personas o empresas:

- a) que sean titulares de dichos derechos o beneficiarios de dichos contratos, o
- b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.

[...]»

- 41 De lo anterior se deriva que una operación de concentración se lleva a cabo, en particular, mediante la adquisición del control de una o varias empresas, ya sea por una empresa actuando en solitario, ya sea por dos o más empresas actuando conjuntamente, entendiéndose que, cualquiera que sea la forma que adopte la adquisición del control, ésta, habida cuenta de los elementos de hecho y de derecho propios de cada caso, debe dar la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de la empresa derivada de derechos, contratos o cualquier otro medio.
- 42 Tal como determinó la Comisión en el punto 19 de su Comunicación sobre el concepto de concentración, citada en el apartado 27 anterior –que se reproduce, en lo esencial, en el considerando 14 de la Decisión impugnada, y no ha sido negado por la demandante–, hay un control conjunto cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa, es decir, cuando pueden bloquear las decisiones que determinan la estrategia comercial de dicha empresa. Así, el control conjunto permite llegar a una situación de bloqueo a causa de la facultad que tienen las dos o más empresas de rechazar las decisiones estratégicas propuestas. Por consiguiente, estos accionistas deben llegar a un acuerdo común para establecer la política comercial de la empresa en participación.
- 43 En el caso de autos, la Comisión realizó las siguientes precisiones en los considerandos 15 a 17 de la Decisión impugnada:

«(15) Mediante la compra de las participaciones de RAG, Haniel y Cementbouw adquirieron el control conjunto de CVK. Sus respectivas participaciones indirectas del 50 % en CVK les concedieron la posibilidad de ejercer un derecho de veto en la asamblea de socios (*ledenvergadering*) de CVK. Este derecho de veto surgió a raíz de la salida de RAG, cuya presencia en la asamblea de socios habría permitido unas mayorías cambiantes y, por tanto, habría excluido el control de la asamblea por los accionistas.

(16) La asamblea de socios de CVK decide sobre la composición de sus órganos decisorios. Se trata del consejo de administración (*Raad van Bestuur*) y del consejo de vigilancia (*Raad van Commissarissen*). Los estatutos y el contrato de agrupación imponen a la empresa ciertas restricciones en esta elección, por cuanto ningún miembro del consejo de administración, y sólo una minoría de los miembros de consejo de vigilancia puede ejercer al mismo tiempo funciones en las empresas de los accionistas de los miembros de CVK.

(17) La facultad decisoria sobre la composición de los órganos de decisión de una empresa constituye una decisión estratégica importante. Por consiguiente, el derecho de veto respecto de una decisión de este tipo concede a su titular el control en el sentido del Reglamento de concentraciones sobre la empresa, en este caso CVK. La razón estriba en que, a la hora de adoptar sus propias decisiones, los miembros de estos órganos decisorios no dejarán de tener en cuenta los puntos de vista de los titulares de los derechos de veto.»

44 En el considerando 19 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló también lo siguiente:

«(19) La adquisición del control de Haniel y Cementbouw por parte de CVK también se plasma en el contrato de colaboración concluido por estas empresas en el contexto del contrato de agrupación. En el contrato de colaboración, Haniel y Cementbouw regulan algunos aspectos de su colaboración en el seno de CVK (véase el considerando 11). Asimismo, Haniel y Cementbouw debatieron detenidamente, con anterioridad a la operación que aquí se está examinando, algunas de las decisiones estratégicas ejecutadas por la dirección de CVK después de dicha operación, en particular el cierre de tres de las once fábricas de ladrillos silicocalcáreos, por lo que es manifiesto que las Partes tomaron en consideración estas decisiones a la hora de concluir del contrato de agrupación. En líneas generales, los documentos redactados con vistas a la decisión interna de la dirección del grupo Haniel relativos a la operación aquí considerada ponen de manifiesto que, al menos desde la óptica de Haniel, la conclusión del contrato de agrupación brindará a las partes la posibilidad de ejercer el control conjunto de CVK.»

- 45 Resulta de los pasajes citados que la Comisión declaró que existía una adquisición de control sobre CVK por parte de Haniel y la demandante, sin saber, como se ha planteado en la segunda parte del presente motivo, si en el caso de autos existían una o varias operaciones de concentración. En consecuencia, si bien la Comisión señala en sus escritos que, en la Decisión impugnada, no se pronunció exclusivamente sobre la transacción RAG, sino sobre una operación de concentración que comprende el primer y segundo grupo de transacciones mencionadas en el apartado 8 anterior, resulta obligado constatar que, a los efectos de determinar la adquisición de control conjunto sobre CVK por Haniel y la demandante, la Comisión se basó únicamente en el segundo grupo de transacciones.
- 46 Procede precisar que, en lo esencial, la demandante da a entender en un primer momento que, antes de la celebración del segundo grupo de transacciones y, concretamente, antes de la transacción RAG, existía un control común sobre CVK ejercido por sus tres accionistas, a saber, la demandante, Haniel y RAG –como implica su alegación de que existía una «importante comunidad de intereses entre los socios de CVK» (véase el apartado 27 anterior), del tipo de la señalada en los puntos 30 a 35 de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración antes citada– y reprocha a la Comisión no haber demostrado «la inexistencia de intereses comunes» a los socios de CVK previa a la celebración del segundo grupo de transacciones, antes constatar una «adquisición de control» sobre CVK por Haniel y la demandante. En segundo lugar, la demandante alega que las garantías ofrecidas a la NMa en el marco de la notificación del proyecto del primer grupo de transacciones mencionado en el apartado 8 anterior, relativas a la composición de los consejos de administración y de vigilancia de CVK, excluyen cualquier control conjunto sobre esta última, a saber, la inexistencia de derechos de veto de Haniel y la demandante sobre las decisiones estratégicas de la empresa.
- 47 En consecuencia, el examen que sigue se centrará, en primer lugar, en la alegación de la demandante de que existía un control conjunto de CVK por sus tres accionistas antes de la celebración del segundo grupo de transacciones. En el caso de llegar a una respuesta negativa, el Tribunal de Primera Instancia valorará, en segundo lugar, si, tal como declaró la Decisión impugnada, el segundo grupo de

transacciones, concretamente la transacción RAG, dio lugar a la adquisición de control conjunto de CVK por Haniel y la demandante. Para finalizar, el tercer lugar, el Tribunal de Primera Instancia examinará las imputaciones formuladas por la demandante sobre la insuficiencia de la motivación de la Decisión impugnada respecto de la constatación de la adquisición de control conjunto de CVK.

— Sobre las alegaciones de la demandante relativas a la existencia de un control conjunto de CVK antes de la celebración del segundo grupo de transacciones

48 Procede destacar que la constatación del considerando 15 de la Decisión impugnada, según la cual la presencia de RAG en la asamblea de socios de CVK permitía unas mayorías cambiantes y excluía la posibilidad de una adquisición del control de los miembros por los accionistas, se apoya necesariamente en la interpretación de los datos relativos al reparto del capital social y de los derechos de voto correspondientes que aparecen en el considerando 5 de la Decisión impugnada.

49 Estos datos, que se reproducen a continuación, representan la parte, en puntos porcentuales, que cada uno de los once miembros de CVK posee en el capital social de ésta —y los derechos de voto correspondientes—, conforme a los estatutos de CVK:

— De Hazelaar [confidencial] %

— Loevestein [confidencial] %

— Boudewijn [confidencial] %

— Hoogdonk [confidencial] %

— Rijsbergen [confidencial] %

- Harderwijk [confidencial] %
- Roelfsema [confidencial] %
- Bergumermeer [confidencial] %
- Anker [confidencial] %
- Vogelenzang [confidencial] %
- Van Herwaarden [confidencial] %

50 Procede recordar que, antes de la celebración del segundo grupo de transacciones, Haniel era propietaria de las cinco primeras empresas mencionadas en el apartado anterior, la demandante era la sociedad matriz de Harderwijk, Roelfsema y Bergumermeer, mientras que RAG poseía Anker y Vogelenzang. En cuando a la empresa Van Herwaarden, Haniel poseía el [confidencial] % de su capital social, la demandante el [confidencial] % y RAG el [confidencial] %.

51 Por consiguiente, antes de la celebración del segundo grupo de transacciones, Haniel poseía, indirectamente, el [40 a 45]² % del capital social de CVK ([confidencial] % correspondiente a la participación acumulada de las cinco primeras empresas + [confidencial] % correspondiente a su participación del [confidencial] % en Van Herwaarden), mientras que la demandante y RAG poseían respectivamente el [40 a 45] % de la misma ([confidencial] % correspondiente a la participación

2 — Información confidencial.

acumulada en sus tres filiales + [confidencial] % correspondiente a su participación del [confidencial] % en Van Herwaarden) y el [15 a 20] % ([confidencial] % correspondiente a la participación acumulada en sus dos filiales + [confidencial] % correspondiente a su participación del [confidencial] % en Van Herwaarden).

- 52 Habida cuenta de las modalidades de voto en el seno de la asamblea de socios de CVK, resultaba, en principio, que si RAG hubiera conservado su participación en CVK, ninguno de los tres accionistas de CVK habría tenido la posibilidad de bloquear la adopción de decisiones en dicha asamblea, en particular la adopción de decisiones estratégicas de CVK.
- 53 Esta constatación no se ve afectada por la alegación de la demandante de que existían importantes intereses comunes a los accionistas, parecidos a los señalados por la Comisión en su Comunicación sobre el concepto de concentración antes citada, de forma que existía, de hecho, un control conjunto de CVK por los tres accionistas antes de esta transacción.
- 54 Procede subrayar que, en el punto 30 de la Comunicación antes citada, la Comisión declaró que aun cuando no existan derechos de veto específicos, dos o más empresas que adquieran participaciones minoritarias de otra empresa pueden adquirir el control conjunto. Resulta de esta Comunicación que tal caso supone un concierto entre esos accionistas minoritarios que resulta, bien de un acuerdo jurídicamente vinculante, bien de circunstancias de hecho. Según la Comunicación, el medio jurídico para garantizar el ejercicio común de los derechos de voto puede revestir diversas formas, como un holding o un acuerdo por el que los accionistas se comprometen a actuar del mismo modo (acuerdo de «consorcio-pooling agreement»). En cuanto a las circunstancias de hecho que demuestren una acción concertada, la Comunicación señala, en su punto 32, que muy excepcionalmente podrá demostrarse tal acción de los accionistas minoritarios cuando éstos tengan intereses comunes tan importantes que puedan oponerse los unos a los otros al ejercer sus derechos sobre la empresa en participación.

- 55 La Comunicación precisa, por una parte, que, en el caso de que se adquirieran participaciones minoritarias en una empresa en participación ya existente, la existencia previa de vínculos entre los accionistas minoritarios o la adquisición de las participaciones mediante una acción concertada constituirán indicadores de dicho interés común. Por otra parte, al crear una nueva empresa en participación, contrariamente a la adquisición de participaciones minoritarias en una empresa ya existente, es muy probable que las empresas matrices apliquen intencionadamente una política común, especialmente, cuando cada empresa matriz aporta una contribución esencial para el funcionamiento de la empresa en participación (tecnologías específicas, know-how, acuerdos de suministro, etc.). Para terminar, la Comunicación señala, en su punto 35, que, en caso de que no existan intereses compartidos tan fuertes como los descritos anteriormente, la probable variabilidad de las coaliciones entre accionistas minoritarios descarta la existencia de un control conjunto. Dado que no existe una mayoría estable en el procedimiento de toma de decisiones, sino que ésta se forma en cada ocasión concreta a partir de las varias combinaciones posibles entre accionistas minoritarios, no puede suponerse que los accionistas minoritarios controlarán conjuntamente la empresa.
- 56 La demandante no niega las apreciaciones generales sobre la existencia de intereses comunes realizadas por la Comisión en su Comunicación sobre el concepto de concentración antes citada, pero alega que, en el caso de autos, antes de la celebración del segundo grupo de transacciones, los tres accionistas poseían ya tales intereses, en el sentido de la Comunicación.
- 57 Pues bien, procede destacar que, en sus escritos, la demandante no aporta ningún elemento de prueba en el que pueda apoyarse concretamente su afirmación. Como mucho, señala que estos intereses comunes se basan en el contrato de agrupación, es decir, en una de las operaciones que forman parte del primer grupo de transacciones. Sin embargo, es importante recordar, a este respecto, que consta que el contrato de agrupación no se celebró hasta el 9 de agosto de 1999, es decir, el mismo día que el segundo grupo de transacciones. En consecuencia, al contrario de lo que sostiene la demandante, este contrato no puede constituir el fundamento para demostrar la existencia de intereses comunes a los tres accionistas antes de la

celebración del segundo grupo de transacciones que permita determinar si, en aquella época, existía la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones estratégicas de la empresa CVK. El hecho de que el proyecto de contrato de agrupación fuera notificado a la NMa no altera en modo alguno esta afirmación, ya que la posibilidad, derivada de dicho contrato, de que la demandante y Haniel ejerciesen una influencia decisiva en las decisiones estratégicas de CVK no era real antes de la celebración del segundo grupo de transacciones.

58 En efecto, procede señalar que, si bien no es necesario que se ejerza la influencia decisiva, en el sentido del artículo 3, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89, para que exista, por el contrario, para que se dé un control en el sentido del artículo 3 del Reglamento, la posibilidad de ejercer tal influencia debe ser real. Pues bien, el mero hecho de que el proyecto de contrato de agrupación haya sido notificado a la NMa no demuestra que los tres accionistas hubiesen adquirido, por el mero hecho de tal notificación, la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre CVK antes de la celebración del segundo grupo de transacciones.

59 Resulta que, al contrario de lo que alega la demandante, en el caso de autos no puede reprocharse a la Comisión no haber demostrado la inexistencia de importantes intereses comunes a los accionistas minoritarios de la empresa en participación CVK antes de la celebración del segundo grupo de transacciones, ya que, incluso ante el Tribunal de Primera Instancia, la demandante no ha podido señalar los elementos de prueba sobre los que se apoyaban los supuestos intereses comunes.

60 Además, es inoperante la pretensión de la demandante de que las resoluciones de la NMa de 23 de abril y de 20 de octubre de 1998 no mencionaban la posibilidad de una variación en las coaliciones de accionistas y consideraban que CVK era una entidad económica autónoma.

61 En efecto, por una parte, incluso suponiendo que las resoluciones de la NMa pudieran oponerse a la Comisión, debe señalarse que, en sus resoluciones, la NMa se pronunció sobre la cuestión de si la operación proyectada, objeto del contrato de

agrupación, constituía una concentración en el sentido de la Ley neerlandesa. En consecuencia, no se había solicitado a la NMa que se pronunciase sobre el segundo grupo de transacciones, del que no tenía conocimiento en el momento de adoptar las resoluciones citadas. En todo caso, de la misma forma que no menciona los cambios de coalición, la NMa tampoco indica, en su resolución final de 20 de octubre de 1998, que existiese un control conjunto de CVK por los tres accionistas antes de la celebración del segundo grupo de transacciones, tesis que la demandante expone en el marco de esta parte del motivo.

- 62 Por otra parte, la demandante se equivoca respecto del concepto de entidad económica independiente. El hecho de que una empresa en participación pueda ser una empresa en pleno funcionamiento y por lo tanto, desde el punto de vista funcional, económicamente independiente no significa que disfrute de autonomía en lo que se refiere a la adopción de sus decisiones estratégicas. La conclusión contraria conduciría a la situación de que no existiría nunca un control conjunto sobre una «empresa en participación» cuando fuera económicamente independiente. Pues bien, el requisito que impone el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89 –para que la creación de una empresa en participación, es decir, controlada por dos o más empresas, se considere como una operación de concentración– en el sentido de que esta empresa en participación debe «[desempeñar] con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente», demuestra que éste no es el caso.
- 63 En consecuencia, sobre la base de los datos que figuran en la Decisión impugnada y de los elementos que constan en autos, disponibles en el momento de adoptarse aquélla, la demandante no ha demostrado que existiera un control conjunto de CVK por sus tres accionistas antes de la celebración del segundo grupo de transacciones cuya existencia haya ignorado erróneamente la Comisión.
- 64 En consecuencia, procede comprobar si la celebración del segundo grupo de transacciones dio lugar a la adquisición del control de CVK por Haniel y la demandante, al concederles un derecho de veto sobre sus decisiones estratégicas.

— Sobre la adquisición del control conjunto de CVK por Haniel y la demandante con ocasión de la celebración del segundo grupo de transacciones

- 65 En primer lugar, consta que, mediante la transacción RAG, Haniel y la demandante adquirieron el control conjunto de las tres empresas Anker, Vogelenzang y Van Herwaarden, todas ellas miembros de CVK. Esta operación, consistente en la compra de las participaciones, totales y minoritaria, respectivamente, de RAG en esas empresas, constituye en sí misma una operación de concentración. El contrato de compraventa contiene, además, cláusulas restrictivas típicamente relacionadas con las operaciones de concentración, como una cláusula de no competencia en el mercado neerlandés de la fabricación de materiales de construcción de muros de carga, a la que se compromete RAG respecto de la totalidad de las empresas de su grupo.
- 66 En segundo lugar, debe señalarse que, habida cuenta de la distribución del capital social de CVK entre sus socios, que figura en el considerando 5 de la Decisión impugnada, Haniel y la demandante adquirieron indirectamente cada una el 50 % del capital social de CVK, comprando cada una de ellas, por una parte, el [confidencial] % de las participaciones sociales de Anker y Vogelenzang y, por otra, poniéndose de acuerdo sobre la compra por la demandante del [confidencial] % que RAG poseía en el capital social de Van Herwaarden.
- 67 Pues bien, poseer a partes iguales el capital social de CVK y los derechos de voto correspondientes permite, en principio, a cada uno de los accionistas, bloquear las decisiones estratégicas de la empresa en participación, como las relativas al nombramiento de sus órganos de decisión, que son el consejo de administración y el consejo de vigilancia. Para evitar que tal situación de bloqueo se presente en el momento de la adopción de las decisiones estratégicas de la empresa en participación, los accionistas se ven obligados a cooperar de forma permanente.
- 68 A este respecto, la demandante sostiene, en primer lugar, que las garantías concedidas a la NMa sobre la composición de los órganos de decisión de CVK

excluyen un derecho de veto sobre estas decisiones respecto de cada accionista. En segundo lugar, considera que el Código Civil neerlandés obliga a los órganos de decisión de CVK a adoptar sus decisiones únicamente en interés de ésta y no en el de los accionistas. En tercer lugar, niega la apreciación de la Comisión de que el contrato de colaboración celebrado con Haniel y los demás ejemplos que figuran en el considerando 19 de la Decisión impugnada reflejen la existencia de un control conjunto de CVK.

69 No pueden acogerse estas alegaciones.

70 En cuanto a la primera alegación, procede señalar que, conforme a los artículos 9 y 12 de los estatutos de CVK, en su versión modificada, aprobados el 9 de agosto de 1999, cada miembro del consejo de administración y de vigilancia es elegido por la asamblea general de socios. Conforme a las garantías concedidas a la NMa, estos estatutos prevén determinadas restricciones que afectan a las personas que pueden formar parte de los órganos de decisión. Así, en lo que se refiere al consejo de administración, el artículo 9, apartado 1, de los estatutos prevé que este órgano sólo estará constituido por representantes de los miembros de CVK o por personas independientes y no formará parte del mismo ningún representante de los grupos de las sociedades a los que pertenezca la sociedad matriz de uno o varios de los miembros de CVK. En cuanto al consejo de vigilancia, el artículo 12, apartado 2, de los estatutos señala que la mayoría de los miembros de este órgano, incluido su presidente, está constituida por representantes de los socios o por personas independientes, y una minoría de los miembros puede estar formada por representantes de los grupos de sociedades a los que pertenezca la sociedad matriz de uno o varios miembros de CVK.

71 Pues bien, puesto que este tipo de limitaciones sólo se refiere a la elección de las personas que ocupan los órganos de decisión de CVK, no puede excluir todas las posibilidades de que los accionistas de los miembros de CVK ejerzan una influencia decisiva sobre ésta.

- 72 Ciertamente, es necesario admitir que los accionistas de los miembros de CVK no son titulares directamente de los derechos de voto en la asamblea general de CVK, que son ejercitados por los propios miembros. Sin embargo, debe recordarse que el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 4064/89 precisa que el control puede ser adquirido «directa o indirectamente» por una o varias personas, mientras que el artículo 3, apartado 4, letra b), de ese mismo Reglamento admite que los que ostentan el control pueden también ser personas que, aunque no sean titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos. Pues bien, puesto que, por una parte, las sociedades mercantiles siguen en todo caso las decisiones de sus accionistas únicos, mayoritarios, o que ejercen el control conjunto de la empresa y, por otra parte, en el caso de autos, las sociedades miembros de CVK son todas filiales que pertenecen, ya sea en su totalidad, ya sea en participación, a la demandante y a Haniel, resulta necesariamente que el nombramiento de los órganos de decisión de CVK exige el acuerdo de los dos accionistas. De lo contrario, los miembros no podrán realizar nombramientos en los órganos de decisión de CVK y la empresa en participación no podrá funcionar.
- 73 La circunstancia de que los representantes de las sociedades matrices no puedan ocupar un puesto en el consejo de administración de CVK o no puedan representar más que una minoría en el seno del consejo de vigilancia de esta empresa no tiene consecuencias sobre el hecho de que son los miembros de CVK los que deciden la composición de los órganos de decisión y, por la mediación de estos miembros, sus dos accionistas.
- 74 Además, procede destacar que, en lo que se refiere a la composición de los dos órganos de decisión de CVK, no se excluye que todas las personas que pertenecen a esos órganos ejerzan ellas mismas funciones en el seno de los órganos de decisión de las empresas miembros de CVK, como permite la fórmula alternativa de los artículos 9 y 12 de los estatutos de CVK, según la cual los órganos de decisión de CVK «sólo estarán integrados por miembros de CVK o por personas independientes». Pues bien, si éste es el caso, estos representantes deberán haber sido nombrados necesariamente, respecto de sus funciones en el seno de las empresas miembros de CVK, por los accionistas de CVK y deberán necesariamente, en el desarrollo de sus funciones en el seno de los órganos de decisión de CVK, tener en cuenta el punto de vista de dichos accionistas.

- 75 En estas circunstancias, la demandante no ha presentado ningún elemento que pueda poner en duda la conclusión de la Comisión de que no se eliminan todas las posibilidades de que Haniel y la demandante puedan ejercer una influencia decisiva sobre CVK, a raíz de la celebración del segundo grupo de transacciones.
- 76 Además, la demandante no puede oponer a la Comisión una supuesta confianza legítima basada en la interpretación del concepto de control realizada por la NMa conforme a la Ley neerlandesa sobre competencia.
- 77 A este respecto, debe recordarse que el derecho a reclamar la protección de la confianza legítima implica que concurren tres requisitos. En primer lugar, la administración comunitaria debe dar al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes, que emanen de fuentes autorizadas y fiables. En segundo lugar, estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen. En tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 2005, Branco/Comisión, T-347/03, Rec. p. II-2555, apartado 102, y la jurisprudencia que se cita).
- 78 En el caso de autos, basta destacar que la demandante no recibió ninguna garantía precisa por parte de la administración comunitaria de que la Comisión, suponiendo que hubiera alguna base legal que le permitiera comprometerse de esta forma, interpretaría el concepto de control, conforme al Reglamento n° 4064/89, de manera idéntica a la interpretación de la NMa en su resolución de 20 de octubre de 1998, aplicando la Ley neerlandesa sobre competencia. Además, la demandante tampoco recibió garantías precisas por parte de la NMa, concretamente en el escrito de 26 de marzo de 1999 citado en el apartado 7 anterior, aceptadas por la Comisión y según las cuales ésta adoptaría un enfoque idéntico al de dicho escrito después de celebrarse el segundo grupo de transacciones. En todo caso, incluso suponiendo que la demandante hubiera recibido tales garantías, éstas no hubieran podido suscitar en ella esperanzas fundadas, ya que según el razonamiento expuesto anteriormente, tales garantías no se hubieran basado en una apreciación conforme al artículo 3 del Reglamento n° 4064/89.

- 79 La segunda alegación, basada en la aplicación del Código Civil neerlandés, no resulta más convincente. En efecto, si bien, tal como alega la demandante, el Código Civil neerlandés establece que las decisiones de una sociedad cooperativa deben adoptarse en interés de esta sociedad, no es menos cierto que son las personas que ostentan, directa o indirectamente, los derechos de voto en esa sociedad, las que tienen el poder de adoptar esas decisiones. En consecuencia, las alegaciones de la demandante, basadas en las disposiciones del Código Civil neerlandés no ponen en duda la existencia de una influencia decisiva de Haniel y de la demandante sobre CVK tras la celebración del segundo grupo de transacciones.
- 80 Para terminar, en lo que se refiere a la tercera alegación, tal como admite la demandante en su réplica, el contrato de colaboración que celebró con Haniel, el cierre de tres empresas miembros de CVK y determinados documentos internos de Haniel, a los que se refiere el considerando 19 de la Decisión impugnada, no constituyen lo esencial de la motivación jurídica de la Decisión impugnada respecto del control conjunto de CVK –que se centró en la existencia de derechos de veto a favor de Haniel y la demandante– sino que sirven como ejemplos. En consecuencia, incluso suponiendo, como alega la demandante, que estos ejemplos no demuestren el ejercicio de una influencia decisiva sobre CVK –posibilidad que se deriva de la existencia de derechos de veto, previamente constatada en los considerandos 13 a 17 de la Decisión impugnada y analizada anteriormente– y que, por consiguiente, la Decisión impugnada adolezca de errores de apreciación respecto de estos elementos presentados a título de ejemplo, ello no daría lugar a la anulación de la Decisión impugnada, ya que el principio de la posibilidad de una influencia decisiva sobre CVK sigue siendo completamente válido.
- 81 A mayor abundamiento, el Tribunal de Primera Instancia destaca que el cierre de tres empresas miembros de CVK (Boudewijn, Bergumermeer y Vogelenzang), que la demandante no niega seriamente que constituya una decisión estratégica, permite ilustrar de forma suficiente la adquisición del control de CVK por Haniel y la demandante.
- 82 En efecto, tratándose más concretamente de la empresa Vogelenzang –que, antes de la transacción RAG, era una filial de esta última– desde la celebración del segundo

grupo de transacciones, ni Haniel ni la demandante podían decidir solas el cierre de esa empresa, cuyas participaciones sociales poseen a partes iguales sus dos accionistas. Además, la demandante no ha podido probar en ningún momento durante el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia la alegación de que fue CVK, sobre la base de su propia política comercial, la que decidió el cierre de esta empresa. Resulta de lo anterior que sólo Haniel y la demandante pudieron decidir el cierre de la empresa Vogelenzang.

- 83 Por todos estos motivos, procede afirmar que la Comisión no incurrió en error al considerar que, mediante la celebración del segundo grupo de transacciones, Haniel y la demandante adquirieron el control conjunto de CVK, en el sentido del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89.

— Sobre la insuficiencia de motivación alegada

- 84 La demandante invoca tres motivos que versan sobre la insuficiencia de motivación de la Decisión impugnada respecto de la declaración de la adquisición del control conjunto de CVK por Haniel y por ella misma (véase el apartado 33 anterior).
- 85 Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el alcance de la obligación de motivar depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado. La motivación debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución, de modo que, por una parte, dé a los interesados una indicación suficiente sobre si el acto está bien fundado o si eventualmente adolece de algún vicio que permita impugnar su validez y, por otra parte, permita al órgano jurisdiccional comunitario el ejercicio de su control de legalidad (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de noviembre de 2002, Lagardère y Canal+/Comisión, T-251/00, Rec. p. II-4825, apartado 155, y la jurisprudencia que se cita).

- 86 En el caso de autos, a pesar de la motivación implícita de la Decisión impugnada respecto de la inexistencia de un control conjunto de CVK por parte de los tres accionistas antes de la celebración del segundo grupo de transacciones y, concretamente, de la transacción RAG, la Decisión impugnada podía entenderse en el contexto en el que fue adoptada, concretamente, sobre la base de los datos que figuran en su considerando 5, los estatutos de CVK y los contratos celebrados el 9 de agosto de 1999. Tal como el análisis realizado anteriormente pone de relieve, la motivación de la Decisión impugnada sobre este punto tampoco supone un obstáculo para el control de legalidad ejercido por el Tribunal de Primera Instancia.
- 87 La demandante no puede reprochar a la Comisión haber explicado de forma insuficiente las razones por las que estimaba que las garantías propuestas a la NMa no eran suficientes. En efecto, de los considerandos 25 y 27 de la Decisión impugnada resulta que la Comisión señaló los motivos por los que no podía extender la interpretación del concepto de control realizada por la NMa, concretamente en su resolución de 20 de octubre de 1998, sobre la base de la legislación neerlandesa sobre competencia, a la interpretación del artículo 3, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89, cuya competencia corresponde a la Comisión, sin perjuicio del control ejercido por el juez comunitario, con exclusión de los órganos jurisdiccionales nacionales. Estas explicaciones bastaban por sí mismas. Además, el control de la legalidad tampoco se ve obstaculizado en esta cuestión, como lo demuestran los razonamientos anteriores.
- 88 Idéntica conclusión se impone respecto de los ejemplos que ponen de manifiesto la existencia de un control conjunto mencionados en el considerando 19 de la Decisión impugnada. Aunque la motivación de la Decisión impugnada sobre este punto sea sucinta, la demandante pudo comprender perfectamente las razones que llevaron a la Comisión a creer que estos elementos podían revelar la existencia de un control conjunto sobre CVK por parte de Haniel y ella misma, sin que, por otra parte, se obstaculice el control jurisdiccional.
- 89 En estas circunstancias, procede desestimar los motivos basados en la insuficiencia de la motivación de la Decisión impugnada.

- 90 Por consiguiente, procede desestimar igualmente la primera parte del primer motivo.

Sobre la segunda parte del primer motivo, basada en la falta de competencia de la Comisión para calificar de operación de concentración única dos transacciones y en la inexistencia, en el caso de autos, de una operación de concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89

Alegaciones de las partes

- 91 En primer lugar, la demandante reprocha a la Comisión haber considerado, en la Decisión impugnada, que la adquisición del control por CVK sobre sus empresas miembros, mediante la celebración del contrato de agrupación, por una parte, y de la transacción RAG, por otra, constituían una misma y única operación de concentración, debido a su interdependencia desde el punto de vista temporal y económico. Pues bien, de acuerdo con los escritos de la demandante, el Reglamento n° 4064/89 no concede ninguna competencia general a la Comisión para decidir que dos transacciones distintas deban considerarse como una única operación de concentración.
- 92 A este respecto, la demandante alega que únicamente el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 4064/89 –que, en determinados supuestos, autoriza a la Comisión a considerar dos o más transacciones como una sola operación de concentración a los efectos del cálculo del volumen de negocios de las empresas afectadas que adquieren participaciones en una o varias empresas– alude a tal situación. Sin embargo, la demandante subraya que esta disposición no es pertinente en este caso. Por una parte, el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 4064/89 pretende evitar que las empresas eludan la aplicación de dicho Reglamento mediante la escisión ficticia de una operación en varias transacciones, de forma que esta operación no alcance el importe del volumen de

negocios previsto por este Reglamento. Pues bien, la Decisión impugnada no contiene ningún elemento de prueba que señale que la demandante o Haniel hayan intentado eludir la aplicación del Reglamento n° 4064/89. Por otra parte, la demandante alega que, en el considerando 23 de la Decisión impugnada, la Comisión llegó a la conclusión de que el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 4064/89 no era directamente aplicable en el caso de autos. En todo caso, la demandante sostiene que los límites actuales del ámbito de aplicación del Reglamento n° 4064/89 han sido reconocidos por la propia Comisión en el Libro verde sobre la revisión del Reglamento n° 4064/89 [COM(2001) 745 final] y en la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2003, C 20, p. 4), presentada por la Comisión y dirigida a modificar dicho Reglamento.

- 93 En segundo lugar, la demandante subraya que, incluso suponiendo que el Reglamento n° 4064/89 confiriese competencia a la Comisión para calificar unas transacciones múltiples como una única operación de concentración, la Comisión no ha fundamentado suficientemente su apreciación de que, en este caso, existe una interdependencia entre los dos grupos de transacciones en cuestión, de forma que proceda considerarlos como una única operación de concentración.
- 94 Según la demandante, el hecho de que el primer y el segundo grupo de transacciones se hayan celebrado el mismo día –el 9 de agosto de 1999– ante el mismo notario, no tiene una importancia particular respecto de su interdependencia. La demandante subraya, a este respecto, que ya indicó a la Comisión que tanto la consolidación de los beneficios y de las pérdidas en el seno de CVK, que implicaba diversas operaciones técnicas y comerciales de gran envergadura, como diversos estudios ecológicos habían retrasado la celebración del contrato de agrupación hasta el 9 de agosto de 1999.
- 95 Además, la demandante niega la apreciación de la Comisión según la cual la celebración del contrato de agrupación estaba subordinada a la realización del segundo grupo de transacciones, más concretamente, a la transacción RAG. A este

respecto, la demandante recuerda, en primer lugar, que el contrato de agrupación había sido notificado a la NMa el 26 de febrero de 1998, lo que implica que la intención de celebrar dicho contrato era suficientemente precisa, sin que, en aquella época, tuviera conocimiento de la venta de las participaciones sociales de RAG en las empresas miembros de CVK y, por consiguiente, ésta fuera pertinente en relación con la interdependencia de ambas transacciones. La demandante subraya, a continuación, que no existe ningún acuerdo contractual vinculante ni ningún otro acuerdo que ponga en relación ambas transacciones. Finalmente, la demandante alega que tampoco debe considerarse pertinente la opinión de Haniel según la cual existe una interdependencia entre ambas transacciones, en la medida en que la Comisión está obligada, para apreciar tal interdependencia, a apoyarse en hechos y no en apreciaciones subjetivas de una de las partes y que, habida cuenta del contexto del presente asunto, Haniel puede tener un interés en la disolución de CVK, como exige la Decisión impugnada. En opinión de la demandante, existen, en consecuencia, dos operaciones de concentración distintas.

⁹⁶ En lo que se refiere, en primer lugar, al argumento relativo a la competencia general de la Comisión para tratar diversas transacciones como una operación de concentración única, la Comisión replica que el artículo 3 del Reglamento n° 4064/89, que se refiere al concepto de concentración, no excluye que una concentración pueda abarcar más de una transacción. En efecto, una operación de concentración puede consistir, según la realidad económica, en una o varias transacciones. Según la Comisión, su propia práctica decisoria pone de manifiesto diversos ejemplos en ese sentido.

⁹⁷ Además, de acuerdo con la Comisión, la referencia que la demandante hace al artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 4064/89 no es pertinente. Esta disposición se refiere únicamente al cálculo del volumen de negocios para determinar si una operación de concentración tiene o no una dimensión comunitaria y tiene por objeto impedir que las empresas eludan la aplicación del Reglamento n° 4064/89 fragmentando sus transacciones en varias operaciones de concentración distintas, realizadas a lo largo de un período de dos años y que no alcancen individualmente los umbrales de volumen de negocios. El concepto de concentración procede, en lo que a ella se refiere, del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89.

- 98 La Comisión rechaza también la remisión hecha por la demandante al Libro verde antes citado y a la Propuesta de la Comisión para modificar el Reglamento n° 4064/89. Según la Comisión, aunque el Libro verde propuso ampliar la competencia de la Comisión a determinados grupos particulares de transacciones, confirmó la definición general y amplía del concepto de operación de concentración, mientras que la Propuesta de la Comisión sólo pretendía esclarecer la práctica decisoria existente.
- 99 En segundo lugar, la Comisión no está de acuerdo con que la demandante le reproche no haber demostrado suficientemente la interdependencia entre las dos transacciones principales en cuestión.
- 100 Según la Comisión, tres elementos, globalmente considerados, permiten llegar a la conclusión de la existencia de tal interdependencia, como quedó demostrado en los considerandos 20 a 22 de la Decisión impugnada.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 101 En el marco de esta parte, y aunque matizó su postura en la vista, la demandante niega, en primer lugar, la competencia general de la Comisión para calificar de operación de concentración única diversas transacciones, conforme al artículo 3 del Reglamento n° 4064/89. En segundo lugar, la demandante considera que la apreciación de la Comisión, de que las transacciones celebradas el 9 de agosto de 1999 eran interdependientes y constituían un todo desde el punto de vista económico, es errónea.

— Sobre la posibilidad de que la Comisión califique de operación de concentración única diversas transacciones, conforme al artículo 3 del Reglamento n° 4064/89

- 102 A tenor del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 4064/89, existe una operación de concentración cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen [artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n° 4064/89], o cuando una o más personas que ya controlen al menos una empresa o una o más empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas [artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 4064/89].
- 103 Mientras que el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n° 4064/89 califica de operación de concentración un fenómeno relativamente sencillo e identificable –la fusión entre dos o más empresas anteriormente independientes–, la misma disposición, en su letra b), pretende abarcar todas las demás situaciones en que una o varias empresas adquieren el control de la totalidad o parte de una o de varias otras empresas.
- 104 Esta definición, general y finalista, de una operación de concentración –cuyo resultado es el control de una o varias empresas– implica que es indiferente que la adquisición, directa o indirecta, de ese control, se realice en una, dos o más transacciones, siempre que el resultado que se alcance sea una única operación de concentración.
- 105 Es igualmente indiferente que las partes, cuando notifican una concentración a la Comisión, tengan la intención de celebrar una o varias transacciones o que ya las hayan celebrado antes de su notificación. En todos los casos, corresponde a la

Comisión apreciar si estas transacciones presentan un carácter unitario de forma que constituyan una sola operación de concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89.

106 Este sistema tiene por finalidad identificar, en función de las circunstancias de hecho y de derecho propias de cada caso y con la preocupación de buscar la realidad económica que subyace en las operaciones, la finalidad económica perseguida por las partes, examinando, ante diversas transacciones jurídicamente distintas, si las empresas de que se trata hubieran estado dispuestas a celebrar cada transacción individualmente o si, por el contrario, cada transacción constituye un mero elemento de una operación más compleja, sin la cual las partes no la habrían realizado.

107 En otras palabras, para determinar el carácter unitario de las transacciones en cuestión, debe apreciarse caso por caso si estas transacciones son interdependientes, de forma que no se hubiera celebrado la una sin la otra.

108 Este sistema tiene por objeto, por una parte, garantizar que las empresas que notifican una operación de concentración cuenten con el beneficio de la seguridad jurídica respecto del conjunto de las transacciones que conforman dicha operación y, por otra, permitir que la Comisión ejerza un control eficaz sobre las operaciones de concentración que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Además, estas dos finalidades constituyen el objetivo principal del Reglamento n° 4064/89 (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997, *Kaysersberg/Comisión*, T-290/94, Rec. p. II-2137, apartado 109; auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 2 de diciembre de 1994, *Union Carbide/Comisión*, T-322/94 R, Rec. p. II-1159, apartado 36; véase también, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de marzo de 1994, *Air France/Comisión*, T-3/93, Rec. p. II-121, apartado 48).

- 109 Resulta de lo anterior que una operación de concentración, en el sentido del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 4064/89, puede realizarse incluso mediante una pluralidad de transacciones jurídicas formalmente distintas siempre que dichas transacciones sean interdependientes, de forma que no se realizarían las unas sin las otras, y su resultado consista en conferir a una o varias empresas el control económico, directo o indirecto, de la actividad de una o varias otras empresas.
- 110 Esta apreciación no ha sido invalidada por las diferentes alegaciones realizadas por la demandante.
- 111 En primer lugar, en lo que se refiere a la alegación, basada en el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 4064/89, que, por ser el único que se refiere explícitamente a las transacciones múltiples y por haber considerado la Comisión que dicha disposición no era directamente aplicable en el caso de autos, priva supuestamente a la Comisión de la competencia de calificar de operación de concentración única, en el sentido del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89, dos o más transacciones, procede desestimarla por infundada.
- 112 Es importante recordar que el artículo 5 del Reglamento n° 4064/89, titulado «Cálculo del volumen de negocios», dispone:

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

relacionados con el volumen de negocios. El volumen de negocios total de una de las empresas afectadas no tendrá en cuenta las operaciones que hayan tenido lugar entre las empresas contempladas en el apartado 4 del presente artículo.

[...]

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

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

[...]»

¹¹³ Del propio tenor literal de esta disposición resulta que regula una cuestión diferente de la que es objeto el artículo 3 del Reglamento n° 4064/89.

¹¹⁴ Mientras que el artículo 3 del Reglamento n° 4064/89 define los requisitos para la existencia de una «operación de concentración» y se limita a definir, de forma más general y material, lo que debe entenderse por «concentración», esta disposición no resuelve la cuestión de la competencia de la Comisión respecto de las operaciones de concentración (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia

de 15 de diciembre de 1999, Kesko/Comisión, T-22/97, Rec. p. II-3775, apartado 138). Entre las operaciones que responden a la definición del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89, sólo las llamadas operaciones de «dimensión comunitaria», tal como las define el artículo 1 de ese Reglamento, corresponden a la competencia exclusiva de la Comisión, salvo disposición en contrario de dicho Reglamento. En consecuencia, no es por responder a la definición del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89, por lo que una operación entra necesariamente en el ámbito de competencia exclusiva de la Comisión; es necesario también que dicha transacción tenga una «dimensión comunitaria».

- 115 Resulta del artículo 1 del Reglamento n° 4064/89 que el legislador comunitario pretendió, en el marco de la misión que se le ha confiado en materia de concentraciones, que la Comisión sólo intervenga si la operación proyectada –o ya realizada– alcanza un determinado volumen económico y extensión geográfica, es decir, una «dimensión comunitaria». Además, del sistema general del artículo 5 del Reglamento n° 4064/89 resulta que el legislador comunitario quiso concretar el ámbito de aplicación de ese Reglamento definiendo, concretamente, el volumen de negocios de los participantes en una operación de concentración que debe tomarse en consideración a los efectos de determinar su «dimensión comunitaria», en el sentido del artículo 1 del Reglamento n° 4064/89.
- 116 Así, resulta del artículo 5, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89 que, en el marco de la adquisición de partes de una empresa, sólo el volumen de negocios que se refiere a las partes de la empresa efectivamente adquiridas debe tenerse en cuenta para determinar la dimensión de la operación en cuestión (sentencia Air France/Comisión, apartado 108 anterior, apartado 103).
- 117 Esta apreciación comprende también la interpretación del párrafo segundo del artículo 5, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, de forma que, cuando la adquisición de partes de una o más empresas se desarrolla mediante diversas transacciones celebradas a lo largo de un período de dos años entre las mismas personas o empresas, el volumen de negocios debe referirse a las partes adquiridas conjuntamente consideradas.

- 118 El motivo que preside la inclusión del segundo párrafo del artículo 5, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89 –cuyo análisis, por lo demás, es común a las partes del presente litigio– es evitar que las mismas empresas o las mismas personas fragmenten ficticiamente una operación en varias cesiones parciales de activos, escalonadas en el tiempo, con objeto de eludir los umbrales establecidos en el Reglamento n° 4064/89 que determinan la competencia de la Comisión conforme a ese Reglamento.
- 119 En consecuencia, el hecho de que el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 4064/89 permita que la Comisión considere dos o más transacciones como una sola operación de concentración a los efectos del cálculo del volumen de negocios de las empresas de que se trata, con objeto de evitar que se eluda la competencia que le atribuye el Reglamento, no significa que esta disposición, al contrario de lo que sostiene la demandante, prive a la Comisión del derecho a determinar, remontándose a un momento previo, conforme al artículo 3 de dicho Reglamento, si diversas transacciones que se le notifican forman una sola operación de concentración o si, por el contrario, debe considerarse que estas transacciones forman una pluralidad de operaciones de concentración.
- 120 Si del examen que realiza la Comisión resulta que dos transacciones que le han sido notificadas no son interdependientes, estas transacciones se apreciarán individualmente. Si una y/u otra no tienen dimensión comunitaria, la Comisión se declarará incompetente para apreciar la una y/o la otra. Si de este examen resulta que las operaciones tienen un carácter unitario que permite que se las considere como una sola operación de concentración, conforme al artículo 3 del Reglamento n° 4064/89, la Comisión verificará si la operación así identificada tiene dimensión comunitaria, con objeto de determinar su competencia y apreciar los efectos de la operación sobre la competencia.
- 121 Sea como fuere, la aplicación a un caso concreto del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89 no tiene por objeto ni por efecto permitir llegar a una conclusión sobre la competencia de la Comisión para examinar las operaciones de concentración que se

identifiquen, sino verificar si las transacciones que son objeto de notificación constituyen una o varias operaciones de concentración.

122 En estas circunstancias, la alegación de la demandante, basada en el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 4064/89 no tiene consecuencias respecto de la interpretación del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89, que permite a la Comisión examinar si las transacciones en cuestión entran en el ámbito de aplicación de esta disposición por su carácter unitario.

123 En segundo lugar, en cuanto a la alegación de la demandante según la cual la Comisión reconoció, en el contexto de la reforma del Reglamento n° 4064/89, su falta de competencia para calificar de operación de concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89, dos o más operaciones, basta señalar que, incluso aunque ése fuera el caso, tal postura de la Comisión sería independiente de la interpretación del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89 adoptada anteriormente por el Tribunal de Primera Instancia.

124 Resulta de lo anterior que debe desestimarse el motivo de la demandante, basado en la falta de competencia de la Comisión para calificar diversas transacciones de operación de concentración única, conforme al artículo 3 del Reglamento n° 4064/89.

— Sobre el carácter interdependiente de las transacciones celebradas el 9 de agosto de 1999

125 La demandante reprocha a la Comisión haber cometido un error de apreciación al considerar que, en el caso de autos, el primer y segundo grupos de transacciones celebradas el 9 de agosto de 1999, mencionados en el apartado 8 anterior, eran interdependientes, de forma que constituían un todo desde el punto de vista económico.

126 En primer lugar, debe recordarse que, en la Decisión impugnada, la Comisión realizó las siguientes precisiones:

«(20) [...] Estas operaciones se produjeron estrechamente relacionadas entre sí, tanto en términos temporales como económicos. Los actos jurídicos que desembocaron en la adquisición del control de CVK por Haniel y Cementbouw y los que llevaron a la adquisición del control de las once empresas productoras de ladrillos silicocalcáreos por CVK se establecieron el mismo día, el 9 de agosto de 1999, y fueron consignados por el notario en un único documento. Además, las Partes quisieron vincular ambas adquisiciones de control, de modo que no se produjera una a falta de la otra. La firma de los contratos, que fueron presentados a la NMa, se aplazó hasta la conclusión de las negociaciones sobre la cesión de las participaciones de RAG. Ello se hizo para responder al deseo expresado entretanto por RAG de abandonar CVK, al no estar dispuesta a participar en la nueva estructura proyectada de CVK. En consecuencia, las dos adquisiciones de control también deben considerarse económicamente como una unidad. Aun cuando se partiera de que estos dos procesos constituyen dos operaciones distintas por no haberse producido de forma plenamente simultánea, su interdependencia es tal que se han de considerar como una única concentración.

(21) Este punto de vista también lo defendió Haniel en sus observaciones al pliego de cargos y en la audiencia. En cambio, Cementbouw alegó que si la salida de RAG se interpretaba como la adquisición del control conjunto de CVK por parte de Haniel y Cementbouw (interpretación que esta última no comparte), la competencia de la Comisión únicamente podía extenderse a tal adquisición de control. Afirmaba que la adquisición por parte de CVK del control sobre sus empresas afiliadas constituía, por el contrario, una concentración jurídicamente independiente de la primera. La empresa argumentaba que la circunstancia de que el contrato de agrupación y [la transacción RAG] se acordaran el mismo día no permitía concluir que jurídica o económicamente se tratara de una sola operación, sino que fueron diversas dificultades prácticas, cuyos detalles la empresa no precisa, las que llevaron a que el contrato de agrupación no se concluyera inmediatamente después de la resolución de autorización de la NMa de 20 de octubre de 1998. Cementbouw señala que la adquisición por CVK del control sobre sus empresas afiliadas se legalizó, en cambio, mediante la resolución en firme de la NMa del 20 de octubre de 1998, de modo que el examen de la Comisión en el presente procedimiento no puede hacerse extensivo en ningún caso a esta operación.

(22) La Comisión no puede aceptar la interpretación de Cementbouw. Todos los contratos concluidos el 9 de agosto de 1999 constituyen una única operación desde el punto de vista económico, a resultas de la cual una organización común de ventas de once empresas productoras de ladrillos silicocalcáreos hasta entonces jurídicamente independientes, integradas en tres sociedades matrices distintas, se convirtió en una empresa con plenas funciones controlada conjuntamente por Haniel y Cementbouw. Haniel ha confirmado reiteradamente que para las partes implicadas en la operación del 9 de agosto de 1999 (Haniel, Cementbouw y RAG) todos estos contratos eran interdependientes y constituían una unidad económica. Cementbouw tampoco ha podido brindar ninguna explicación concluyente a la pregunta de por qué la realización de la operación autorizada por NMa se aplazó más de nueve meses y sólo se ejecutó en el momento de la salida de RAG. Por consiguiente, la Comisión parte de que RAG no habría estado dispuesta a participar en la ejecución del contrato de agrupación en tanto que accionista indirecto de CVK.

(23) Es cierto que, formalmente, RAG no concluyó el contrato de agrupación antes de realizarse la venta de sus participaciones a Haniel y Cementbouw. Sin embargo, la formalización ante notario del contrato de agrupación y la modificación de los estatutos en un momento inmediatamente anterior a la formalización de la venta de las participaciones de RAG en la misma sesión y por el mismo notario, que levantó al respecto una única acta, pone claramente de manifiesto que no cabe hablar de la ejecución de la nueva estructura de CVK con la participación de RAG autorizada por la NMa, salvo que se haga una interpretación muy superficial y formal. Tal consideración puramente formal no puede resultar decisiva para responder a la pregunta que ha de evaluarse en virtud del Reglamento de concentraciones de si una o varias operaciones económicas de adquisición constituyen una concentración sujeta a control. La disposición contenida en la segunda frase del apartado 2 del artículo 5, que no es directamente pertinente en este caso, también demuestra que se impone en este sentido un enfoque económico. Por consiguiente, debe partirse de que los contratos concluidos el 9 de agosto de 1999 constituyen una única concentración por la que CVK adquirió el control sobre sus empresas afiliadas y Haniel y Cementbouw adquirieron, a su vez, el control sobre CVK.»

127 De los motivos citados de la Decisión impugnada resulta que la Comisión declaró que existía una interdependencia entre las transacciones basándose en los tres factores siguientes: la interdependencia económica, la simultaneidad de la celebración de las transacciones ante el mismo notario y la confirmación por parte de Haniel del carácter interdependiente de dichas transacciones.

128 Es cuestión pacífica que la demandante no niega que el segundo grupo de transacciones (la transacción RAG y el contrato de colaboración entre Haniel y la demandante) está subordinado a la realización del primero. Por consiguiente, procede declarar que el segundo grupo de transacciones no se hubiera celebrado sin el primero.

129 Por el contrario, la demandante reprocha a la Comisión haber considerado, erróneamente, que el primer grupo de transacciones dependía del segundo. La demandante recuerda que, en el momento de notificarse el proyecto de contrato de agrupación de CVK con sus empresas miembros a la NMa en el mes de febrero de 1998, RAG poseía participaciones en tres de las empresas miembros. La demandante se apoya en esta circunstancia para sostener que, en ese momento, ignoraba que RAG fuera a querer desprenderse de sus participaciones en esas empresas, lo que demuestra que el primer grupo de transacciones, en el que se encuentra el contrato de agrupación, es una operación de concentración independiente. Además, la demandante alega que, en el momento de celebrarse el conjunto de las operaciones, el 9 de agosto de 1999, el contrato mediante el que se realizó la transacción RAG precisó que las partes lo habían firmado tras la celebración de contrato de agrupación entre CVK y sus empresas miembros, con objeto de ajustarse –al menos formalmente–, a la postura de la NMa, expresada en el escrito de 26 de marzo de 1999, según el cual, para que la transacción RAG no fuera considerada una concentración, en el sentido de la Ley neerlandesa sobre competencia, el contrato de agrupación entre CVK y sus empresas miembros debía celebrarse, a más tardar, en el momento de la transacción RAG.

130 No cabe acoger estas alegaciones.

- 131 En primer lugar, si bien es cierto que debe admitirse que ningún elemento de los autos permite invalidar la afirmación de la demandante de que, en el momento de la notificación del proyecto del primer grupo de transacciones a la NMa, en el mes de febrero de 1998, ignoraba que RAG iba a querer vender sus participaciones en tres de las empresas miembros de CVK, no es menos cierto que esta transacción no se realizó hasta el 9 de agosto de 1999, es decir, el mismo día de la celebración del segundo grupo de transacciones. Pues bien, en esta fecha, no sólo estaba claro que RAG había decidido vender sus participaciones en las empresas miembros de CVK a Haniel y a la demandante, sin que, además, el primer grupo de transacciones había experimentado una modificación sensible a causa de la celebración, el mismo día, del segundo grupo de transacciones, entre ellas, en particular, la transacción RAG, mediante la cual Haniel y la demandante adquirirían el control conjunto de CVK.
- 132 Ante esta situación, la Comisión tenía razón al preguntarse las razones por las que el primer grupo de transacciones no se había celebrado antes del 9 de agosto de 1999, tal como lo hizo durante el procedimiento administrativo previo y, nuevamente, a falta de una respuesta satisfactoria de las partes, en los motivos citados de la Decisión impugnada.
- 133 En efecto, si bien, de una forma general, la simultaneidad en la celebración de varias transacciones no es necesariamente decisiva para determinar su carácter interdependiente, por el contrario, en el caso de autos, retrasar la celebración del primer grupo de transacciones hasta el momento de la celebración del segundo es un factor importante, en la medida en que puede significar que RAG no estaba dispuesta a participar en el primero y que, para que ese grupo de transacciones pudiera realizarse, debía estar forzosamente subordinado a la retirada de RAG del capital social de CVK, es decir, en otras palabras, a la celebración del segundo grupo de transacciones.
- 134 Para explicar el aplazamiento de la celebración del primer grupo de transacciones hasta el momento de la celebración del segundo, la demandante hace referencia, en sus escritos, a dificultades técnicas y comerciales relacionadas con la consolidación de pérdidas y ganancias entre las empresas miembros. En su réplica, la demandante

menciona también que debían realizarse diversos estudios ecológicos y que las vacaciones de verano en el sector de la construcción también retrasaron esta celebración.

- 135 Sin embargo, no pueden admitirse estas razones para explicar el retraso de más de nueve meses a partir de la autorización de la NMa de una decisión tan importante como la relativa a la reagrupación del conjunto de actividades de las empresas miembros de CVK en una estructura común.
- 136 Por una parte, en lo que se refiere a los estudios ecológicos y a las vacaciones de verano que supuestamente retrasaron la celebración del primer grupo de transacciones, estas justificaciones, que, además, sólo mencionó la demandante en la fase de réplica, no están demostradas.
- 137 Por otra parte, en lo que se refiere a la alegación relativa a las dificultades técnicas y comerciales ligadas a la consolidación de las pérdidas y ganancias de las empresas miembros de CVK, debe señalarse que, además del hecho de que esta alegación tampoco ha sido fundamentada, su importancia queda muy debilitada por los propios elementos de los autos. En efecto, procede señalar –sin que este punto haya sido negado por la demandante cuando se le preguntó concretamente sobre esta cuestión en la vista ante el Tribunal de Primera Instancia– que, incluso en el momento de la celebración del conjunto de las transacciones, el 9 de agosto de 1999, el contrato de colaboración entre Haniel y la demandante declaraba que la consolidación de las contabilidades y fondos propios de las empresas de CVK no se había terminado completamente, en concreto respecto de las empresas cuyo antiguo propietario era RAG. Pues bien, si esta cuestión era tan importante como para hacer necesario que se aplazase la celebración del primer grupo de transacciones, hubieran debido también justificar el aplazamiento de la celebración de este contrato incluso más allá de la fecha del 9 de agosto de 1999. Éste no ha sido el caso, debido, precisamente, al indicio significativo que tal aplazamiento, más allá de la fecha de celebración del segundo grupo de transacciones, hubiera supuesto también en cuanto a la dependencia del primer grupo de transacciones respecto del segundo.

- 138 En consecuencia, a falta de la invocación de otros motivos por la demandante, resulta obligado declarar que el elemento que condicionaba la celebración del primer grupo de transacciones era la celebración del segundo grupo de transacciones, es decir, la retirada de RAG del capital social de CVK.
- 139 En segundo lugar, el hecho de que el contrato por el que se celebró la transacción RAG mencione la previa celebración del contrato de agrupación no puede llevar a reconocer la independencia del primer grupo de transacciones respecto del segundo y, en consecuencia, a constatar un error de apreciación por parte de la Comisión.
- 140 Ciertamente, debe señalarse que, al contrario de lo que indicó la Comisión en el considerando 23 de la Decisión impugnada, el notario ante el que se celebraron los contratos no redactó un mismo y único protocolo.
- 141 Sin embargo, este error no puede dar lugar a la anulación de la Decisión impugnada.
- 142 En efecto, en el caso de autos, este error no puede debilitar la importancia de la apreciación fundamental de que los contratos se celebraron el mismo día, debido al hecho de que RAG no estaba dispuesta a dar su acuerdo a la celebración del primer grupo de transacciones independientemente de la celebración del segundo, que ponía fin a su participación en el primero. Desde el punto de vista de la apreciación económica de la interdependencia entre las operaciones, el hecho de que el primer grupo de transacciones haya precedido algunos minutos, incluso algunas horas, al segundo no es pertinente.

- 143 A este respecto, la demandante no puede oponer a la Comisión una supuesta confianza legítima en el escrito de la NMa de 26 de marzo de 1999 según la cual esta modalidad de realización de ambos grupos de transacciones le fue sugerida por ésta para que el segundo grupo de transacciones, incluida la transacción RAG, no constituyera una concentración en el sentido de la Ley neerlandesa sobre competencia.
- 144 Sin que sea necesario tomar en consideración el razonamiento de la NMa en ese escrito, debe señalarse que la demandante no recibió jamás garantías precisas de que la operación que comprendía los dos grupos de transacciones quedaría fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº 4064/89 y de la competencia de la Comisión. En la medida en que la competencia de la Comisión no está limitada únicamente a las operaciones de concentración que le son notificadas (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de septiembre de 2004, MCI/Comisión, T-310/00, Rec. p. II-3253, apartado 93), correspondía a las partes comunicarle su intención de celebrar la operación de concentración de 9 de agosto de 1999 con objeto de poder contar, eventualmente, con la seguridad jurídica que conllevan las decisiones de aprobación de la Comisión. Pues bien, éste no fue el caso.
- 145 En tercer lugar, aunque alega que el primer grupo de transacciones no es una operación de concentración independiente, la demandante no ha explicado cuáles serían la finalidad y la lógica económicas buscadas por los tres accionistas para consentir en que las tres empresas miembros de CVK se unieran en el seno de una unidad económica bajo la dirección de CVK, sin que estos accionistas pudieran tomar el control de esa empresa, mientras que la celebración del primer grupo de operaciones tiene todo el sentido económico puesto que, tras la retirada de RAG del capital social de CVK, Haniel y la demandante adquirirían el control conjunto de CVK.
- 146 En cuarto lugar, debe destacarse que del contrato de colaboración celebrado entre Haniel y la demandante resulta que estas empresas estimaban que una fusión de Derecho de las empresas miembros y de CVK en una sola empresa era deseable y que estudiarían atentamente la posibilidad de tal fusión, de forma que CVK se

transformase en una misma y única empresa, propiedad conjunta de Haniel y la demandante. Este elemento viene a reforzar la tesis de la Comisión, poniendo de relieve que el primer grupo de operaciones no era, en definitiva, más que una etapa de una operación más amplia, sin autonomía real.

147 Para terminar, en quinto lugar, corrobora igualmente el análisis de la Comisión la circunstancia de que, durante el procedimiento administrativo, Haniel sostuvo que las operaciones eran interdependientes, sin que la demandante haya negado la realidad de estas afirmaciones contenidas en la Decisión impugnada. Ciertamente, procede admitir, como sostiene la demandante, que la postura defendida por las partes que realizaron la notificación es, por definición, subjetiva y refleja necesariamente sus propios intereses. Sin embargo, esta circunstancia no puede conducir a la Comisión, en su preocupación por buscar la realidad económica de una operación de concentración, a privarse de las explicaciones de las partes que le permitan identificar cuál era realmente, en el momento de la celebración de las operaciones en cuestión, la finalidad económica perseguida por estas partes. Aunque las explicaciones no negadas de una de las partes que realizaron la notificación no pueden ser determinantes por sí mismas, la Comisión debe, sin embargo, como en el caso de autos, poder apoyarse en esas explicaciones cuando le permitan corroborar los elementos de apreciación sobre los que se apoya su análisis.

148 La demandante no ha demostrado, por tanto, que la Comisión haya cometido un error al declarar, en la Decisión impugnada, que los dos grupos de transacciones controvertidas en el caso de autos eran interdependientes, de forma que constituían conjuntamente una única y misma operación de concentración, en el sentido del artículo 3 del Reglamento nº 4064/89.

149 Por consiguiente, procede desestimar la segunda parte del primer motivo.

Sobre la tercera parte del primer motivo, basada en la falta de competencia de la Comisión para examinar la adquisición del control de CVK sobre sus empresas miembros, debido a la autorización dada a la misma por la NMa

Alegaciones de las partes

- 150 En el marco de esta parte del primer motivo, la demandante considera, por una parte, que, incluso suponiendo que la Comisión fuera competente, en virtud del artículo 3 del Reglamento nº 4064/89, para examinar la transacción RAG, no puede verificar la adquisición del control de CVK sobre sus empresas miembros mediante el contrato de agrupación, en la medida que esta operación ya fue autorizada por la NMa.
- 151 En apoyo de su tesis, la demandante señala, en primer lugar, que, al contrario de lo que pretende la Comisión en la Decisión impugnada, no existe ninguna diferencia entre la operación, tal como fue notificada y aprobada por la NMa el 20 de octubre de 1998, y la operación que se celebró finalmente el 9 de agosto de 1999. Además, la demandante señala que la Comisión reconoció que la operación no tenía una dimensión comunitaria y no impugnó oficialmente la resolución de la NMa, como hubiera debido hacer en virtud de los artículos 226 CE y 228 CE, lo que suscitó una confianza legítima en el espíritu de la demandante. Por otra parte, la demandante considera poco convincente la alegación de la Comisión de que la resolución de la NMa no es pertinente por estar basada en una legislación nacional. En efecto, según la demandante, eso es olvidar que las disposiciones de la legislación neerlandesa sobre competencia derivan de las de Derecho comunitario y deben ser interpretadas conforme al mismo. Para terminar, la demandante rechaza la insinuación de la Comisión, contenida en el considerando 30 de la Decisión impugnada, de que las partes afectadas no respetaron las garantías que habían ofrecido a la NMa para que ésta autorizase la operación en cuestión. En opinión de la demandante, tal insinuación carece de fundamento.

- 152 Por otra parte, la demandante alega que la Comisión faltó a su obligación de exponer los motivos por los que consideraba que la resolución de la NMa era errónea.
- 153 La Comisión rechaza todas estas alegaciones y estima que ni ignoró el artículo 3 del Reglamento n° 4064/89, ni faltó a su obligación de motivar la Decisión impugnada.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 154 En primer lugar, tal como se ha declarado en el marco de la segunda parte del presente motivo, examinada anteriormente, la demandante no ha demostrado que la Comisión haya incurrido en un error de apreciación al considerar que el primer y segundo grupos de transacciones, a los que se refiere el apartado 8 anterior, constituían una misma y única operación de concentración en el sentido del Reglamento n° 4064/89.
- 155 En consecuencia, es evidente que la autorización dada por la NMa a la celebración del primer grupo de transacciones no permitía a las partes realizar la operación de concentración de 9 de agosto de 1999. A causa de la dimensión comunitaria de la operación de concentración realizada mediante el conjunto de las transacciones que tuvieron lugar el 9 de agosto de 1999, apreciación que aparece en el considerando 33 de la Decisión impugnada y que no niega la demandante, la Comisión era la única autoridad competente para examinar y, en su caso, autorizar tal operación.
- 156 En segundo lugar, la demandante no puede invocar una confianza legítima basada en que la Comisión no impugnó la autorización concedida por la NMa a la realización del primer grupo de transacciones.

157 En efecto, la autorización concedida por la NMa a la celebración del primer grupo de transacciones, sobre la base de una interpretación de las disposiciones de la Ley neerlandesa sobre competencia, no es constitutiva, en absoluto, de un derecho a reclamar a la Comisión la protección de la confianza legítima, ya que dicha autorización no procede de la administración comunitaria conforme a las disposiciones aplicables al caso, a saber, concretamente, al artículo 3 del Reglamento n° 4064/89 (véase, en este sentido, la sentencia Branco/Comisión, apartado 77 anterior, apartado 102). En todo caso, el primer grupo de transacciones no se llevó a cabo en las mismas condiciones en que había sido notificado a la NMa. El aplazamiento de su realización hasta el día de la celebración del segundo grupo de transacciones supuso una modificación sensible de los elementos de hecho y de Derecho en los que se había basado la NMa para autorizar el primer grupo de transacciones proyectado. Tal como ha defendido, con razón, la Comisión, mediante la operación de concentración celebrada el 9 de agosto de 1999, las partes no realizaron sólo una operación de fusión de hecho entre los miembros de CVK y ésta, sino que crearon una empresa en participación plenamente operativa, controlada conjuntamente por Haniel y la demandante. En definitiva, la NMa autorizó la realización de un grupo de transacciones, que no se llevó a cabo efectivamente de esa forma.

158 En la medida en que los dos grupos de transacciones no podían escindirse a causa de su carácter unitario, la Comisión no podía pronunciarse más que sobre la operación de concentración en su globalidad, debido a su dimensión comunitaria.

159 Procede añadir que tal enfoque no es contrario al reparto de facultades entre las autoridades nacionales de la competencia y la Comisión, tal como está prevista por el Reglamento n° 4064/89.

160 Ciertamente, el resultado al que puede conducir la actuación de la Comisión puede, en determinados casos, resultar en que una transacción, aun sin cumplir los requisitos de la dimensión comunitaria, en el sentido del Reglamento n° 4064/89,

entre sin embargo en el ámbito de aplicación de éste, a causa de la interdependencia que la une a una o más operaciones distintas.

¹⁶¹ Sin embargo, en este caso, resulta artificial considerar que la primera transacción es independiente desde el punto de vista económico.

¹⁶² En tercer lugar, la alegación de la demandante de que la Comisión hubiera debido interponer un recurso por incumplimiento en virtud del artículo 226 CE es inoperante. En primer lugar, de ningún elemento de los autos resulta que la Comisión haya puesto en duda la competencia de la NMa para pronunciarse sobre el primer grupo de transacciones en la resolución de 20 de octubre de 1998, adoptada sobre la base de la legislación nacional, de forma que tal resolución pueda, en su caso, constituir un incumplimiento del Derecho comunitario por parte del Reino de los Países Bajos. Por el contrario, la Comisión ha admitido tal competencia y ha subrayado en diversas ocasiones que la Decisión impugnada no se refería a la misma operación de concentración, a causa del aplazamiento de la celebración del primer grupo de transacciones hasta el día de la realización del segundo grupo de transacciones, a saber, el 9 de agosto de 1999. En segundo lugar, habida cuenta del margen de apreciación de que dispone la Comisión respecto de la utilización de sus recursos y de su actuación, nada la obliga a iniciar un procedimiento conforme al artículo 226 CE contra un Estado miembro antes de adoptar una decisión sobre la apreciación de una operación de concentración de dimensión comunitaria.

¹⁶³ Para terminar, en cuarto lugar, en cuanto a las observaciones de la demandante expuestas en el apartado 151 anterior, relativas, por una parte, a la similitud de las disposiciones de la legislación neerlandesa sobre competencia y las del Reglamento n° 4064/89 y, por otra, al cumplimiento de las garantías ofrecidas a la NMa por las partes que realizaron la notificación, dichas observaciones, desestimadas en el marco de la primera parte de este motivo (véanse los apartados 70 a 78 anteriores), no

pueden, en todo caso, dar lugar a la anulación de la Decisión impugnada. Además, la alegación de la demandante según la cual la Decisión impugnada no está suficientemente motivada debe desestimarse igualmente. En efecto, habida cuenta de las circunstancias del caso, la Comisión no estaba sujeta a la obligación de explicar las razones por las que la resolución de la NMa, adoptada sobre la base de la legislación nacional, era supuestamente errónea.

164 En consecuencia, debe desestimarse la tercera parte del primer motivo, así como el motivo en su totalidad.

2. Sobre el segundo motivo, basado en que la Comisión incurrió en errores de apreciación respecto de la creación de una posición dominante por la operación de concentración, infringiendo el artículo 2 del Reglamento n° 4064/89

165 El presente motivo se divide en dos partes. La primera parte se basa en que la Comisión incurrió en errores de apreciación respecto de la existencia de una posición dominante de CVK. La segunda parte se basa en que no se ha demostrado una relación de causalidad entre la operación de concentración y la creación de la posición dominante alegada por la Comisión.

Sobre la primera parte del segundo motivo, basada en que la Comisión incurrió en un error de apreciación respecto de la existencia de una posición dominante de CVK

Alegaciones de las partes

166 La demandante niega la apreciación que realiza la Comisión respecto de cinco factores que la llevaron a declarar la existencia de una posición dominante de CVK en el mercado neerlandés de los materiales de construcción de muros de carga (en lo sucesivo, «mercado de referencia»).

- 167 En primer lugar, la demandante reprocha a la Comisión haber valorado erróneamente el papel que juegan los materiales competidores del ladrillo silicocalcáreo en la construcción de muros de carga.
- 168 Por una parte, la demandante considera que la constatación de la Comisión, expuesta en el considerando 96 de la Decisión impugnada, según la cual CVK es el único productor y suministrador de ladrillos silicocalcáreos en los Países Bajos ignora el hecho de que se importan productos silicocalcáreos procedentes de Alemania y que, según la propia Decisión impugnada, no existe un mercado de ladrillos silicocalcáreos.
- 169 Por otra parte, la demandante niega la conclusión de la Comisión, expresada en el considerando 97 de la Decisión impugnada, según la cual no puede considerarse que el sector del hormigón ejerza una presión competitiva sobre CVK. La demandante alega que las informaciones facilitadas por terceros respecto de la estabilidad de la parte del mercado del hormigón en el mercado de los materiales de construcción de muros no pueden, por sí mismas, conducir a tal conclusión. Según la demandante, la Comisión no realizó un examen de la evolución progresiva de las cuotas de mercado para determinar la presión competitiva exacta ejercida sobre CVK, ni tuvo en cuenta el tamaño del sector del hormigón ni las importantes capacidades financieras y económicas de los operadores activos del sector. En opinión de la demandante, estos elementos obligan a CVK a tener en cuenta el sector del hormigón para determinar su comportamiento en el mercado de referencia. Para terminar, la demandante alega, en su réplica, que, para evaluar la presión competitiva que ejerce el sector del hormigón en obra, debe tomarse en consideración la cuota de mercado del hormigón en obra en el mercado de referencia ([10 a 15] %) y no sólo la del principal competidor productor de hormigón en obra ([2 a 5] %).
- 170 En segundo lugar, la demandante rechaza la apreciación de la Comisión, contenida en los considerandos 99 a 101 de la Decisión impugnada, según la cual existen importantes barreras de entrada en el mercado de referencia. En su análisis, la Comisión, según afirma la demandante, habría debido realizar un examen del

conjunto de los costes y de las demás barreras potenciales en lo que se refiere al conjunto de los productos que compiten con el ladrillo silicocalcáreo. Por el contrario, la demandante alega que la Comisión limitó esencialmente su análisis a los costes de inversión y a los largos plazos necesarios para la construcción y el funcionamiento de las fábricas de producción de ladrillos silicocalcáreos. La demandante niega además que los plazos y las necesidades de equipamiento puedan constituir verdaderas barreras de entrada en el mercado, a los efectos de la aplicación del Reglamento n° 4064/89, especialmente si los mercados de capitales funcionan con eficacia. Además, la demandante reprocha a la Comisión no haber examinado claramente los costes en que habrían incurrido los demás productores de materiales de construcción si hubieran debido sustituir una parte de su producción por materiales competidores de los ladrillos silicocalcáreos, aunque en respuesta al pliego de cargos había señalado que el hormigón podía producirse para diversos usos, incluida la construcción de muros, al igual que los demás materiales, como el ladrillo, el yeso y la madera. Para terminar, la demandante señala que el simple hecho de que subsista, como indica el considerando 101 de la Decisión impugnada, un exceso de producción de ladrillos silicocalcáreos, que hacen menos interesante la entrada en el mercado, no basta para calificar ese exceso de capacidad de barrera de entrada en el mercado de referencia.

171 En tercer lugar, la demandante niega varios elementos de la apreciación de la Comisión, desarrollada en la Decisión impugnada, según la cual ni los distribuidores de materiales de construcción, ni las constructoras disponen de un poder de negociación que pueda compensar la posición dominante de CVK del lado de la oferta.

172 En cuanto al poder de negociación de los distribuidores, la demandante recuerda que éstos pertenecen a grupos internacionales o están constituidos en cooperativas de compra, situación que les confiere una posición de fuerza respecto de CVK. La demandante añade que el hecho, señalado en el considerando 102 de la Decisión impugnada, de que los cinco principales distribuidores al por mayor de materiales de construcción en los Países Bajos representen cerca del [60 a 80] % de las ventas de CVK, de las que [20 a 30] % corresponden al más importante de ellos, demuestra que los distribuidores al por mayor tienen un gran poder de negociación y, salvo al

hormigón en obra, pueden recurrir a productos sustitutivos de los ladrillos silicocalcáreos. Además, según la demandante, la imposibilidad de que los distribuidores al por mayor puedan revender el hormigón en obra les incita a obtener de CVK precios y condiciones que les permitan competir con los fabricantes de hormigón. Para terminar, la demandante sostiene que los distribuidores al por mayor también pueden importar materiales silicocalcáreos de Alemania.

173 En cuanto a las relaciones entre CVK, los distribuidores al por mayor y las constructoras, la demandante refuta varias de las apreciaciones realizadas en los considerandos 75 y 103 de la Decisión impugnada. La demandante niega así la afirmación de la Comisión de que CVK está, por lo general, bien informada de la identidad de los usuarios y del destino de sus productos, concretamente a través del acceso a los planos de los arquitectos en las entregas de materiales de construcción, que representan la mitad de su volumen de negocios. Además, si bien la demandante admite que CVK suministra directamente a determinadas empresas de construcción, niega que CVK pueda saber el uso al que se destinan los productos que entrega, incluso cuando tiene conocimiento del grosor de los productos silicocalcáreos entregados. Además, la demandante señala que los descuentos que CVK concede a los distribuidores al por mayor, en función de las ventas para determinados proyectos o determinadas empresas de construcción, sólo tienen lugar de forma rara e incidental. Añade que, de todas formas, esta circunstancia no pone en duda la existencia de un poder de negociación por parte de los distribuidores al por mayor.

174 En cuarto lugar, la demandante sostiene que el análisis que realiza la Comisión sobre la inexistencia de influencia del mercado vecino de los materiales de construcción de muros no portantes, en el que CVK tiene una posición más débil, es erróneo. Por una parte, la demandante subraya que CVK no tiene ninguna posibilidad de conocer el destino de sus productos que se destinan a la construcción de muros de carga o de muros no portantes. Según la demandante, CVK se ve, en consecuencia, obligada a tener en cuenta su situación competitiva en el mercado de los muros no portantes para determinar su comportamiento en el mercado de referencia, independientemente del hecho de que CVK venda el [60 a 80] % de sus ladrillos silicocalcáreos en este último mercado. Por otra parte, la demandante sostiene que del análisis económico realizado en el informe de los profesores von Wieszäcker y Elberfeld, comunicado a la Comisión, pero al que la Decisión impugnada no hace referencia, resulta un «efecto restrictivo» ejercido por el mercado de los materiales de construcción de muros no portantes sobre el mercado de referencia.

175 En quinto lugar, la demandante niega la apreciación de la Comisión relativa a que la posición dominante de CVK está reforzada por los lazos estructurales que existen entre esta sociedad y la demandante. En primer lugar, la demandante recuerda que ella no controla CVK, que ejerce su actividad con plena independencia. La demandante sostiene, a continuación, que la Comisión ha cometido un error al atribuirle una «posición fuerte» en el mercado neerlandés del suministro de materiales de construcción de muros, en la medida en que su cuota de mercado, de [2 a 5] %, es comparable a la de otros operadores y no le confiere tal posición. Lo mismo sucede respecto de las actividades de la demandante en el mercado de la distribución al por mayor de materiales de construcción, ya que la Comisión se contentó con realizar simples alegaciones y suposiciones sobre esta cuestión, en particular en referencia al informe anual de NBM Amstelland, grupo al que pertenecía la demandante, cuando la cuota de mercado de esta última es sólo del [2 a 5] %. Para terminar, la demandante niega que CVK le haya concedido un trato privilegiado en la distribución al por mayor de materiales de construcción, al contrario de las afirmaciones realizadas por terceros, incluidas en la Decisión impugnada. En todo caso, incluso suponiendo que existiera tal trato privilegiado, la demandante sostiene que los elementos de prueba que resultan de esos terceros no son aptos por sí mismos para que se presuma la existencia de una posición dominante a los efectos de la aplicación del Reglamento nº 4064/89.

176 Para terminar, en sexto lugar, la demandante reprocha a la Comisión no haber motivado suficientemente la Decisión impugnada en lo que se refiere a las razones que la llevaron a diferir de la conclusión a la que había llegado la NMa en su resolución de 20 de octubre de 1998 respecto de la inexistencia de una posición dominante de CVK, cuando esta resolución y los estudios de mercado de la NMa se remontan a menos de tres años antes de la adopción de la Decisión impugnada.

177 Con carácter preliminar, la Comisión señala que la demandante no ha negado el factor que se refiere a la estructura del mercado, examinado en los considerandos 90 a 95 de la Decisión impugnada. Pues bien, según la Comisión, los elementos que ha considerado respecto de las cuotas de mercado de CVK, de la demandante y de Haniel constituyen ya, por sí mismos, un indicio claro de la existencia de una posición dominante.

178 Hecha esta observación, la Comisión rechaza todas las críticas formuladas por la demandante contra la apreciación de los demás factores en los que se apoya la conclusión de que CVK ocupa una posición dominante en el mercado de referencia.

179 En primer lugar, por una parte, en lo que se refiere al papel de los distintos materiales de construcción de muros, la Comisión señala que no niega que el mercado geográfico se limite a los Países Bajos, puesto que las importaciones de ladrillos silicocalcáreos procedentes de Alemania no tienen más que un carácter marginal, ni que CVK sea el único fabricante en los Países Bajos de ladrillos silicocalcáreos, el material de construcción más popular en ese Estado, como ya se señaló en el considerando 98 de la Decisión impugnada. Esta situación, según la Comisión, contribuye a reforzar la posición de CVK en el mercado de referencia, ya que el hormigón en obra, suponiendo que pertenezca al mismo mercado, sólo compete con los productos silicocalcáreos en los grandes proyectos de construcción a causa de los elevados costes de inversión fijos.

180 Por otra parte, la Comisión niega la alegación de la demandante de que la Decisión impugnada no demuestra de forma suficiente que el sector del hormigón no ejerza una presión competitiva sobre CVK. A este respecto, la Comisión señala que el tenor del considerando 97 de la Decisión impugnada sólo hace referencia a la inexistencia de una presión competitiva importante procedente del hormigón en obra y no del sector del hormigón en general. La Comisión precisa también que esta conclusión no se apoya únicamente en la consideración del sector del hormigón en obra. Para examinar la presión competitiva ejercida por los fabricantes de hormigón en obra, la Comisión reitera su posición, señalada en los motivos de la Decisión impugnada, según la cual es importante tener en cuenta las cuotas de mercado de los fabricantes de hormigón en obra competidores, que no excede ninguna del [2 a 5] % del mercado de referencia, y no la parte del sector del hormigón en obra, como producto ([10 a 15] %), en ese mercado. Tal enfoque se justifica, en particular, según la Comisión, por el hecho de que el mercado de referencia es un mercado diferenciado de productos y que el porcentaje de [10 a 15] % «de cuota de mercado» tiende a sobrevalorar la presión competitiva sobre CVK, en la medida en que incluye la cuota de mercado de la propia demandante en el sector del hormigón en obra. Hecha esta precisión, la Comisión sostiene que, durante los tres años que

precedieron a la adopción de la Decisión impugnada, ningún proveedor de hormigón pudo conseguir una cuota de mercado superior al [2 a 5] %, mientras que la cuota de mercado de CVK siguió siendo del [50 a 60] % en el mercado de referencia. La Comisión rechaza también la alegación de la demandante de que la importancia del sector del hormigón y el peso de los operadores de este sector puedan afectar a la actividad de CVK como fabricante de ladrillos silicocalcáreos y a su posición en el mercado de referencia.

181 En segundo lugar, la Comisión rechaza las alegaciones de la demandante de que no evaluó correctamente las barreras de entrada en el mercado puestas de relieve en la Decisión impugnada.

182 En primer lugar, la Comisión recuerda que, al contrario de lo que afirma la demandante, la Decisión impugnada hace referencia a las barreras que existen para la fabricación de todos los materiales de construcción para muros de carga, y no sólo para los productos silicocalcáreos.

183 Además, la Comisión rechaza la afirmación de la demandante de que los costes de inversión y los plazos para entrar en el mercado no constituyen auténticas barreras de entrada, a los efectos de la aplicación del Reglamento n° 4064/89. Según la Comisión, como ha precisado la Decisión impugnada, estos costes y plazos son considerables. En su dúplica, la Comisión recuerda que las entradas en el mercado han sido raras y limitadas al sector del hormigón, afirmación que no ha sido negada por la demandante. Además, la Comisión estima que el reproche de la demandante de que no realizó un análisis de los posibles costes en que incurrieron otras empresas fabricantes de materiales de construcción para transferir parte de su producción (ladrillo, yeso, madera) a productos competidores de los productos silicocalcáreos, como el hormigón, es infundada. En efecto, la Comisión sostiene que este análisis no era pertinente, ya que, a causa de la estructura y de las características del sector de la construcción en los Países Bajos, los fabricantes de materiales de construcción distintos del hormigón, para producir materiales competidores de los productos silicocalcáreos, no habrían debido simplemente transferir su producción, sino partir de cero.

- 184 Para terminar, al contrario que la demandante, la Comisión considera que la existencia de un exceso de capacidad en un mercado dado juega un papel importante a la hora de determinar si es posible entrar en ese mercado, es decir, si será suficientemente rentable. Pues bien, en el caso de autos, según la Comisión, los considerables excesos de capacidad en el mercado de referencia, debidos a CVK, hacen que tal entrada sea poco atractiva.
- 185 En tercer lugar, la Comisión sostiene que el análisis realizado en la Decisión impugnada, según el cual la posición dominante de CVK no está compensada por un poder de negociación de los distribuidores al por mayor de materiales de construcción, es correcta.
- 186 En primer lugar, de forma general, la Comisión considera que, en el contexto del Reglamento nº 4064/89, el poder de negociación debe entenderse como la capacidad de los grandes clientes –en este caso, los distribuidores de materiales de construcción– de recurrir, en un plazo razonable, a alternativas creíbles si el proveedor decide aumentar sus precios o deteriorar las condiciones de entrega. En el caso de autos, la Comisión subraya que, incluso si los distribuidores al por mayor de materiales de construcción pueden verse incitados a que CVK ofrezca precios competitivos respecto de los que cobran los fabricantes de hormigón, estos distribuidores no disponen de ninguna alternativa, ya que no comercializan hormigón en obra, que representa [10 a 15]% del mercado, y no tienen, en consecuencia, la capacidad de negociación necesaria respecto de CVK.
- 187 Por otra parte, en cuanto a la alegación de la demandante de que los distribuidores pueden importar productos silicocalcáreos procedentes de Alemania, la Comisión recuerda que la demandante no ha negado que estas importaciones sean marginales y que, en la vista, un distribuidor señaló que Haniel o CVK obstaculizaban dichas importaciones.

188 Para terminar, la Comisión reitera su apreciación de que CVK está, en general, informada de la identidad de los usuarios y del destino de sus productos, al contrario de lo que sostiene, no sin ciertas contradicciones e imprecisiones, la demandante. En estas circunstancias, la Comisión subraya que los descuentos concedidos por CVK a los distribuidores al por mayor por el suministro a proyectos de construcción o a empresas de construcción específicas, muestran que CVK puede influir en la política de precios de los distribuidores respecto de las empresas clientes y, en consecuencia, en sus márgenes en el marco de determinados proyectos, lo que limita, e incluso excluye, su capacidad de utilizar su volumen de compra para ejercer una presión global sobre la política de precios de CVK.

189 En cuarto lugar, en lo que se refiere a las críticas de la demandante relativas a la influencia de la competencia en el mercado vecino de los materiales de construcción de muros no portantes, la Comisión considera que ha probado suficientemente, por una parte, que CVK puede determinar o prever si sus productos se utilizarán para muros de carga o no portantes y, por otra, y en todo caso, que CVK establece su estrategia en materia de precios principalmente respecto del mercado de referencia. En cuanto al informe de los profesores von Wieszäcker y Elberfeld que, según afirma la demandante, demuestra que la posición de CVK en el mercado de los materiales de construcción de muros no portantes ejerce un efecto de disciplina sobre su posición en el mercado de referencia, la Comisión, si bien admite que no examinó de forma expresa ese informe en la Decisión impugnada, realiza tres observaciones. En primer lugar, subraya que el modelo de evaluación de precios presentado en ese informe no constituye una descripción adecuada del mercado de referencia, particularmente porque parte del postulado de que CVK debe aplicar los mismos precios en el mercado de referencia y en el de los materiales de construcción de muros no portantes. En segundo lugar, la Comisión señala que el informe examina la cuestión, que no estima pertinente, de en qué circunstancias CVK fijaría sus precios a un nivel tal alto que no realizaría ninguna venta en el mercado de los materiales de construcción de muros no portantes. En tercer lugar, la Comisión subraya que, suponiendo que se practicasen los mismos precios en ambos mercados, el informe se ajusta completamente a las conclusiones de la Decisión impugnada según las cuales CVK fija sus precios en función principalmente de su posición en el mercado de referencia. Por esta razón, según la Comisión, no era necesario examinar expresamente este informe en la Decisión impugnada.

- 190 En quinto lugar, la Comisión mantiene el análisis que realizó en la Decisión impugnada, según el cual la posición dominante de CVK está reforzada por los lazos estructurales que existen entre ésta y la demandante.
- 191 En sexto lugar, la Comisión rechaza también la alegación de la demandante, basada en la insuficiencia de motivación de la Decisión impugnada.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

— Observaciones preliminares

- 192 Antes de examinar la posición dominante de CVK, debe señalarse, en primer lugar, que la demandante no se opone a la delimitación del mercado de referencia realizada en la Decisión impugnada, a saber, el mercado de los materiales de construcción de muros de carga en los Países Bajos, delimitación que se justifica en razón de la función de carga de los muros. Debe precisarse, a este respecto, que la Decisión impugnada deja abierta la cuestión de si el hormigón en obra –a causa fundamentalmente de los elevados costes de inversión que conlleva su utilización (véase el considerando 77 de la Decisión impugnada), que implican que este material no compite con los ladrillos silicocalcáreos más que en determinados proyectos de gran importancia– debía entrar en la definición del mercado de los productos en cuestión, en la medida en que la Comisión estimó que dicha cuestión no tenía efectos sobre la apreciación de la operación de concentración (véase el considerando 81 de la Decisión impugnada).
- 193 Es también importante señalar que resulta de la Decisión impugnada –sin que esta constatación haya sido invalidada por la demandante– que los materiales más utilizados en el mercado de referencia son, en orden decreciente, los siguientes: el

ladrillo silicocalcáreo ([50 a 60] % de la totalidad de los muros de carga se construyen con este material), el hormigón en obra ([10 a 15] %), los elementos de hormigón prefabricados ([5 a 10] %), el ladrillo ([2 a 5] %) y el hormigón celular ([0 a 2] %).

¹⁹⁴ Además, debe recordarse que el artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, titulado «Evaluación de las operaciones de concentración», dispone:

«1. Las operaciones de concentración contempladas en el presente Reglamento se evaluarán en función de las disposiciones que figuran a continuación, con el fin de establecer si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

- a) la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

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

2. Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no creen ni refuercen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

3. Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.»

¹⁹⁵ La posición dominante a que se refiere el artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, se refiere a una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión, T-102/96, Rec. p. II-753, apartado 200; véase también, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 38).

¹⁹⁶ Es jurisprudencia reiterada que las normas materiales del Reglamento y, en especial, su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad de apreciación, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico. Por consiguiente, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de aplicar las normas en materia de concentraciones, debe ser efectuado teniendo en cuenta el margen de apreciación implícito en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartados 223 y 224, y de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, apartado 38; sentencias del Tribunal de Primera Instancia Gencor/Comisión, apartado 195 anterior, apartados 164 y 165, y de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, T-342/99, Rec. p. II-2585, apartado 64).

- 197 Resulta de lo anterior que el control ejercido por el juez comunitario sobre las apreciaciones complejas de orden económico realizadas por la Comisión en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación que le otorga el Reglamento nº 4064/89 debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, así como la inexistencia de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder. En particular, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación de orden económico de la Comisión por la suya propia (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003, *Petrolessence y SG2R/Comisión*, T-342/00, Rec. p. II-1161, apartado 101).
- 198 Para terminar, debe señalarse igualmente que, en los considerandos 90 a 108 de la Decisión impugnada, la Comisión se basó en seis factores para declarar la posición dominante de CVK. Estos factores son: en primer lugar, la estructura del mercado; en segundo lugar, la inexistencia de presión competitiva importante sobre CVK por parte de los fabricantes de hormigón en obra, cuando CVK es el único fabricante y proveedor de ladrillos silicocalcáreos, utilizados tradicionalmente en los Países Bajos para la construcción de muros; en tercer lugar, la existencia de importantes barreras de entrada en el mercado; en cuarto lugar, la inexistencia de poder de negociación de los clientes de CVK; en quinto lugar, la inexistencia de una limitación del margen de maniobra de CVK en el mercado de referencia por las condiciones de la competencia en el mercado vecino de los materiales de construcción de muros no portantes y, en sexto lugar, la existencia de una relación estructural entre CVK y la demandante que les permite, tanto a nivel de la oferta como en la distribución de los materiales de construcción de muros de carga, disfrutar de un margen de maniobra sensiblemente más amplio que el que disfrutaban sus competidores.
- 199 A este respecto, ha quedado acreditado que la demandante no niega ninguna de las apreciaciones expuestas en los considerandos 90 a 95 de la Decisión impugnada relativas al primer factor, que se refiere a la estructura del mercado, es decir, a las cuotas de mercado de CVK, de las partes que han realizado la notificación, así como de sus competidores.
- 200 Debe precisarse que resulta de los motivos anteriormente mencionados de la Decisión impugnada que CVK tiene más del [50 a 60] % de cuota en el mercado de

referencia, en la medida en que este mercado incluye el hormigón de obra, mientras que, en esta misma delimitación del mercado, el segundo operador es la demandante, con cerca del [2 a 5] % de cuota de mercado, el competidor principal de las partes que han realizado la notificación posee solamente una cuota de mercado de alrededor del [2 a 5] % y los demás competidores sólo tienen cuotas de mercado inferiores al [0 a 2] %. Resulta de los datos expuestos en el considerando 91 de la Decisión impugnada que esta situación es la más favorable a las partes que han realizado la notificación, ya que, si se excluye completamente el hormigón de obra del mercado de referencia, la cuota de mercado de CVK superaría el [60 a 70] %, mientras que las cuotas de mercado de todos sus competidores alcanzarían, como máximo el [0 a 2] %. Ha quedado también acreditado que la configuración del mercado de referencia no ha variado sustancialmente a lo largo de los últimos años.

- 201 Pues bien, la existencia de cuotas de mercado muy altas es muy significativa, y la comparación entre las cuotas de mercado de la o las empresas que participan en la concentración y las de sus competidores, en particular las de los más inmediatos, constituye un indicio válido de la existencia de una posición dominante. En efecto, este factor permite evaluar la capacidad competitiva de los competidores de la empresa afectada (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, apartado 195 anterior, apartados 39, 40 y 48, y sentencia Gencor/Comisión, apartado 195 anterior, apartados 201 y 202). Además, una cuota de mercado especialmente alta puede constituir en sí misma la prueba de la existencia de una posición dominante, sobre todo cuando los demás operadores del mercado sólo tienen cuotas mucho menos elevadas (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 1999, Endemol/Comisión, T-221/95, Rec. p. II-1299, apartado 134).
- 202 Por el conjunto de estas razones, el hecho, no negado por la demandante, de que CVK tenga una cuota de mercado al menos catorce veces superior a la de su principal competidor constituye un fuerte indicio de que CVK ocupa una posición dominante en el mercado de referencia.
- 203 Debe examinarse si, no obstante, la demandante ha podido demostrar que la Comisión realizó una apreciación manifiestamente equivocada de los otros cinco factores analizados en la Decisión impugnada, que pueda dar lugar a la anulación de la misma.

— Sobre el factor basado en la inexistencia de una presión competitiva importante sobre CVK por parte de los fabricantes de hormigón en obra

204 Procede recordar que, en los considerandos 96 a 98 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló que, ni el hormigón de obra, ni los fabricantes de ese material pueden ejercer una presión competitiva importante sobre CVK, que es el único fabricante de ladrillos silicocalcáreos en los Países Bajos, material tradicional para la construcción de muros y utilizado masivamente para la construcción de muros de carga. Esta apreciación se basa concretamente en las cuotas de mercado de los competidores de CVK y en la naturaleza diferenciada de los productos del mercado de referencia, que permiten a una empresa como CVK reforzar su influencia más allá de su cuota de mercado aparente, por ser la única que ofrece un producto especialmente apreciado por los consumidores o para determinadas aplicaciones.

205 En esencia, sin negar la pertinencia del factor escogido por la Comisión, la demandante sostiene, por una parte, que la constatación, expuesta en el considerando 97 de la Decisión impugnada, de que CVK es el único fabricante de ladrillos silicocalcáreos ignora el hecho de que se importan productos silicocalcáreos de Alemania, y que no existe un mercado de ladrillos silicocalcáreos. Por otra parte, la demandante refuta la conclusión de la Comisión, formulada en el considerando 97 de la Decisión impugnada, de que el sector del hormigón no ejerce una presión competitiva sobre CVK. Según la demandante, la Comisión hubiera debido examinar la evolución de las cuotas de mercado y tener en cuenta, en especial, las capacidades financieras y económicas de los operadores en ese sector. Además, la demandante considera que no debe tenerse en cuenta únicamente la cuota de mercado ([2 a 5] %) del principal competidor fabricante de hormigón en obra.

206 Estas alegaciones deben desestimarse.

207 En primer lugar, por lo que se refiere a la supuesta ignorancia por parte de la Comisión del hecho de que en los Países Bajos se importan productos silicocalcáreos procedentes de Alemania, es necesario constatar que, en el considerando 84 de la Decisión impugnada, en el marco de la delimitación del mercado geográfico, la Comisión señaló lo siguiente:

«Aunque es cierto que en las zonas fronterizas de los Países Bajos se importan materiales para la construcción de muros procedentes [...] de Alemania, se trata de importaciones marginales que no justifican que parte de los territorios de [...] Alemania se integren en el mercado geográfico de referencia. La investigación de mercado ha mostrado que existen barreras de acceso al mercado, en particular debido a las diferencias entre las normativas sobre construcción y sobre seguridad en el trabajo. Por ejemplo, [...] en Alemania la normativa sobre construcción exige que el grosor de los muros sea comparativamente mayor, por lo que la consiguiente utilización de una mayor cantidad de materiales hace que los muros resulten más caros que en los Países Bajos [...]».

208 Pues bien, procede recordar igualmente que la demandante no rechaza, ni la definición del mercado de referencia, ni la constatación de que CVK es el único productor de ladrillos silicocalcáreos en los Países Bajos. Además, la demandante se limita a señalar que los mayoristas de materiales de construcción venden productos silicocalcáreos en el mercado neerlandés, sin aportar ninguna precisión respecto del volumen y el valor de esas importaciones, habiéndose contentado la demandante, en su respuesta al pliego de cargos a la que remite en sus escritos, a exponer que el abanico de productos silicocalcáreos ofrecido por uno de estos mayoristas o importadores y el ofrecido por CVK eran muy similares.

209 En segundo lugar, la demandante realiza una lectura errónea de la Decisión impugnada cuando considera que ésta declaró la inexistencia de presión competitiva en el sector del hormigón. En efecto, debe señalarse que el considerando 97 de la Decisión impugnada indica, más concretamente, que no existe presión competitiva importante por parte del sector del hormigón en obra y sus fabricantes y no del sector del hormigón. En consecuencia, en los motivos pertinentes de la Decisión impugnada, la Comisión no negó la existencia de una presión competitiva del

hormigón de obra, sino que estimó que era insuficiente respecto de la posición de CVK. Sobre esta cuestión, es importante señalar que el análisis de la Comisión, centrado en el hormigón en obra, se justifica por el hecho de que, al menos, los dos competidores inmediatos de CVK en el mercado de referencia sólo producen hormigón en obra, circunstancia que debería permitir a la Comisión examinar si la posición de CVK, tal como se refleja en sus cuotas de mercado, podría compensarse con la presencia de competidores que ofrezcan este tipo de material en el mercado de referencia.

210 La Comisión no sólo consideró, también acertadamente, la parte que representa el sector del hormigón en obra en general ([10 a 15] %) en la construcción de muros de carga en los Países Bajos, sino que también tomó en consideración la cuota de mercado del primer competidor de CVK ([2 a 5] %). En efecto, puesto que el primer dato ([10 a 15] %) incluye también la cuota de mercado de la demandante, que, a causa del control –demostrado anteriormente– que ejerce sobre CVK, no puede considerarse como una empresa competidora de esta última, debía ponderarse este porcentaje tomando también en consideración la cuota de mercado del competidor inmediato de CVK, para no sobrevalorar la eventual presión competitiva ejercida sobre CVK.

211 Además, en cuanto a la alegación de que la Comisión debía tener en cuenta la evolución de las cuotas de mercado del sector del hormigón, en la medida en que esta alegación se refiere al hormigón en obra, bastaba a la Comisión, tal como señaló en el considerando 97 de la Decisión impugnada, precisar que la parte del hormigón en obra parecía haberse mantenido estable, según los datos facilitados por una asociación profesional neerlandesa, o incluso parecía haberse reducido ligeramente, según determinados operadores, sin que esta circunstancia pueda llevar a la conclusión de que la presión competitiva de este segmento de mercado sobre CVK era importante. Además, respecto de las cuotas de las empresas del mercado, ha quedado acreditado que, desde el año 2000 hasta la adopción de la Decisión impugnada, la posición de CVK así como la de sus competidores, referidas anteriormente, también habían permanecido prácticamente iguales, tal como subraya el considerando 95 de la Decisión impugnada. Pues bien, esta apreciación se refiere necesariamente al segmento del hormigón en obra, segmento en el que, tal

como resulta del cuadro que figura en el considerando 91 de la Decisión impugnada, estaban activos los dos principales competidores de CVK, pero tenían, uno, una cuota de mercado inferior a [2 a 5] % y el otro, una cuota de mercado inferior a [0 a 2] %.

212 A este respecto, debe señalarse que, por lo general, la presencia de competidores tan sólo puede constituir un factor capaz, en su caso, de matizar o de eliminar la posición dominante ocupada por la entidad en cuestión en el supuesto de que dichos competidores ocupen una posición sólida capaz de ejercer un contrapeso real (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003, BaByliss/Comisión, T-114/02, Rec. p. II-1279, apartado 329). Pues bien, la demandante no ha aportado elementos de prueba que permitan invalidar la apreciación que resulta del considerando 97 de la Decisión impugnada, según la cual los fabricantes de hormigón en obra –a fin de cuentas, competidores inmediatos de CVK en el mercado de referencia– no ejercen tal contrapeso.

213 Para terminar, debe señalarse que la inexistencia de una presión competitiva importante del sector del hormigón en obra también puede, en parte, deducirse del carácter diferenciado de los productos del mercado de referencia, como puso de relieve la Comisión en el considerando 98 de la Decisión impugnada. En efecto, el carácter diferenciado de los productos significa que cada producto no es un sustituto perfecto del otro y que, en consecuencia, el aumento de precio de uno no resulta necesariamente en que la empresa que realiza dicho aumento pierda cuota de mercado en provecho de sus competidores que fabrican el otro producto, como es el caso de los productos perfectamente sustitutivos. El hecho de que el hormigón en obra no sea perfectamente sustitutivo de los ladrillos silicocalcáreos, fundamentalmente por razón de los costes elevados que conlleva la utilización de ese primer material, como se ha señalado en los considerandos 58 y 77 de la Decisión impugnada, sin que la demandante lo haya negado, permite también, por lo tanto, relativizar la presión competitiva que ejercen este material y sus fabricantes sobre CVK.

214 Además, incluso suponiendo que la apreciación de la Comisión se refiriese al sector del hormigón en general, la demandante no ha sido capaz de demostrar, mediante

datos precisos y coherentes, que los fabricantes de ese segmento del mercado de referencia pudieran ejercer un contrapeso real a la posición de CVK.

- 215 Resulta de lo anterior que la apreciación de la Comisión respecto del segundo factor determinado en la Decisión impugnada no adolece de un error manifiesto.

— Sobre el factor basado en la existencia de importantes barreras de entrada en el mercado

- 216 En los considerandos 99 a 101 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló lo siguiente:

«(99) Aun tomando en consideración las observaciones de las partes y de CVK al pliego de cargos y lo expuesto por éstas con motivo de la audiencia, la Comisión considera que hay importantes barreras de acceso al mercado. CVK controla todas las fábricas de ladrillos silicocalcáreos de los Países Bajos y, por tanto, la producción del material más importante, con diferencia, de todos los que componen el mercado de productos de referencia. La investigación de mercado de la Comisión ha revelado que los productores de otros materiales de construcción de muros tendrían que realizar una gran inversión económica y de tiempo para poder empezar a producir ladrillos silicocalcáreos. Lo mismo ocurre en el caso de otros materiales de construcción de muros como el hormigón celular. Los procesos productivos y, por tanto, las instalaciones de producción son distintos para cada uno de los materiales.

(100) Haniel ha cifrado los costes de inversión de una fábrica de ladrillos silicocalcáreos en tan sólo [confidencial] euros. La construcción de una fábrica de

hormigón preparado costaría, según esta empresa, [confidencial] euros. Sin embargo, Cementbouw hace una estimación mucho más elevada de estos costes de inversión. Además, los competidores consultados con motivo de la investigación del mercado han afirmado sin excepción que les sería extremadamente difícil ampliar sus actuales capacidades de producción o comenzar la fabricación de un material de construcción de muros distinto. Uno de los consultados ha precisado que la construcción de una nueva fábrica de ladrillos silicocalcáreos requiere una inversión de [confidencial] [a] [confidencial] euros, una autorización administrativa que resulta difícil obtener y un período de dos años sólo para la construcción de la fábrica. Contrariamente a la opinión de las partes de que las barreras de entrada expuestas son poco elevadas, la Comisión, dadas estas circunstancias, parte de que las entradas potenciales en el mercado no ejercen una presión competitiva suficiente para controlar el margen de actuación de CVK en el mercado de referencia. En este sentido, cabe señalar que en los últimos tiempos sólo se han producido unas pocas entradas en el mercado, todas ellas limitadas al ámbito del hormigón.

(101) Además, en el caso de los ladrillos silicocalcáreos se observa un importante exceso de capacidad que hace poco atractiva la entrada en el mercado, incluso tras el cierre ya consumado por CVK de tres de las once fábricas iniciales de ladrillos silicocalcáreos. Por lo demás, los centros de producción restantes de CVK están homogéneamente repartidos por los Países Bajos, de modo que la empresa puede suministrar a cualquier cliente desde una fábrica cercana. La investigación de mercado de la Comisión ha demostrado que este factor también refuerza la posición de CVK.»

217 Pues bien, la demandante reprocha fundamentalmente a la Comisión haber limitado el análisis anterior a los costes de inversión y a los largos plazos para la construcción y el funcionamiento de las fábricas de ladrillos silicocalcáreos, cuando hubiera debido examinar el conjunto de los costes y los demás obstáculos potenciales en lo que se refiere al conjunto de los productos competidores del ladrillo silicocalcáreo. La demandante niega también las alegaciones según las cuales los plazos y los costes expuestos en la Decisión impugnada constituyen auténticas barreras de entrada en el mercado, especialmente si los mercados de capitales funcionan con eficacia. Acusa también a la Comisión de no haber examinado los costes en que incurrirían otros fabricantes de materiales de construcción si debieran sustituir parte de su

producción por materiales competidores de los ladrillos silicocalcáreos, cuando la demandante había señalado, en respuesta al pliego de cargos, que el hormigón podía fabricarse para diversas aplicaciones, incluida la construcción de muros. Para terminar, la demandante niega que el exceso de capacidad que existe en el segmento de los ladrillos silicocalcáreos pueda constituir una auténtica barrera de entrada en el mercado de referencia.

218 En primer lugar, la alegación de la demandante de que la Comisión examinó exclusivamente los plazos y costes necesarios para entrar en el segmento de los ladrillos silicocalcáreos debe desestimarse. En efecto, el análisis de la Comisión, citado anteriormente, se refiere también a los materiales de construcción de muros, como el hormigón en obra, tal como resulta, concretamente, del considerando 100 de la Decisión impugnada. También se desprende del considerando 99 de la Decisión impugnada que la Comisión precisó que los largos plazos y los fuertes costes de inversión no se limitaban a la entrada en el segmento de la fabricación de ladrillos silicocalcáreos, sino que se aplicaban también a la fabricación de otros materiales de construcción del mercado de referencia, como el hormigón celular. Resulta de ello que, al contrario de lo que afirma la demandante, la Comisión no limitó su apreciación de las barreras de entrada en el mercado de referencia al segmento de los ladrillos silicocalcáreos.

219 Además, en cuanto a la cuestión relativa a la naturaleza de «barreras de entrada en el mercado» de los costes de inversión y de los largos plazos citados en la Decisión impugnada, el Tribunal de Primera Instancia considera, en primer lugar y de forma general, que constituyen tales barreras elementos de diversa naturaleza, en especial de orden económico, comercial o financiero, que pueden hacer que el competidor potencial de las empresas existentes incurra en riesgos y costes suficientemente elevados para disuadirle de entrar en el mercado en un plazo razonable o hacer que esta entrada sea particularmente difícil, privándole de la capacidad de ejercer una presión competitiva sobre las empresas existentes en dicho mercado.

220 En segundo lugar, si bien no puede excluirse, en principio que, en los sectores en que es necesaria una utilización intensiva de capital, los recursos financieros puedan

adquirirse en los mercados de capitales, resulta obligado señalar que, en el caso de autos, la demandante no ha conseguido demostrar que la Comisión haya cometido un error manifiesto de apreciación al declarar la existencia de grandes barreras de entrada en el mercado de referencia, a la vista del conjunto de los elementos considerados en apoyo de la Decisión impugnada.

221 En lo que se refiere a la entrada en el segmento de los ladrillos silicocalcáreos, debe destacarse que la Comisión se basó en un conjunto de elementos de orden normativo y económico, relativos a la necesidad de obtener una autorización administrativa, al plazo de dos años necesario para construir una fábrica y a la importancia de los costes de inversión, teniendo a la vez en cuenta que existía un importante exceso de capacidad, incluso tras el cierre de tres de las once empresas productoras miembros de CVK (Boudewijn, Bergumermeer y Vogelenzang), que hacía menos atractiva la entrada en el mercado, ya que CVK podía abastecer a cualquier cliente en los Países Bajos desde las ocho empresas restantes.

222 Estos elementos, unidos a la circunstancia, no negada por la demandante, de que las empresas activas en los demás segmentos del mercado muy difícilmente podían lanzarse a la producción de otro material de construcción de muros, bastan para excluir todo error manifiesto de la Comisión respecto a la probabilidad de entrada de un competidor potencial de CVK en ese segmento. Por lo demás, en lo que se refiere a los costes de inversión necesarios para construir una fábrica completa, la demandante, en respuesta a las preguntas escritas planteadas por el Tribunal de Primera Instancia, mencionó la cifra de [confidencial] millones de euros, estimación que se sitúa dentro de la horquilla indicada en el considerando 100 de la Decisión impugnada, sin explicar las razones por las que la inversión de una cantidad inferior era suficiente para permitir la entrada en el mercado de referencia, tal como señaló también en su respuesta.

223 En cuanto a los demás segmentos del mercado de referencia, debe señalarse, por una parte, que la demandante no ha criticado la apreciación, expuesta en el considerando 100 de la Decisión impugnada, según la cual sólo se han producido unas pocas

entradas en el mercado de referencia, todas ellas limitadas al ámbito del hormigón. A este respecto, resulta de las respuestas de la Comisión a las preguntas planteadas por el Tribunal de Primera Instancia, que la demandante no ha negado que estos nuevos entrantes, activos en el segmento de la producción de hormigón en obra, sólo han podido conseguir, como máximo, [0 a 2] % de cuota de mercado, cuando, en el momento de adoptarse la Decisión impugnada, la operación de concentración se había realizado hacía más de dos años. Por otra parte, y a pesar de que de los elementos de los autos resulta que la demandante defendió efectivamente la postura de que los costes de inversión para la construcción de una nueva fábrica de hormigón en obra, del orden de [confidencial] millones de euros, eran sensiblemente más elevados que la cifra adelantada por Haniel ([confidencial] millones de euros) y recogido en la Decisión impugnada, la demandante no ha negado que incluso los competidores actuales de CVK se enfrentaban a dificultades muy grandes a la hora de aumentar su producción, fundamentalmente a causa de los excesos de capacidad existentes, o de lanzarse a la producción de otro material de construcción de muros, cuestiones que la Comisión precisó en mayor medida en sus respuestas a las preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia. El conjunto de estos elementos permite concluir que la Comisión no cometió un error manifiesto de apreciación al considerar que existían también importantes barreras de entrada en los demás segmentos del mercado de referencia que impedían cualquier competencia eficaz en ese mercado respecto de CVK.

224 Por lo demás, debe señalarse que, en general, si bien la demandante se ha opuesto a que se califique de barrera de entrada en el mercado la existencia de excesos de capacidad en el mismo, admitió en la vista, en respuesta a una pregunta del Tribunal de Primera Instancia, que tales capacidades excedentarias tenían «los efectos de una barrera de entrada en el mercado».

225 En tercer lugar, la alegación de la demandante según la cual la Comisión no examinó la capacidad de los fabricantes de ladrillo, yeso y madera, utilizados para aplicaciones distintas de la construcción de muros, para entrar en el mercado de la construcción de muros de carga es inoperante. En efecto, habida cuenta de la estructura del mercado de los productos, consta que el ladrillo sólo se utiliza de forma totalmente secundaria en la construcción de muros de carga (véanse los considerandos 61 y 66 de la Decisión impugnada), mientras que ni el yeso ni la madera son materiales que se utilicen en la construcción de muros de carga (véanse los considerandos 53 y 60

de la Decisión impugnada). Por consiguiente, examinar la capacidad de los fabricantes de ladrillos, yeso y madera para utilizar esos materiales en la construcción de muros de carga no hubiera podido manifiestamente alterar la apreciación, realizada en la Decisión impugnada, por la que se declaró que existían importantes barreras de entrada en el mercado de referencia.

226 Debido a todas estas razones, deben desestimarse las críticas formuladas por la demandante contra la apreciación de la Comisión relativa al tercer factor, basado en la existencia de grandes barreras de entrada en el mercado.

— Sobre el factor basado en la inexistencia de un poder de negociación de los clientes de CVK

227 A tenor de los considerandos 102 y 103 de la Decisión impugnada:

«(102) Aun tomando en consideración las observaciones de las Partes y de CVK al pliego de cargos y lo expuesto con motivo de la audiencia, la Comisión considera que los clientes de CVK no disponen de poder de negociación. No hay un único cliente que compre una proporción elevada del volumen de ventas de CVK. Si bien es cierto que en torno al [60 a 80] % de las ventas de CVK se reparte entre los cinco principales comerciantes de materiales de construcción y que el [20 a 30] % de dichas ventas corresponde al más importante de éstos, ni siquiera ese porcentaje confiere, sin embargo, un poder de negociación al principal comprador, puesto que hay un número suficiente de comerciantes alternativos. Algunos de estos comerciantes de materiales de construcción son cooperativas de compra (en neerlandés, *inkoopcombinaties*). El factor decisivo es que todos los comerciantes se ven obligados a comprar los productos de CVK. Los ladrillos silicocalcáreos constituyen el principal material de construcción de muros de los Países Bajos. El siguiente material en importancia es el hormigón. Sin embargo, éste no representa una alternativa para el comercio de materiales de construcción porque el hormigón en obra no se distribuye por este cauce, ni tampoco, al menos en una medida

considerable, los elementos de hormigón prefabricados. Por tanto, para los comerciantes de materiales de construcción ningún otro material puede sustituir a los ladrillos silicocalcáreos. Este extremo también lo confirmó Raab Karcher durante la audiencia. Es posible, como ha alegado Haniel, que los comerciantes de materiales de construcción se expongan a perder un proyecto de construcción en favor del hormigón en caso de que ofrezcan los ladrillos silicocalcáreos a un precio que no sea equitativo. Sin embargo, este hecho sólo implica que los comerciantes que venden ladrillos silicocalcáreos (e indirectamente también CVK) compiten con los proveedores de hormigón, pero no que dichos comerciantes estén en condiciones de ejercer un poder de la demanda sobre CVK.

(103) Por lo demás, CVK ejerce una influencia considerable sobre la política de precios de las constructoras. A pesar de que los comerciantes de materiales de construcción asumen el riesgo económico de la distribución, las decisiones sobre la elección de los materiales no las adopta el propio comerciante, sino la empresa constructora. Tal y como se ha explicado anteriormente, CVK está por lo general bien informada de la identidad de los usuarios y del destino de sus productos. Así, los ladrillos silicocalcáreos se suministran directamente desde la planta de producción más próxima a la obra correspondiente. Según datos de CVK, los comerciantes obtienen descuentos que pueden supeditarse a que se suministre a determinados contratistas o a determinados proyectos de construcción. Sin embargo, las empresas constructoras están además muy diseminadas y no pueden ejercer directamente un poder de negociación. La proporción de la demanda correspondiente a cada uno de los grandes grupos constructores neerlandeses, como Bam Groep, Koninklijke Volker Wessels Stevin, Heijmans, Ballast Nedam y HBG también es demasiado pequeña como para ejercer un poder de negociación suficiente para compensar la posición predominante de CVK en el lado de la oferta.»

228 La demandante sostiene que las cifras adelantadas por la Comisión demuestran que los distribuidores ejercen un poder de negociación sobre CVK, toda vez que pertenecen a grupos internacionales o se constituyen en cooperativas de compra. Según la demandante, los distribuidores pueden, por lo tanto, dirigirse a productos competidores del ladrillo silicocalcáreo, con excepción del hormigón en obra. El hecho de que los distribuidores no distribuyan hormigón en obra incita, según ella, a que CVK ofrezca precios y condiciones ventajosas para competir con los fabricantes de hormigón. La demandante reitera sus alegaciones de que los distribuidores

también se abastecen de materiales silicocalcáreos en Alemania. Para terminar, niega las apreciaciones de la Comisión según las cuales CVK está bien informada de los usuarios y del destino de sus productos y rechaza también la importancia y la frecuencia de los descuentos concedidos a los distribuidores, circunstancia que, en todo caso, no altera la existencia de un poder de negociación de éstos respecto de CVK.

229 No pueden estimarse estas pretensiones.

230 En primer lugar, es importante señalar que, tal como afirma la Comisión en sus escritos, sin que haya sido negado por la demandante, el poder de negociación de los clientes de un proveedor puede compensar el poder de mercado de éste si sus clientes tienen la capacidad de recurrir, en un plazo razonable, a fuentes alternativas creíbles de abastecimiento si el proveedor decide aumentar sus precios o deteriorar las condiciones de entrega.

231 En el caso de autos, para descartar la existencia de un poder de negociación por parte de los distribuidores de materiales de construcción que compense el poder de CVK, tal como resulta, concretamente de su cuota de mercado y de la estructura de la oferta examinadas anteriormente, la Comisión se basó, por una parte, en la dispersión de estos operadores en el mercado, es decir, en la estructura poco concentrada del mercado de la distribución de materiales de construcción de muros de carga en los Países Bajos y, por otra, en la inexistencia de una alternativa creíble de suministro para estos operadores en el mercado, es decir, en definitiva, en la dependencia de dichos operadores respecto de CVK.

232 Procede destacar que estas dos circunstancias, sin ser necesariamente exhaustivas para acreditar o invalidar la existencia de un poder de negociación por parte de los clientes que pueda contrarrestar el poder económico de un proveedor, son muy pertinentes. En efecto, por una parte, el criterio del grado de concentración del

mercado de los compradores significa que su limitado número puede permitirles reforzar su poder de negociación respecto del proveedor. Por otra parte, el criterio de la existencia de alternativas creíbles de abastecimiento permite determinar si existe una gran probabilidad de que el proveedor se vea obligado a limitar, o incluso abstenerse, de todo aumento de precios.

233 En el caso de autos, por lo que se refiere a la dispersión de los distribuidores, y aunque consta que los cinco principales distribuidores de materiales de construcción en los Países Bajos representan cerca del [60 a 80] % de las ventas de CVK, de las que [20 a 30] % corresponden al más importante de ellos, el Tribunal de Primera Instancia considera, al contrario de lo que sostiene la demandante, que estos datos no pueden, por sí mismos, acreditar la existencia de un poder de negociación por parte de los distribuidores respecto de CVK. En efecto, por una parte, ha quedado también acreditado que ningún cliente representa una parte importante del volumen de negocios de CVK. Por otra, la demandante no niega que existan otros distribuidores, organizados en cooperativas de compra, que, por consiguiente, sean capaces de abastecerse de volúmenes importantes, hacia los cuales CVK podría, en su caso, reorientar su producción, como tampoco ha invalidado el hecho de que CVK abastezca directamente a determinadas empresas de construcción (los clientes finales), lo que naturalmente aumenta el número de empresas hacia las que puede dirigirse su oferta de ladrillos silicocalcáreos.

234 Además, debe señalarse que, según las observaciones de CVK adjuntadas a la dúplica, la propia demandante figura entre los cinco principales distribuidores mencionados en la Decisión impugnada. Pues bien, debido al control que la demandante ejerce sobre CVK, es, cuando menos, muy poco probable que la demandante participe en el ejercicio de un eventual poder de negociación de los clientes de CVK que pueda contrarrestar el poder económico de ésta.

235 En cuanto a la inexistencia de una fuente alternativa creíble de abastecimiento, la demandante admite que los distribuidores de materiales de construcción no distribuyen hormigón en obra en una cantidad apreciable y no se ha pronunciado sobre la afirmación de que no distribuyen elementos de hormigón prefabricados. En

estas circunstancias, en cuanto al hormigón en obra, aunque los suministradores de este material sean los principales competidores de CVK en el mercado de referencia, no pueden constituir una alternativa creíble para los distribuidores. Ocurre lo mismo respecto del suministro procedente de los fabricantes de elementos de hormigón prefabricados, material que se utiliza en hasta el [5 a 10] % del conjunto de los muros de carga en los Países Bajos.

236 Esta apreciación no se ve invalidada por la alegación de la demandante de que los distribuidores tienen la posibilidad de abastecerse de productos silicocalcáreos en Alemania. En efecto, basta señalar que consta que las importaciones de materiales silicocalcáreos procedentes de ese Estado son marginales y que la demandante no presenta ningún dato concreto que corrobore su alegación.

237 Además, debe señalarse que uno de los principales distribuidores de materiales de construcción de muros de carga en los Países Bajos, Raab Karcher, confirmó, en la audiencia ante la Comisión el 16 de mayo de 2002, que CVK no estaba sometida a ningún poder de negociación, sin que la demandante haya desmentido esta afirmación, habiendo precisado Raab Karcher que la búsqueda de alternativas, aunque fueran mínimas, que había podido emprender, había fracasado, debido a la importancia de los ladrillos silicocalcáreos en el mercado de referencia.

238 Además, en cuanto a la apreciación de la Comisión de que CVK estaba, por lo general, bien informada de la identidad de los usuarios y del destino de sus productos, lo que le permitía ejercer una influencia importante en materia de fijación de los precios respecto de las constructoras (clientes finales), esta posibilidad no tiene ninguna influencia sobre el eventual poder de negociación de los distribuidores sobre CVK. Pues bien, en la medida en que, sin incurrir en un error manifiesto de apreciación, la Comisión pudo llegar a la conclusión de que no existía tal poder de negociación por parte de los distribuidores, basta señalar que el argumento de la demandante es inoperante, sin que, por otra parte, las propias constructoras hayan invocado un eventual poder de negociación sobre CVK.

239 Resulta de lo anterior que las alegaciones formuladas por la demandante contra el cuarto factor determinado en la Decisión impugnada, basado en la inexistencia de un poder de negociación de los clientes de CVK, deben ser desestimadas.

— Sobre el factor basado en la inexistencia de una limitación del margen de maniobra de CVK en el mercado de los materiales de construcción de muros de carga por las condiciones de la competencia en el mercado vecino de los materiales de construcción de muros no portantes

240 En el considerando 104 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló:

«(104) El margen de maniobra de CVK en el mercado [de referencia] tampoco se ve limitado por las condiciones de la competencia en el mercado vecino de los materiales de construcción para muros no portantes, en el que la posición de CVK es más débil. La conclusión de la Comisión recogida en el pliego de cargos de que, a la hora de fijar sus precios, CVK está en condiciones de tener en cuenta si sus productos se destinan a muros de carga o muros no portantes y de que la política de precios de la empresa se guía ante todo por las condiciones competitivas en el mercado más importante para ella, que es el de los muros de carga, no ha sido rebatida ni por las Partes ni por CVK. A este respecto se remite a lo expuesto en los considerandos 75 y 76.»

241 A tenor de dichos considerandos:

«(75) CVK, en tanto que único productor de ladrillos silicocalcáreos de los Países Bajos, no está condicionada, a la hora de fijar los precios de productos que se emplean en muros de carga, por los precios aplicados en el mercado a los productos

destinados a muros no portantes. La investigación de mercado de la Comisión muestra que CVK a menudo tiene conocimiento de la utilización concreta de sus productos. En muchos casos, la empresa conoce el destino de sus productos, puesto que a menudo se encarga ella misma del suministro a una obra determinada. Además, en el caso de suministros de elementos que suponen la mitad de su volumen de negocios, CVK tiene acceso a los planos de los arquitectos. Por otra parte, Haniel ha declarado que el grosor de una parte sustancial de los productos silicocalcáreos permite determinar si se van a utilizar para uno u otro tipo de muros. Esta información también fue confirmada por Raab Karcher durante la audiencia. En consecuencia, la Comisión considera, teniendo en cuenta también las observaciones de las partes y de CVK al pliego de cargos y la discusión de esta cuestión en la audiencia, que CVK está en condiciones de diferenciar sus precios en función de sus conocimientos de la situación competitiva. En este contexto, existe la posibilidad de una diferenciación de precios implícita entre grandes y pequeños proyectos de construcción mediante descuentos cuantitativos y precios de transporte unitarios. CVK ha señalado que concede a los comerciantes de materiales de construcción descuentos que dependen de los proyectos y de las empresas constructoras.

(76) Aun cuando CVK no estuviera en condiciones de practicar una diferenciación de precios entre productos silicocalcáreos para muros de carga y esos mismos productos para muros no portantes, se ha de partir de que la empresa orienta su estrategia de precios ante todo por las exigencias del mercado [de referencia], puesto que vende el [60 a 80] % de sus productos en dicho mercado.»

242 La demandante alega, por una parte, que CVK está obligada a tener en cuenta su situación frente a sus competidores en el mercado de los materiales de construcción de muros no portantes, independientemente del hecho de que CVK venda [60 a 80] % de sus ladrillos silicocalcáreos en el mercado de referencia. Por otra parte, sostiene que existe un «efecto restrictivo» producido por el mercado vecino de los materiales de construcción de muros no portantes sobre el mercado de referencia, que se refleja en el informe de los profesores von Wieszäcker y Elberfeld, que ha sido comunicado a la Comisión, pero al que la Decisión impugnada no hace referencia.

243 En cuanto a la primera alegación, es importante mencionar que, independientemente de si CVK conoce o no el destino de sus productos, e incluso suponiendo, como sostiene la demandante, que CVK ignore dicho destino, esto no significa que esté limitada, a la hora de fijar sus precios en el mercado de referencia, por su situación competitiva en el mercado vecino de los materiales de construcción de muros no portantes, ya que ha quedado acreditado que vende [60 a 80] % de su producción de ladrillos silicocalcáreos en el primer mercado. Por consiguiente, no es manifiestamente erróneo constatar, como ha hecho la Comisión en el considerando 104 de la Decisión impugnada, refiriéndose al considerando 76 de dicha Decisión, que «la política de precios de [CVK] se guía ante todo por las condiciones competitivas en el mercado más importante para ella, que es el de los muros de carga».

244 En cuando a la alegación de la demandante, basada en la existencia de un «efecto restrictivo» ejercido por el mercado de los materiales de construcción de muros no portantes en los Países Bajos sobre el mercado de referencia, tal como lo constató el informe de los profesores von Wieszäcker y Elberfeld, debe señalarse que, efectivamente, no se cita este informe en la Decisión impugnada. Sin embargo, este hecho no puede alterar la apreciación antes citada, que figura en los considerandos 76 y 104 de la Decisión impugnada. En efecto, debe señalarse que los análisis de este informe concuerdan con la apreciación, expuesta en la Decisión impugnada, de que CVK fija sus precios principalmente en función del mercado de referencia. En particular, resulta de ese informe que, si bien la consideración de las condiciones de la demanda en el «segmento marginal», a saber, en el mercado de los materiales de construcción de muros no portantes, conduce a un nivel de precios en el «segmento principal», a saber, en el mercado de referencia, inferior al que resultaría de la consideración exclusiva de este último segmento, no es menos cierto que CVK, incluso en estas circunstancias, fija sus precios principalmente en función de su posición en el segmento principal, a saber, en el mercado de referencia.

245 Debe añadirse que, en su réplica, la demandante, limitándose a consideraciones generales ya expuestas en su demanda, no ha refutado seriamente las razones, expuestas por la Comisión en sus escritos y resumidas en el apartado 189 anterior, por las que ésta había justificado la falta de referencias al informe de los profesores von Wieszäcker y Elberfeld en los motivos de la Decisión impugnada.

246 Resulta de lo anterior que la demandante no ha demostrado que el análisis del quinto factor, basado en la inexistencia de una limitación del margen de maniobra de CVK en el mercado de referencia por las condiciones de la competencia en el mercado vecino de los materiales de construcción de muros no portantes, esté viciado por un error manifiesto de apreciación.

— Sobre el factor basado en la existencia de una relación estructural entre CVK y la demandante que les permite disfrutar de un margen de maniobra sensiblemente más amplio que el de sus competidores, tanto a nivel de la oferta como de la distribución de materiales de construcción de muros de carga

247 Debe recordarse que, en el considerando 105 de la Decisión impugnada, la Comisión estimó que la posición dominante de CVK se caracterizaba por su relación estructural con la demandante, empresa matriz que la controla. En primer lugar, en cuanto al mercado de referencia, la Decisión impugnada destacó, en el considerando 106, que, habida cuenta de que la demandante suministraba hormigón en obra y elementos de hormigón prefabricados, podía ofrecer, junto con CVK, según la definición del mercado realizada, dos o tres de los principales materiales de construcción de muros de carga. La Comisión estimó que esta situación proporcionaba a estas empresas un margen de maniobra más amplio que el de ninguno de sus competidores. En segundo lugar, en lo que se refiere al mercado vecino de la distribución de materiales de construcción, la Comisión precisó, en el considerando 107 de la Decisión impugnada, que la demandante tenía uno de los mayores negocios mayoristas en los Países Bajos y que, según algunos distribuidores, CVK daba preferencia a la demandante frente a los distribuidores independientes.

248 Procede también recordar que la demandante niega poseer el control de CVK y sostiene que no tiene una posición fuerte en el mercado de referencia, ya que su cuota de mercado sólo es del [2 a 5]%. Expone también que, tratándose de sus actividades de distribución de materiales de construcción, su cuota de mercado sólo es de [0 a 2]%, que no recibe ningún trato privilegiado por parte de CVK y que,

aunque ése fuera el caso, las declaraciones de terceros no pueden hacer presumir la existencia de una posición dominante en el sentido del Reglamento nº 4064/89.

249 Procede desestimar estas alegaciones.

250 En primer lugar, debe desestimarse la alegación de la demandante de que no posee el control de CVK, por las razones expuestas en el marco de la apreciación de la primera parte del primer motivo. Debe añadirse que nada se opone a que la Comisión considere la relación estructural existente entre la demandante y CVK como un elemento que caracteriza el poder económico de CVK o que puede, en cierta medida, reforzarlo. En efecto, en la medida en que la demandante está presente en el mercado de la empresa en participación, así como en el mercado posterior de la distribución al por mayor, el hecho de que controle la empresa en participación puede dotar a CVK de un poder económico adicional derivado necesariamente de la coordinación que tendrá lugar entre estas dos empresas en el mercado. Pues bien, el Reglamento nº 4064/89 no prohíbe que se examinen, a la luz de sus propias disposiciones, los posibles aspectos de coordinación vertical entre la empresa en participación y una u otra de sus empresas matrices que resultan de una operación de concentración respecto de sus propias disposiciones, sin que, por lo demás, se prejuzgue la autonomía de la empresa en participación.

251 Además, tratándose de la supuesta posición fuerte de la demandante en el mercado de referencia, constatada en la Decisión impugnada, la demandante realiza una lectura errónea del considerando 106 de dicha Decisión. En efecto, la Decisión impugnada se limita a señalar una posición importante de la demandante en el segmento de los elementos pequeños utilizados principalmente en el sector de la construcción residencial y no en el mercado de referencia en general. En todo caso, el hecho de que la demandante tenga una cuota de mercado de [2 a 5] % en el mercado de referencia, gracias a su oferta de elementos de hormigón prefabricados y de hormigón en obra, mientras que el competidor inmediato de CVK no tiene más que alrededor del [2 a 5] % de cuota de mercado, autorizaba a la Comisión a declarar,

sin incurrir en un error manifiesto de apreciación, que CVK y la demandante podían ofrecer una gama de productos –según la definición del mercado de referencia realizada– que ninguno de sus competidores estaba en condiciones de suministrar.

252 Para terminar, en cuanto a la presencia de la demandante en el mercado de la distribución al por mayor de materiales de construcción, que ésta no niega, puede deducirse, a falta de prueba en contrario, que tal presencia permite a CVK aprovecharse de la red de distribución de su empresa matriz, sean cuales sean, por lo demás, el tamaño y la posición en el mercado de esta red, especialmente si los competidores de las partes no disponen por sí mismos de una integración vertical. Al ser preguntada respecto de este punto por el Tribunal de Primera Instancia en la vista, la Comisión indicó, sin que la demandante lo negara, que, sobre la base de los elementos que constaban en autos, sólo un productor de ladrillos disfrutaba de tal ventaja. Sin embargo, debe precisarse que esta circunstancia carece de significado real desde el punto de vista de la competencia, ya que, concretamente, habida cuenta de la estructura del mercado, los ladrillos, que representan únicamente cerca del [2 a 5] % de la totalidad de los materiales utilizados en la construcción de muros de carga en los Países Bajos, constituyen un material totalmente secundario en el mercado de referencia. En consecuencia, no se invalida la apreciación de la Comisión respecto del poder de la red de distribución de la demandante y del carácter preferencial del trato que recibe por parte de CVK. En todo caso, incluso suponiendo que esta apreciación estuviera viciada por un error, no puede dar lugar a la anulación de la Decisión impugnada, ya que tal apreciación se realizó únicamente a mayor abundamiento.

253 Además, en cuanto a las críticas expuestas por la demandante respecto de la insuficiencia de la motivación de la Decisión impugnada, en la medida en que difería de la conclusión de la NMa (véase el apartado 176 anterior), basta recordar, por una parte, que resulta de la respuesta al primer motivo que las operaciones realizadas el 9 de agosto de 1999 constituyen una única operación de concentración que entra dentro de la competencia exclusiva de la Comisión y, por otra parte, que el examen anterior de los factores determinados en la Decisión impugnada ha permitido verificar que la Comisión no había cometido un error manifiesto de apreciación al declarar que CVK tenía una posición dominante en el mercado de referencia. Resulta que, al contrario de lo que sostiene la demandante, la Comisión no estaba

obligada a indicar específicamente las razones por las que no compartía, en su caso, la apreciación supuestamente distinta de la NMa.

254 En vista de las consideraciones anteriores, procede declarar que la Comisión tenía razón al considerar que CVK ostentaba una posición dominante en el mercado de referencia.

255 En consecuencia, procede desestimar la primera parte del segundo motivo.

Sobre la segunda parte del segundo motivo, basada en la falta de prueba de una relación de causalidad entre la operación de concentración y la creación de la posición dominante

Alegaciones de las partes

256 La demandante sostiene, en primer lugar, que incluso suponiendo, como estima la Comisión, que la transacción RAG constituyera una operación de concentración, tal operación es distinta del contrato de agrupación, notificado a la NMa, mediante el cual CVK adquirió el control de sus empresas miembros y, evidentemente, no da lugar a la creación de una posición dominante. En efecto, según la demandante, la transacción RAG simplemente provocó una modificación de la estructura del control de CVK, sin causar ningún efecto sobre su situación en el mercado.

257 En segundo lugar, la demandante afirma que la Comisión no ha demostrado, al contrario de lo que le exige el artículo 2, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, la existencia de una relación de causalidad entre la operación de concentración

controvertida y la creación o el reforzamiento de la posición dominante. Según la demandante, incluso antes de la transacción RAG, CVK, en tanto que cooperativa de Derecho neerlandés, ejercía sus actividades como entidad económica única y adoptaba las decisiones estratégicas, que afectaban a las empresas miembros agrupadas en su seno, referidas, no sólo a la comercialización de productos silicocalcáreos, sino también a la fijación de los precios, las condiciones de venta, la producción y las compras.

258 Al contrario de lo expuesto en la Decisión impugnada, la demandante considera que el hecho de que sea más sencillo poner fin a las relaciones económicas que existen en el seno de una estructura de distribución común que a las que existen en el marco de una empresa en participación polivalente no es un elemento pertinente para determinar si la operación de concentración ha dado lugar a la creación de una posición dominante. Por el contrario, en opinión de la demandante, la Comisión debe demostrar la existencia de una relación de causalidad entre la operación de concentración y la creación de la posición dominante. En el caso de autos, la demandante destaca que la Decisión impugnada no ha realizado ningún análisis de las cuotas de mercado de CVK tanto antes como después de la transacción RAG. Según la demandante, si la Comisión hubiera realizado tal análisis, éste habría demostrado que la operación no había tenido ningún efecto sobre la cuota de mercado de CVK, tal como muestra la comparación entre la resolución de la NMa de 20 de octubre de 1998 y la Decisión impugnada.

259 Para terminar, la demandante declara que las razones por las que, según la Decisión impugnada, resulta de la transacción RAG que la cuota de mercado de la demandante en el mercado de la distribución al por mayor de materiales de construcción de muros debe atribuirse a CVK no son claras. En opinión de la demandante, podría también haberse realizado una apreciación parecida antes de la transmisión de las participaciones sociales. En todo caso, la demandante estima que la atribución a CVK de sus cuotas de mercado en el mercado de la distribución al por mayor de materiales de construcción de muros no puede dar lugar a la creación de una posición dominante.

260 En tercer lugar, la demandante sostiene que la Comisión no ha aportado elementos de prueba adicionales que revelen que la transacción RAG haya desembocado en la creación de una posición dominante.

261 Para empezar, la demandante niega que los aumentos de precios de los ladrillos silicocalcáreos, descritos en el considerando 117 de la Decisión impugnada, puedan revelar la creación de una posición dominante. Al igual que la postura defendida por CVK en la audiencia de 16 de mayo de 2002, la demandante sostiene que los aumentos de precios son imputables a la elevación de los costes y están en función de las fluctuaciones generales de los precios y no de la alteración de la estructura del mercado provocada por la transacción RAG. Además, la demandante señala que los períodos que la Decisión impugnada ha tenido en cuenta son todos posteriores a la transacción RAG, sin que la Comisión haya intentado comparar los precios anteriores y posteriores a esta operación para identificar el verdadero efecto que la misma ha podido tener en la política de precios de CVK. En su réplica, la demandante añade que las declaraciones de los competidores y compradores, recogidas en la Decisión impugnada, según las cuales los precios de los productos de CVK aumentaron anormalmente desde 1999, tampoco son decisivas, en la medida en que el expediente de la Comisión, al que la demandante ha tenido acceso, contiene numerosas declaraciones de operadores en sentido contrario.

262 La demandante afirma, además, que las declaraciones de los operadores y de los clientes, a que hacen referencia los considerandos 119 a 121 de la Decisión impugnada, relativas al comportamiento de CVK, tampoco revelan que la transacción RAG haya dado lugar a la creación de una posición dominante. Igualmente, en opinión de la demandante, las declaraciones de operadores relativas al comportamiento de Haniel, mencionadas en el considerando 120 de la Decisión impugnada, tampoco son pertinentes ya que, aunque se refieren a un accionista de determinadas sociedades miembros de CVK, afectan a un tercero ajeno a la posición dominante. Además, en la medida en que la transacción RAG no ha supuesto un aumento de la cuota de mercado de CVK, la demandante se opone a la conclusión de la Comisión según la cual CVK tenía una mayor libertad para actuar independientemente de sus competidores y de sus clientes después de esta operación.

263 Para terminar, la demandante considera que la referencia al procedimiento en materia de prácticas colusorias ante la NMa, realizada en el considerando 125 de la Decisión impugnada, constituye también un elemento que no es pertinente para determinar si la transacción RAG dio lugar a la creación de una posición dominante. La demandante señala que, por lo demás, esta referencia es difícilmente conciliable con la postura general defendida por la Comisión, según la cual ésta estima que no está vinculada por las decisiones que adoptan otras autoridades aplicando otras legislaciones.

264 Tras recordar el contenido de los motivos pertinentes de la Decisión impugnada, la Comisión rechaza la totalidad de las alegaciones de la demandante.

265 En primer lugar, la Comisión considera que si la afirmación de la demandante de que CVK ejercía ya sus actividades en el mercado de referencia como una entidad económica única antes de la operación de concentración fuera correcta, esto privaría de efecto útil al control posterior de la operación de concentración. En efecto, según la Comisión, significaría que, cuando empresas independientes, que forman parte de una estructura de distribución común, agrupan sus actividades en el seno de una empresa en participación de funciones plenas, tal agrupación no daría lugar a la creación de una posición dominante. La Comisión sostiene que la transformación de una estructura de distribución común en una empresa en participación de funciones plenas constituye una modificación estructural en el mercado que puede resultar en la creación de una posición dominante y, por consiguiente, debe, en principio, estar sometida al control de las operaciones de concentración.

266 En el caso de autos, la Comisión recuerda que, tras la operación de concentración, CVK ejerce la dirección única de las once empresas miembros para la totalidad del sector neerlandés de los productos silicocalcáreos, lo que le permite orientar de forma centralizada el conjunto de los parámetros de la competencia a fin de maximizar los ingresos de la empresa en participación, integrando claramente más funciones que las que se refieren a la actividad de comercialización de los productos, ejercidas por CVK antes de la operación de concentración. La Comisión destaca también que las alegaciones de la demandante según las cuales antes de la operación de concentración, CVK centralizaba, en particular, las funciones de producción y de compra son imprecisas y no se han corroborado en ningún momento durante el procedimiento administrativo. Además, la Comisión señala que la demandante no explica las razones por las que si, como afirma, CVK constituía ya una «entidad económica única» antes de la operación de concentración, era entonces necesario que la demandante celebrase un acuerdo de colaboración con Haniel y que las partes iniciasen un procedimiento de notificación ante la NMa. La Comisión observa que la diferencia, en términos de estabilidad, entre la empresa en participación y una estructura de distribución es un factor pertinente que demuestra que el mercado conoce un cambio estructural duradero.

267 En segundo lugar, en cuanto a la relación de causalidad, la Comisión niega la alegación de la demandante según la cual no analizó las cuotas de mercado antes y después de la transacción RAG. La Comisión recuerda que esta transacción no es distinta de la operación de concentración y que CVK no tenía ninguna cuota de mercado antes de la operación de concentración. A este respecto, la Comisión subraya que la cuota de mercado calculada por la NMa en su resolución de 20 de octubre de 1998, a la que se refiere la demandante, constituía el total de las cuotas de mercado de las empresas independientes antes de toda concentración. Además, según la Comisión, la atribución a CVK de las cuotas de mercado de la demandante en el mercado de la distribución al por mayor de materiales de construcción se explica por el hecho de que la demandante, a causa del control conjunto que ejerce con Haniel sobre CVK, no puede considerarse como un operador en competencia con ésta.

268 En tercer lugar, en cuanto a los elementos de «prueba adicional» para demostrar la existencia de una relación de causalidad entre la operación de concentración y la creación de una posición dominante, la Comisión recuerda, de forma general, que la operación de concentración ya se había realizado antes de la adopción de la Decisión impugnada, lo que explica que en los considerandos 117 a 121 de la Decisión impugnada, haya podido realizar un análisis *ex post* que confirmó que la operación de concentración había dado lugar a la creación de una posición dominante. En cuanto al resto, la Comisión niega las demás alegaciones realizadas por la demandante.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

269 Es importante señalar, en primer lugar, que del artículo 2, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, se deduce que siempre que una operación de concentración no sea la causa de la creación o del refuerzo de una posición dominante que afecte de manera significativa a la situación competitiva en el mercado relevante, procede declararla compatible con el mercado común (sentencia Francia y otros/Comisión, apartado 196 anterior, apartados 109 y 110).

270 En el caso de autos, debe, por lo tanto, verificarse si la operación de concentración celebrada el 9 de agosto de 1999 es la causa de la posición dominante examinada en la primera parte del presente motivo. En efecto, al contrario de lo que sostiene la demandante, el control del Tribunal de Primera Instancia no puede referirse únicamente a la relación entre la posición dominante de CVK y la transacción RAG, ya que, como se ha declarado en el marco del examen de la segunda parte del primer motivo, el primer y el segundo grupos de transacciones, a los que se refiere el apartado 8 anterior, tienen un carácter unitario debido a su interdependencia, de forma que constituyen una única operación de concentración. Además, procede señalar que, en la medida en que el examen de la primera parte del presente motivo ha conducido al Tribunal de Primera Instancia a declarar la existencia de una posición dominante de CVK en el mercado de referencia, separar la relación de causalidad entre la creación de esta posición dominante y la operación de concentración, como pretende la demandante, sólo sería posible, lógicamente, si existiera una eventual posición dominante anterior a la realización de la operación del 9 de agosto de 1999.

271 Además, debe recordarse que, en los considerandos 110 a 115 de la Decisión impugnada, la Comisión descartó tanto la existencia de una posición dominante individual de CVK, como la de una posición dominante colectiva de los tres grupos de productores de ladrillos silicocalcáreos –a saber, los productores que controlaba la demandante, los totalmente controlados por Haniel y aquellos en que RAG tenía participaciones sociales–, antes de la operación de concentración de 9 de agosto de 1999, precisando las cuotas de mercado de estos tres grupos en el mercado de referencia. Además, procede también subrayar que, en los considerandos 116 a 125 de la Decisión impugnada, la Comisión identificó determinados elementos que confirmaban la existencia de una relación de causalidad entre la operación de concentración y la posición dominante de CVK.

272 En primer lugar, en cuanto a las alegaciones de la demandante relativas a la supuesta posición dominante individual de CVK antes de la operación de concentración, deben desestimarse sus pretensiones, basadas, por una parte, en la inexistencia de un análisis en la Decisión impugnada de las cuotas de mercado de CVK antes de la operación de concentración, y, por otra, en la negativa de la Comisión, expuesta, concretamente, en los considerandos 113 y 114 de la Decisión impugnada, a considerar a CVK como una entidad económica independiente antes de la operación de concentración.

- 273 En cuanto al primer punto, basta señalar que la inexistencia del análisis a que se ha hecho mención se explica por la circunstancia de que la cuestión de la imputación de cuotas de mercado a CVK está condicionada por la planteada por el segundo punto, a saber, si antes de la operación de concentración, esta entidad debía ser considerada como una empresa en participación de funciones plenas en el sentido del Reglamento n° 4064/89, y no como un mero instrumento de colaboración entre sus miembros para la comercialización de ladrillos silicocalcáreos en los Países Bajos, circunstancia en que las cuotas de mercado deben imputarse a los grupos a los que pertenecían los miembros de CVK.
- 274 En cuanto al segundo punto, es importante recordar que, tal como precisa el contrato de agrupación celebrado el 9 de agosto de 1999, las «partes forman una entidad económica, dirigida por CVK, que tiene por objeto la fabricación y la comercialización de productos de ladrillos silicocalcáreos y todo lo que pueda contribuir a las mismas, en sentido amplio» (considerando B del contrato de agrupación). Resulta del artículo 1 de ese contrato que la gestión se centraliza a nivel de CVK, bajo la dirección del consejo de administración, que se encarga «de la administración de CVK y de sus fábricas, en el sentido de que, en lo que se refiere a la totalidad de la producción y de la comercialización de los [...] ladrillos silicocalcáreos y de todo lo que pueda contribuir a las mismas en sentido amplio, el consejo de administración se encarga de la dirección central de CVK y de sus fábricas, según su propia administración, teniendo en cuenta los intereses de CVK y de sus miembros». Según la misma disposición, las tareas del consejo de administración comprenden eventuales instrucciones a las empresas miembros de CVK relativas, en particular, al desarrollo de los productos, la comercialización y la venta, las compras, las inversiones y desinversiones, los pedidos, el fomento de la arena y el personal. Además, según sus artículos 5 y 6, se consolidan los beneficios y las pérdidas de las empresas miembros.
- 275 Por el contrario, no se desprende del expediente que tal unidad económica existiera antes de la operación de 9 de agosto de 1999. En efecto, antes de la operación de concentración, CVK existía como estructura para la distribución común de la producción de ladrillos silicocalcáreos de las empresas miembros de CVK en los Países Bajos que no ejercía, por lo demás, ninguna otra función económica. Antes de la operación de concentración, CVK podía, en consecuencia, ser asimilada por la Comisión a una organización común de ventas en beneficio de sus miembros. Si

bien la demandante alega, en su réplica, que CVK ejercía también, en esa época, funciones relativas a la producción de ladrillos silicocalcáreos, no ha demostrado que ése fuera realmente el caso.

276 Es cierto que, en general, no puede excluirse que una estructura de distribución común pueda tener el carácter de una empresa de funciones plenas si, a su nivel, los productos o servicios que distribuye adquieren un gran valor añadido o si opera como un auténtico actor del mercado, aprovisionándose, en una proporción importante, a través de otros proveedores competidores de sus propias empresas miembros.

277 Sin embargo, no es esto lo que sostiene la demandante en el caso de autos.

278 En efecto, la demandante sólo niega que la estructura de distribución común tenga un carácter menos duradero que una empresa en participación llamada «de funciones plenas», como afirma el considerando 114 de la Decisión impugnada. A este respecto, basta constatar que la apreciación expuesta en dicho considerando, iniciada por el adverbio «además», sólo se ha formulado a mayor abundamiento. En cuanto al resto, la demandante no ha invalidado la apreciación de la Comisión según la cual de la operación de concentración resultaba que CVK se convertía en una empresa de funciones plenas, a cargo de diferentes tareas de empresas anteriormente distintas, circunstancia que condicionaba la imputación de las cuotas de mercado a esta nueva entidad y, por consiguiente, su eventual posición dominante en el mercado de referencia.

279 En segundo lugar, en lo que se refiere a la cuestión de la inexistencia de una posición dominante colectiva de los tres grupos de fabricantes de ladrillos silicocalcáreos, basta constatar que la demandante no ha alegado que estos tres grupos tuvieran tal

posición. Procede añadir que los elementos del expediente, concretamente las cuotas de mercado atribuidas a los tres grupos antes de la operación de concentración, a saber [20 a 30] % para Haniel y la demandante y [5 a 10] % para RAG, respectivamente, no permiten concluir por sí mismas que existiera una posición dominante colectiva previa a la operación de concentración de 9 de agosto de 1999.

280 En tercer lugar, en cuanto a los elementos que confirman la existencia de una relación de causalidad entre la operación de concentración de 9 de agosto de 1999 y la posición dominante de CVK, el Tribunal de Primera Instancia estima que, si bien la Comisión tiene derecho a tener en cuenta tales elementos en una situación como la de autos, en que la operación de concentración ya se ha realizado en el momento de adoptarse la Decisión impugnada, dichos elementos no son, por definición, estrictamente necesarios para la constatación, criticada por la demandante, según la cual la posición dominante de CVK resulta de la operación de concentración de 9 de agosto de 1999. Resulta de lo anterior que, incluso suponiendo que las alegaciones de la demandante fueran fundadas, no podrían invalidar la apreciación que resulta de los apartados anteriores.

281 En todo caso, en lo que se refiere concretamente al análisis de la política de precios de CVK tras la operación de concentración, expuesto en el considerando 117 de la Decisión impugnada, debe señalarse que la demandante no ha demostrado con datos precisos y coherentes que sea manifiestamente erróneo.

282 Más concretamente, en primer lugar, la demandante no ha negado la realidad de los aumentos de precios practicados por CVK desde la realización de la operación de concentración ([5 a 10] % en 2001 y [5 a 10] % en 2002), ni las precisiones de la Comisión, formuladas en sus escritos, según las cuales sus informaciones sobre la evolución de los precios desde 1997 se basaban en una encuesta metodológica realizada a todos los fabricantes y a dieciocho distribuidores de materiales de construcción de muros, en la que se explicaba que el nivel de incremento de los precios de los años 1999 y 2000 (0 a 5 %) constituía un ejemplo para ilustrar el período anterior a la fecha en que se empezaron a sentir en el mercado los efectos concretos de la operación de concentración. La demandante tampoco ha negado que

existan excesos de capacidad en el segmento de los ladrillos silicocalcáreos, ni tampoco que la demanda de materiales de construcción de muros haya disminuido durante el período de referencia escogido por la Comisión. Es estas circunstancias, la alegación, no demostrada, de la demandante de que el aumento de los precios se debía únicamente al aumento de los costes de producción y a la evolución del nivel general de los precios parece poco realista, en la medida en que, después de realizarse la operación de concentración, hubiera sido más verosímil que una reducción de la demanda y la existencia de excesos de capacidad hubieran provocado la bajada o, al menos, la estabilidad de los precios de los ladrillos silicocalcáreos.

283 A este respecto, las críticas de la demandante a la pertinencia de las declaraciones de los operadores del mercado recogidas por la Comisión, en relación con el nivel –estable o a la baja– de los precios de otros materiales de construcción entre 1999 y 2002 no pueden estimarse. En efecto, concretamente, de la declaración realizada en el mes de febrero de 2002 por el distribuidor Stenncentrum Utrecht, contenida en el expediente de la Comisión e invocada por la demandante en sus escritos para apoyar su tesis de que los precios de los ladrillos silicocalcáreos practicados por CVK no aumentaron o, a la inversa, aumentaron los precios de demás materiales de construcción, se desprende que «los precios practicados por determinados fabricantes de ladrillos se habían reducido en [20 a 30] % habida cuenta de los mecanismos del mercado», que «lo mismo se había producido en el sector del hormigón premezclado», mientras que «en cuanto a CVK, único fabricante de ladrillos silicocalcáreos, esta empresa no experimentaba tal desventaja y había aumentado sus precios de forma significativa en 2001 y 2002». En consecuencia, esta declaración, como mínimo, no apoya las pretensiones de la demandante.

284 Además, la demandante tampoco ha explicado las razones por las que eran erróneas las explicaciones de Raab Karcher –facilitadas el 16 de mayo de 2002 en la audiencia ante la Comisión–, según las cuales, antes de la operación de concentración todavía era posible, en algunos casos, negociar los precios con los fabricantes individuales de ladrillos silicocalcáreos, mientras que, después de la operación estas empresas se negaban a dialogar personalmente con los clientes y los remitían a CVK.

285 Resulta de lo anterior que la apreciación de la Comisión relativa a la política de precios de CVK tras la realización de la operación de concentración confirma, de forma suficiente en Derecho, que la operación de concentración controvertida dio lugar a la creación de una posición dominante, que permite a esta empresa actuar, en gran medida, de forma independiente de sus competidores y de sus clientes. En consecuencia, no es necesario examinar los demás motivos de la demandante.

286 En estas circunstancias, la Comisión no infringió el artículo 2 del Reglamento n° 4064/89 al concluir, en el considerando 126 de la Decisión impugnada, que la operación de concentración controvertida había creado una posición dominante de CVK en el mercado de referencia, a resultas de la cual una competencia efectiva se obstaculizaba de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

287 Por consiguiente, debe desestimarse la segunda parte del segundo motivo, así como este motivo en su totalidad.

3. Sobre el tercer motivo, basado en la vulneración del artículo 3 y el artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, así como del principio de proporcionalidad

Alegaciones de las partes

288 La demandante sostiene, en primer lugar, que la Comisión carecía de competencia, con arreglo al Reglamento n° 4064/89, para exigir compromisos adicionales al proyecto de compromisos propuesto por Haniel y la demandante, que debía poner fin al control conjunto que estas empresas ejercían sobre CVK, permitiendo la restauración de los cambios de coalición en el seno de CVK, puesto que, mediante este proyecto, la concentración que debía ser notificada en virtud del Reglamento

n° 4064/89 dejaba de existir. Según la demandante, después del proyecto de compromisos, la Comisión, al no encontrarse ya frente a una concentración en el sentido del Reglamento n° 4064/89, no podía exigir compromisos adicionales dirigidos al desmantelamiento de CVK en virtud de ese Reglamento, tal como resulta de la Decisión impugnada. En su réplica, la demandante precisa que esta regla es igualmente válida en el caso de una concentración que ya se ha realizado, como en el caso de autos. La demandante pone también de manifiesto que, al contrario de lo que sostiene la Comisión, el hecho de que, a pesar de los primeros compromisos, CVK conservase una posición dominante en el mercado de referencia no es pertinente. En efecto, según la demandante, el Reglamento n° 4064/89 obliga a adoptar decisiones jurídicamente vinculantes respecto de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria y no autoriza a la Comisión a adoptar medidas dirigidas al desmantelamiento de cualquier empresa que supuestamente se encuentre en una posición dominante. En consecuencia, en opinión de la demandante, la Comisión se excedió en sus competencias al exigir compromisos adicionales al proyecto de compromisos inicial, infringiendo el artículo 3 y el artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89.

289 En segundo lugar, la demandante considera que, al exigir compromisos dirigidos a la disolución de CVK, que van más allá del restablecimiento de la situación anterior a la operación de concentración, la Comisión vulneró también el principio de proporcionalidad. Según la demandante, en la medida en que unos compromisos cumplen los requisitos previstos en el Reglamento n° 4064/89, la Comisión debe aceptar, entre los compromisos propuestos, los que sean menos restrictivos, cosa que no ha hecho en el caso de autos.

290 En cuanto a la cuestión relativa a su competencia, la Comisión admite, en primer lugar, que si las partes que le han notificado una operación de concentración deciden no continuar esta operación y retiran la notificación, ella no debe insistir en que se adopten compromisos.

291 Sin embargo, en el caso de autos, la Comisión considera que la situación es diferente, ya que la operación en cuestión ya se ha realizado. En tal caso, la Comisión estima que debe actuar conforme al artículo 8, apartado 4, del Reglamento

nº 4064/89, con objeto de disolver la concentración o restablecer una competencia efectiva mediante otras acciones adecuadas. La Comisión recuerda también que, en el caso de autos, la operación de concentración se compone de dos operaciones. En opinión de la Comisión, la renuncia a la adquisición del control conjunto de CVK por Haniel y la demandante no basta para restablecer las condiciones de competencia efectiva, ya que CVK continúa teniendo una posición dominante en el mercado de referencia. Pues bien, aunque las partes se comprometan a poner fin al control conjunto, la Comisión estima que no por ello pierde su competencia para examinar la operación conforme al Reglamento nº 4064/89. En efecto, según la Comisión, su competencia sólo está determinada respecto de la operación que está en el origen de la obligación de notificación, y no por la presentación de una propuesta de compromisos. La Comisión concluye que estaba obligada a declarar la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común respecto del artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89, sujeta al cumplimiento de los requisitos señalados en el anexo de la Decisión impugnada.

292 En cuanto a la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad, la Comisión considera que ha respetado totalmente dicho principio. Según la Comisión, la primera serie de compromisos simplemente no le permitía garantizar una competencia efectiva en el mercado común, en la medida en que CVK seguía teniendo una posición dominante en el mercado de referencia. Sólo la segunda serie de compromisos puso remedio a esta situación.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

293 Con carácter preliminar, es importante recordar, en primer lugar, que el artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89 dispone:

«2. Cuando la Comisión compruebe que una operación de concentración notificada, llegando el caso tras las modificaciones aportadas por las empresas afectadas, responde al criterio definido en el apartado 2 del artículo 2 [...], tomará una decisión en la que declarará que la concentración es compatible con el mercado común.

La Comisión podrá acompañar su decisión de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión con miras a compatibilizar la operación de concentración con el mercado común [...]»

²⁹⁴ Debe también subrayarse que, en el marco del Reglamento nº 4064/89, la Comisión sólo está facultada para aceptar compromisos que hagan posible que se declare la compatibilidad de la operación notificada con el mercado común. En otras palabras, los compromisos propuestos por las empresas afectadas deben permitir que la Comisión llegue a la conclusión de que la operación de concentración de que se trate no creará ni reforzará una posición dominante en el sentido del apartado 2 del artículo 2 de ese Reglamento (sentencia Gencor/Comisión, apartado 195 anterior, apartado 318).

²⁹⁵ Además, en el caso de autos, resulta del considerando 127 de la Decisión impugnada y del punto 13 de su anexo que la Comisión rechazó, en un primer momento, un proyecto de compromisos que preveía que Haniel y la demandante pondrían fin al contrato de colaboración que habían celebrado y venderían a un tercer comprador independiente las participaciones en las empresas Anker, Vogelenzang y Van Herwaarden, adquiridas en la transacción RAG, mientras que el contrato de agrupación y la modificación de los estatutos de CVK permanecerían inalterados.

²⁹⁶ En el considerando 132 de la Decisión impugnada, la Comisión motivó su negativa de la siguiente forma:

«En opinión de la Comisión, el proyecto de compromiso presentado en un primer momento por las Partes no es suficiente para despejar las dudas en materia de competencia en lo que respecta al mercado [de referencia], puesto que sólo pone fin al control conjunto de Haniel y Cementbouw sobre CVK, sin eliminar al mismo tiempo la posición dominante de CVK creada a raíz de la concentración. El proyecto de compromiso se basa en la presunción errónea, según se ha expuesto en la

sección II de la presente Decisión, de que la investigación de la Comisión en este procedimiento sólo tiene por objeto la adquisición por parte de Haniel y Cementbouw del control conjunto sobre CVK, mientras que la adquisición simultánea por CVK del control sobre sus empresas afiliadas quedaba, como consecuencia de la resolución de la NMa de 20 de octubre de 1998, al margen de las competencias de la Comisión.»

297 Sin embargo, la Comisión aceptó los compromisos definitivos descritos en los considerandos 129 a 131 de la Decisión impugnada, estimando que serían suficientes para permitirle declarar la compatibilidad de la concentración con el mercado común.

298 El contenido de estos compromisos es el siguiente:

- en el plazo de [confidencial] tras la adopción de la Decisión impugnada, rescisión del contrato de agrupación, anulación de las modificaciones de los estatutos de CVK y disolución de ésta;
- rescisión con efecto inmediato del contrato de colaboración;
- simultáneamente a la rescisión del contrato de agrupación, compromiso de la demandante y Haniel de poner fin al control conjunto sobre las empresas Anker y Van Herwaarden, de la forma descrita en el considerando 129 de la Decisión impugnada;
- compromiso de la demandante y Haniel de poner fin al control conjunto sobre Vogelenzang de la misma forma que para Anker y Van Herwaarden, en el supuesto de que Vogelenzang retome sus actividades;

- compromiso de la demandante y Haniel a [declaración relativa a la organización interna de CVK],³

- nombramiento de un gestor fiduciario encargado de vigilar el cumplimiento de los compromisos contraídos por las partes.

299 Sin negar que las partes que realizaron la notificación pudieran proponer las medidas correctoras adecuadas para poner fin a los «problemas de competencia» identificados por la Comisión en el pliego de cargos, la demandante sostiene, en esencia, que, puesto que conforme al Reglamento n° 4064/89, sólo debía notificarse a la Comisión el segundo grupo de transacciones, el primer proyecto de compromisos, que consistía en rescindir el segundo grupo de transacciones restableciendo la situación anterior a la operación de concentración, tal como la entiende la demandante, conlleva la modificación de la operación de forma que ésta ya no existe. En estas circunstancias, la demandante sostiene que la Comisión tampoco tenía competencia para pedir a las partes que propusieran otros compromisos, concretamente la disolución de CVK, en la medida en que el fundamento de su competencia, en virtud del Reglamento n° 4064/89, había desaparecido. Correlativamente, la demandante sostiene que la Comisión estaba obligada a aceptar el primer proyecto de compromisos, puesto que era suficiente y menos restrictivo que los compromisos definitivos. La demandante estima, en consecuencia, que la Comisión vulneró el principio de proporcionalidad.

300 Sin embargo, procede desestimar esta argumentación.

301 En primer lugar, debe constatarse que las pretensiones de la demandante se basan nuevamente en una premisa errónea, desestimada por el Tribunal de Primera Instancia en el marco del examen de la segunda parte del primer motivo. En efecto,

3 — -Información confidencial

existe una única operación de concentración, celebrada el 9 de agosto de 1999, constituida por el primer y segundo grupo de transacciones, que entra dentro de la competencia de la Comisión en virtud del Reglamento n° 4064/89. En consecuencia, al contrario de lo que sostiene la demandante, el primer proyecto de compromisos no modifica la operación de concentración de tal forma que ésta ya no exista.

302 Por consiguiente, debe desestimarse la alegación basada en la falta de competencia de la Comisión.

303 En segundo lugar, se impone la misma conclusión respecto del motivo basado en el carácter supuestamente proporcionado del primer proyecto de compromisos y del carácter desproporcionado de los compromisos definitivos aceptados por la Comisión, en particular el relativo a la disolución de CVK en un plazo de [confidencial] a partir de la adopción de la Decisión impugnada, al que se condiciona la declaración de compatibilidad.

304 Por otra parte, es importante destacar que la demandante no explicó por qué el primer proyecto de compromisos, expuesto en el apartado 295 anterior, permitía a la Comisión declarar la compatibilidad de la operación de concentración, cuando consta que, en el marco de ese proyecto de compromisos, la posición dominante de CVK, tal como resulta de la operación de concentración celebrada el 9 de agosto de 1999, permanecía inalterada. En efecto, a pesar de ponerse fin al control conjunto de CVK, la empresa seguía teniendo al menos [50 a 60] % del mercado de referencia, conforme a la delimitación del mismo, sin que, por lo demás, aumentasen las cuotas de mercado de sus principales competidores.

305 En consecuencia, al contrario de lo que sostiene la demandante, la Comisión no estaba obligada a aceptar el primer proyecto de compromisos, conforme al artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, puesto que este proyecto no le permitía llegar a la conclusión de que la operación de concentración de 9 de agosto de 1999 no crearía una posición dominante, en el sentido del artículo 2, apartado 2, de ese Reglamento.

- 306 Esta apreciación queda, además, corroborada por el tenor literal del considerando 8 del Reglamento (CE) n° 1310/97, citado por la demandante en sus escritos, según el cual «la Comisión tiene la facultad de declarar una operación de concentración compatible con el mercado común en la segunda fase del procedimiento, una vez que se hayan introducido compromisos de las partes que sean proporcionales al problema de competencia suscitado y lo eliminen por completo [...]».
- 307 De esta forma, para que puedan ser aceptados por la Comisión con vistas a la adopción de una decisión conforme al artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, los compromisos de las partes deben no sólo ser proporcionales al problema de competencia identificado por la Comisión en su decisión, sino también eliminarlo por completo, objetivo que, en el caso de autos, no conseguía manifiestamente el primer proyecto de compromisos propuesto por las partes que realizaron la notificación.
- 308 Por otra parte, en cuando al compromiso definitivo mediante el cual las partes propusieron disolver CVK en un plazo de [confidencial] a partir de la adopción de la Decisión impugnada –único compromiso verdaderamente debatido por las partes en el presente procedimiento–, si bien es cierto que dicho compromiso va más allá del restablecimiento de la situación anterior a la operación de concentración, ya que, al término de dicho plazo, CVK hubiera dejado de existir en su anterior forma de organización común de ventas, no es menos cierto que las partes que realizan una notificación no están obligadas a limitarse a proponer compromisos dirigidos estrictamente a restablecer la situación de la competencia anterior a la operación de concentración para permitir a la Comisión que declare la compatibilidad de dicha operación con el mercado común. En efecto, en virtud del artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, la Comisión está facultada para aceptar todos los compromisos de las partes que le permitan adoptar una decisión por la que se declare que una operación es compatible con el mercado común.
- 309 Por lo demás, procede señalar que, a la vista de los compromisos definitivos de las partes que realizaron la notificación, tal como han sido resumidos en el apartado 298 anterior, la Comisión no tenía la libertad de rechazarlos y de adoptar, bien una decisión por la que se declarase la incompatibilidad de la concentración con el mercado común, conforme al artículo 8, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89,

bien una decisión por la que se declarase la compatibilidad de la concentración con el mercado común, conforme al artículo 8, apartado 2, de ese Reglamento, pero acompañada de requisitos dirigidos al restablecimiento de la situación anterior a la operación de concentración impuestos de forma unilateral.

- 310 En efecto, en el primer supuesto –el de la adopción de una decisión negativa–, la Comisión hubiera infringido las disposiciones del artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, que la obligan a declarar mediante decisión que la concentración es compatible con el mercado común si constata que la operación, en su caso tras las modificaciones aportadas por las empresas afectadas, responde al criterio que se define en el artículo 2, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89.
- 311 En el segundo supuesto –el de una decisión positiva acompañada de requisitos dirigidos al estricto restablecimiento de la situación anterior– la Comisión también hubiera chocado con el tenor del artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 4064/89, que no prevé que la Comisión pueda condicionar su declaración de compatibilidad de una operación de concentración a requisitos impuestos unilateralmente por ella misma, independientemente de los compromisos contraídos por las partes que realizan la notificación.
- 312 Por consiguiente, la demandante no puede invocar la vulneración del principio de proporcionalidad. A la vista de las circunstancias del caso, sólo los compromisos definitivos propuestos por las partes que realizaron la notificación podían permitir a la Comisión declarar la compatibilidad de la operación de concentración controvertida con el mercado común, conforme al artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89.
- 313 Esta conclusión no queda invalidada por la alegación de la demandante de que las partes que realizaron la notificación se vieron obligadas de forma arbitraria por la Comisión a proponer el compromiso de disolver CVK en el plazo de [confidencial] a partir de la adopción de la Decisión impugnada.

- 314 Ciertamente, de la lectura del pliego de cargos y de la respuesta de la demandante al mismo, debe reconocerse que la Comisión pudo ejercer una cierta influencia en el contenido de estos compromisos propuestos por las partes y que aceptó finalmente en la Decisión impugnada. En efecto, el pliego de cargos indicaba que la Comisión estaba dispuesta, conforme al artículo 8, apartado 4, del Reglamento n° 4064/89, a adoptar las medidas que permitieran restablecer una competencia efectiva, entre las que se contemplaba la disolución de CVK, si las partes no proponían medidas correctoras.
- 315 También es cierto que, en lo que respecta a Haniel, la propuesta de disolver CVK podía estar motivada por el hecho de que le permitía adquirir participaciones en la empresa Ytong Netherlands, activa en la producción de hormigón celular, conforme a los considerandos 141, 142 y 151 de la Decisión 2003/292/CE de la Comisión, de 9 de abril de 2002, por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE (Asunto COMP/M.2568 — Haniel/Ytong) (DO 2003, L 111, p. 1).
- 316 Sin embargo, ha quedado acreditado, tal como se expone en el considerando 138 de la Decisión impugnada, que las partes presentaron el compromiso relativo a la disolución de CVK en el plazo citado anteriormente «porque estimaban que, en el caso de rescindirse el contrato de agrupación, no era previsible que CVK continuase existiendo en tanto que estructura común de distribución».
- 317 Además, en cuanto a la Decisión de la Comisión de 9 de abril de 2002 (véase el apartado 315 anterior), que afecta únicamente a Haniel, tal Decisión no impone ninguna modalidad particular respecto de la estructura futura de CVK para que se elimine el requisito relativo a la venta de las participaciones de Haniel en Ytong Netherlands. En efecto, esta Decisión señala que el compromiso de venta suscrito por Haniel quedaría sin objeto si se disolviese CVK o si ya no participasen en ella empresas participadas directa o indirectamente por Haniel (considerando 142). El considerando 151 de la Decisión de 9 de abril de 2002 añade que el compromiso

citado anteriormente también quedaría sin objeto si se vendiese CVK. En todo caso, no puede deducirse de los motivos de esta Decisión que la misma haya podido obligar a la demandante a proponer los compromisos definitivos citados anteriormente en el marco del presente asunto, ya que la demandante no era destinataria de la Decisión de 9 de abril de 2002.

318 Para terminar, la demandante no explica por qué razón el plazo de [confidencial] para disolver CVK a partir de la adopción de la Decisión impugnada, aceptado por la Comisión habida cuenta de las circunstancias excepcionales del caso de autos, se propuso bajo la presión arbitraria de la Comisión y es desproporcionado.

319 En consecuencia, resulta obligado constatar que no se ha demostrado que las partes que realizaron la notificación hayan sido obligadas de forma arbitraria por la Comisión a proponer la medida correctora consistente en disolver CVK en un plazo de [confidencial] a partir de la adopción de la Decisión impugnada. Tampoco se desprende de los elementos de los autos que dichas partes hayan sido obligadas de forma arbitraria a proponer las demás medidas correctoras incluidas en sus compromisos definitivos dirigidos a restablecer una competencia efectiva.

320 En estas circunstancias, y en la medida en que la demandante no sostiene que la Comisión haya incurrido en un error manifiesto de apreciación al considerar que los compromisos definitivos propuestos por las partes, incluido el de disolver CVK en un plazo de [confidencial] a partir de la adopción de la Decisión impugnada, permitían restablecer una competencia efectiva, procede considerar que la Comisión tenía razón al declarar que esos compromisos, en la medida en que las partes los cumplieran, le permitían declarar la compatibilidad de la operación de concentración en cuestión con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo EEE.

321 Resulta de lo anterior que debe desestimarse el tercer motivo, así como el recurso en su totalidad.

Costas

³²² A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber sido desestimados los motivos formulados por la demandante, procede condenarla en costas, de conformidad con las pretensiones de la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta ampliada)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.**

- 2) Condenar en costas a la demandante.**

Legal

Lindh

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Vadapalas

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 23 de febrero de 2006.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

H. Legal

II - 441

Índice

Antecedentes del litigio	II - 332
Procedimiento y pretensiones de las partes	II - 336
Fundamentos de Derecho	II - 338
1. Sobre el primer motivo, basada en la falta de competencia de la Comisión para examinar las transacciones controvertidas, en virtud del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89	II - 338
Sobre la primera parte del primer motivo, basado en la falta de competencia de la Comisión para examinar la transacción RAG debido a la inexistencia de cambios en el control de CVK	II - 339
Alegaciones de las partes	II - 339
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 344
— Observaciones preliminares	II - 344
— Sobre las alegaciones de la demandante relativas a la existencia de un control conjunto de CVK antes de la celebración del segundo grupo de transacciones	II - 350
— Sobre la adquisición del control conjunto de CVK por Haniel y la demandante con ocasión de la celebración del segundo grupo de transacciones	II - 356
— Sobre la insuficiencia de motivación alegada	II - 361
Sobre la segunda parte del primer motivo, basada en la falta de competencia de la Comisión para calificar de operación de concentración única dos transacciones y en la inexistencia, en el caso de autos, de una operación de concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89	II - 363
Alegaciones de las partes	II - 363
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 366
— Sobre la posibilidad de que la Comisión califique de operación de concentración única diversas transacciones, conforme al artículo 3 del Reglamento n° 4064/89	II - 367
— Sobre el carácter interdependiente de las transacciones celebradas el 9 de agosto de 1999	II - 373

	Sobre la tercera parte del primer motivo, basada en la falta de competencia de la Comisión para examinar la adquisición del control de CVK sobre sus empresas miembros, debido a la autorización dada a la misma por la NMa	II - 382
	Alegaciones de las partes	II - 382
	Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 383
2.	Sobre el segundo motivo, basado en que la Comisión incurrió en errores de apreciación respecto de la creación de una posición dominante por la operación de concentración, infringiendo el artículo 2 del Reglamento nº 4064/89	II - 386
	Sobre la primera parte del segundo motivo, basada en que la Comisión incurrió en un error de apreciación respecto de la existencia de una posición dominante de CVK	II - 386
	Alegaciones de las partes	II - 386
	Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 395
	— Observaciones preliminares	II - 395
	— Sobre el factor basado en la inexistencia de una presión competitiva importante sobre CVK por parte de los fabricantes de hormigón en obra	II - 400
	— Sobre el factor basado en la existencia de importantes barreras de entrada en el mercado	II - 404
	— Sobre el factor basado en la inexistencia de un poder de negociación de los clientes de CVK	II - 409
	— Sobre el factor basado en la inexistencia de una limitación del margen de maniobra de CVK en el mercado de los materiales de construcción de muros de carga por las condiciones de la competencia en el mercado vecino de los materiales de construcción de muros no portantes	II - 414
	— Sobre el factor basado en la existencia de una relación estructural entre CVK y la demandante que les permite disfrutar de un margen de maniobra sensiblemente más amplio que el de sus competidores, tanto a nivel de la oferta como de la distribución de materiales de construcción de muros de carga	II - 417
		II - 443

Sobre la segunda parte del segundo motivo, basada en la falta de prueba de una relación de causalidad entre la operación de concentración y la creación de la posición dominante	II - 420
Alegaciones de las partes	II - 420
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 424
3. Sobre el tercer motivo, basado en la vulneración del artículo 3 y el artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, así como del principio de proporcionalidad	II - 430
Alegaciones de las partes	II - 430
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 432
Costas	II - 441