

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 31 de marzo de 1998 *

En los asuntos acumulados C-68/94,

República Francesa, representada por las Sras. Edwige Belliard, directeur adjoint de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, y Catherine de Salins, sous-directeur de la misma Dirección, y por el Sr. Jean-Marc Belorgey, chef de mission de la misma Dirección, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de Francia, 8 B, boulevard Joseph II,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Berend Jan Drijber, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente, asistido por M^c Jacques Bourgeois, Abogado de Bruselas, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Carlos Gómez de la Cruz, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

apoyada por

República Federal de Alemania, representada por el Sr. Ernst Röder, Ministerialrat del Bundesministerium für Wirtschaft, y Bernd Kloke, Regierungsrat del mismo Ministerio, en calidad de Agentes, D — 53107 Bonn,

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: francés.

que tiene por objeto que se anule la Decisión 94/449/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (Asunto n° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (DO 1994, L 186, p. 38),

y C-30/95,

Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC), representadas por M^c Charles Price, Abogado de Bruselas, que designan como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^c Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains,

partes demandantes,

apoyadas por

República Francesa, representada por las Sras. Edwige Belliard, directeur adjoint de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, y Catherine de Salins, sous-directeur de la misma Dirección, y por el Sr. Jean-Marc Belorgey, chef de mission de la misma Dirección, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de Francia, 8 B, boulevard Joseph II,

parte coadyuvante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Berend Jan Driber, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente, asistido por M^c Jacques Bourgeois, Abogado de Bruselas, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Carlos Gómez de la Cruz, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

apoyada por

Kali und Salz GmbH y Kali und Salz Beteiligungs-AG, representadas por los Sres. Karlheinz Quack, Abogado de Berlín, y Georg Albrechtskirchinger, Abogado de Francfort del Meno, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^c Marc Loesch, 11, rue Goethe,

parte coadyuvante,

que tienen por objeto que se anule parcialmente, por un lado, el artículo 1 de la Decisión 94/449/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (Asunto n° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (DO 1994, L 186, p. 38), en la medida en que supedita la declaración de que la operación de concentración es compatible con el mercado común al cumplimiento de las condiciones establecidas en su considerando 63 y, por otro lado, esa misma Decisión, en la medida en que aceptó el compromiso mencionado en su considerando 65, por el que Kali und Salz AG se comprometió a reestructurar la empresa Potacan antes del 30 de junio de 1994,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: G. C. Rodríguez Iglesias, Presidente; C. Gulmann (Ponente) y H. Ragnemalm, Presidentes de Sala; G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch y P. Jann, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Tesauero;
Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes orales de las partes en la vista celebrada el 12 de marzo de 1996, en la que la República Francesa estuvo representada, en los asuntos C-68/94 y C-30/95, por los Sres. Jean-François Dobelle, directeur adjoint de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, en calidad de Agente, y Jean-Marc Belorgey; la Comisión, en los asuntos C-68/94 y C-30/95, por el Sr. Berend Jan Drijber, asistido por M^c Jacques Bourgeois; la República Federal de Alemania, en el asunto C-68/94, por el Sr. Ernst Röder; la Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA), así como la Entreprise minière et chimique (EMC), en el asunto C-30/95, por M^c Charles Price, y Kali und Salz GmbH, así como Kali und Salz Beteiligungs-AG, en el asunto C-30/95, por los Sres. Karlheinz Quack y Georg Albrechtskirchinger;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 6 de febrero de 1997;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos y procedimiento

- 1 El 14 de julio de 1993, la Comisión, de conformidad con el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n^o 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO 1990, L 257, p. 14; en lo sucesivo, «Reglamento»), fue notificada de un proyecto de concentración entre Kali und Salz AG (en lo sucesivo, «K+S»), filial del grupo químico BASF, y Mitteldeutsche Kali AG (en lo sucesivo, «MdK»), cuyo único accionista, el Treuhandanstalt (en lo sucesivo, «Treuhand»), es un ente de Derecho público encargado de reestructurar las antiguas empresas de la antigua República Democrática Alemana.

- 2 K+S opera principalmente en los sectores de la potasa, de la sal gema y de la eliminación de residuos. Las actividades relativas a la potasa y a la sal gema de la antigua República Democrática Alemana se han combinado en la empresa MdK.

- 3 El proyecto de concentración preveía que MdK se convertiría en sociedad de responsabilidad limitada (MdK GmbH) a la que K+S aportaría sus actividades relacionadas con la potasa y la sal gema y el Treuhand, 1.044 millones de DM. En la empresa en participación así constituida, K+S y el Treuhand serían titulares, respectivamente, del 51 % y del 49 % del capital y de los derechos de voto.

- 4 Las partes de la operación prevista fueron informadas por la Comisión, mediante escrito de 5 de agosto de 1993, de su decisión de prorrogar, con arreglo al apartado 2 del artículo 7 y al apartado 2 del artículo 18 del Reglamento, la suspensión de la realización de la concentración hasta la adopción de la decisión final.

- 5 El 16 de agosto de 1993, la Comisión decidió, de conformidad con la letra c) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento, incoar el procedimiento denominado de «examen detallado», debido a que la operación de concentración notificada planteaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común.

- 6 El 13 de octubre del mismo año, la Comisión comunicó a las partes las objeciones formuladas en su contra, con arreglo al artículo 18 del Reglamento. Según ella, la concentración, tal como estaba prevista en el proyecto notificado, podía crear una situación de posición dominante colectiva en el mercado comunitario, con excepción de Alemania y España.

- 7 A raíz de este pliego de cargos, las partes propusieron a la Comisión contraer ciertos compromisos con el fin de disipar sus dudas en cuanto al hecho de que la concentración crearía una situación de posición dominante oligopolística en el mercado de que se trata.
- 8 La Comisión presentó entonces un proyecto de Decisión al Comité consultivo para el control de operaciones de concentración entre empresas, establecido en virtud del apartado 3 y siguientes del artículo 19 del Reglamento, el cual, en su reunión de 3 de diciembre de 1993, emitió, por mayoría de sus miembros, un dictamen favorable (DO 1994, C 199, p. 5).
- 9 Mediante la Decisión 94/449/CE, de 14 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento n° 4064/89 (Asunto n° IV-M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (DO 1994, L 186, p. 38; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»), la Comisión declaró el proyecto de concentración compatible con el mercado común, sin perjuicio, no obstante, de que, con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento, se cumplieran determinados compromisos contraídos por las partes con la Comisión. En efecto, según esta disposición, la Comisión «podrá acompañar su decisión [por la que se declara una operación de concentración compatible con el mercado común] de condiciones y cargas destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión con miras a modificar el proyecto inicial de concentración».
- 10 El mercado del producto de que se trata, delimitado en la Decisión controvertida, abarca los productos a base de sales de potasa de uso agrícola, los cuales comprenden la potasa vendida tanto para ser utilizada directamente en agricultura como para ser utilizada en la fabricación de abonos compuestos. En lo que respecta al mercado geográfico del producto en cuestión, la Comisión delimitó dos mercados distintos: el mercado alemán y el mercado comunitario con exclusión de Alemania.
- 11 En cuanto al mercado alemán, la Comisión señaló, en el considerando 46 de la Decisión controvertida, que la concentración proyectada crearía un monopolio de hecho, dado que las cuotas de mercado de K+S y de MdK eran respectivamente del

79 % y del 19 %, y concluyó, en el considerando 50, que la operación de concentración prevista produciría el efecto de reforzar la posición dominante de K+S en el mercado alemán de la potasa. No obstante, aplicando la teoría de la «failing company defence» (teoría de la excepción de empresa en dificultades), llegó a la conclusión de que la operación de concentración contemplada en el caso de autos no era la causa del reforzamiento de la posición dominante de K+S en el mercado alemán. A este respecto, se señala, en el considerando 95 de la Decisión controvertida, que se cumplen los requisitos de la «failing company defence», a saber, que «dicho reforzamiento de la posición dominante de K+S se produciría también aunque no se llevara a cabo la operación de concentración, ya que si MdK no es adquirida por otra empresa, tendrá que abandonar el mercado en un futuro próximo, con lo que la cuota de mercado de MdK acrecería a K+S y prácticamente podría descartarse que una empresa distinta de K+S adquiriera la totalidad o una parte sustancial de MdK» (véase también el considerando 71 de la Decisión controvertida). Por otra parte, la Comisión añadió, en el considerando 95 que, teniendo en cuenta la debilidad estructural de las regiones de Alemania del Este afectadas por el proyecto de concentración y las consecuencias negativas que probablemente tendría para ellas la desaparición de MdK, la conclusión a la que había llegado era coherente con el objetivo fundamental de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad, al que se hace referencia en el decimotercer considerando del Reglamento.

- 12 En lo que respecta al mercado comunitario con excepción de Alemania, la Comisión señaló, en el considerando 51 de la Decisión controvertida, que, debido a la concentración proyectada, dos entidades estarían en posición dominante: K+S/MdK y la Société commerciale des potasses et de l'azote (en lo sucesivo, «SCPA»), filial del grupo francés Entreprise minière et chimique (en lo sucesivo, «EMC»), que se encarga de la distribución de la potasa.
- 13 El análisis de la Comisión se basa, por un lado, en la comprobación de que la oferta, fuera del grupo K+S/MdK y SCPA, está fragmentada y emana de operadores que no parecen poder competir con la cuota de mercado total de alrededor del 60 % poseída por el duopolio y, por otro lado, en una fuerte presunción de que, entre K+S/MdK y SCPA, no habrá ninguna competencia efectiva, tanto a causa de las características del mercado de la potasa, como del comportamiento anterior de K+S y de SCPA, como, por último, de sus estrechos y antiguos vínculos comerciales. Estos vínculos consisten fundamentalmente: a) en el control de una empresa en participación en Canadá, Potacan, de cuyo capital son titulares K+S y SCPA al 50 %, b) en la colaboración en el cártel de exportación constituido por Kali-Export GmbH (en lo sucesivo, «Kali-Export»), sociedad austriaca, con domicilio social en

Viena, que coordina la venta de los productos derivados de la potasa de sus miembros en países terceros y de la que forman parte, cada una con el 25 % del capital, K+S, MdK, EMC/SCPA y el productor de potasa español Coposa, y c) en las relaciones mantenidas desde hace tiempo, como consecuencia de las cuales, en Francia, SCPA efectúa casi todos los suministros de K+S (véanse los considerandos 54 a 61 de la Decisión controvertida).

- 14 En tales circunstancias, la Comisión estimó, en los considerandos 57 y 62, que la concentración, que implicaría la adición de la cuota de mercado de MdK, segundo productor de la Comunidad, en el mercado comunitario excluida Alemania, supondría la creación de un duopolio dominante entre K+S/MdK y SCPA.
- 15 Para evitar que la Comisión declare la concentración entre K+S y MdK incompatible con el mercado común, las partes de esta concentración le propusieron determinados compromisos, formulados en el considerando 63 de la Decisión controvertida en los términos siguientes:

«— *Kali-Export GmbH, Viena*

K+S y la empresa en participación se retirarán inmediatamente de Kali-Export GmbH [...]

Del mismo modo, K+S y la empresa en participación resolverán el contrato de representación celebrado con Kali-Export GmbH conforme a las cláusulas sobre resolución estipuladas en el mismo [...] A partir de ese momento, la empresa en participación competirá con Kali-Export GmbH a través de su propia red de distribución [...]

— *Distribución en Francia*

K+S y la empresa en participación, en la medida en que aún no dispongan de ella, establecerán su propia red de distribución en la Comunidad, y distribuirán sus productos a través de esta red de acuerdo con las prácticas comerciales habituales. En particular, se creará una red de distribución en Francia para todos los productos derivados de la potasa, incluidos los productos especiales. Esta red de distribución abarcará el conjunto del mercado francés y su grado de desarrollo estará en consonancia con la importancia de dicho mercado. Todo ello se hará con arreglo al principio de rentabilidad.

Se pondrá fin [...] a la cooperación mantenida hasta la fecha con SCPA como socio para la distribución en el mercado francés. De este modo, se permitirá que SCPA cumpla los contratos celebrados con sus propios clientes y se creará una red de distribución propia de la empresa en participación. Se permite la venta a SCPA en las condiciones normales de mercado.»

La Comisión declaró el proyecto de concentración compatible con el mercado común precisamente en consideración de dichos compromisos, como se ha recordado en el apartado 9 de la presente sentencia.

- 16 En el considerando 65 de la Decisión controvertida se señala que, al enterarse de que la Comisión tenía dudas en cuanto a los efectos negativos de la operación de concentración sobre las condiciones de competencia, K+S se comprometió a reestructurar la empresa Potacan antes del 30 de junio de 1994, de manera que cada uno de los socios pudiera comercializar en el mercado comunitario, de forma independiente del otro socio, la potasa producida por Potacan. No obstante, en el considerando 67 de la misma Decisión, se especifica que la Comisión decidió no convertir dicho compromiso en una obligación formal, estimando que, «en caso de que, pese a hacer todo lo posible, K+S no logre llegar a un acuerdo con EMC, tendría que encontrarse una solución adecuada de los problemas competitivos derivados de la actual estructura de la empresa en participación Potacan dentro del procedimiento [de notificación de los acuerdos Potacan] pendiente con arreglo al Reglamento n° 17 [del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; en lo sucesivo, “Reglamento n° 17”)]».

- 17 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 18 de febrero de 1994, la República Francesa solicitó, en virtud del artículo 173 del Tratado CE, la anulación de la Decisión controvertida (asunto C-68/94).
- 18 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 1994, se admitió la intervención de la República Federal de Alemania en este asunto en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 19 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 25 de febrero de 1994, SCPA y EMC solicitaron, en virtud del artículo 173 del Tratado, la anulación parcial de la Decisión controvertida.
- 20 En el marco de este último recurso, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia, mediante auto de 10 de mayo de 1994, *Société commerciale des potasses et de l'azote y Entreprise minière et chimique/Comisión* (T-88/94 R, Rec. p. II-263), resolvió suspender la ejecución del artículo 1 de la Decisión controvertida, en la medida en que podría implicar la disolución de Kali-Export, hasta que se pronunciase el auto que pondría fin al procedimiento sobre medidas provisionales y desestimó la demanda de medidas provisionales en todo lo demás.
- 21 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 1994, *Société commerciale des potasses et de l'azote y Entreprise minière et chimique/Comisión* (T-88/94 R, Rec. p. II-401), se suspendió la ejecución del artículo 1 de la Decisión controvertida, por cuanto impone la separación de K+S/MdK de Kali-Export, hasta que se pronunciase la sentencia que resolvería sobre el recurso principal.
- 22 Mediante auto del Presidente de la Sala Primera del Tribunal de Primera Instancia de 7 de julio de 1994, se admitió la intervención de la República Francesa en el asunto T-88/94 en apoyo de las pretensiones de las demandantes.

- 23 Mediante auto del Presidente de la Sala Segunda ampliada del Tribunal de Primera Instancia de 18 de enero de 1995, se admitió la intervención de Kali und Salz Beteiligungs-AG (antes K+S) y de Kali un Salz GmbH (antes MdK) (en lo sucesivo, «empresas coadyuvantes») en el asunto T-88/94 en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 24 Habida cuenta de que los recursos sometidos al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia cuestionaban la validez del mismo acto, el Tribunal de Primera Instancia declinó su competencia en el asunto T-88/94, mediante auto de la Sala Segunda ampliada de 1 de febrero de 1995, Société commerciale des potasses et de l'azote y Entreprise minière et chimique/Comisión (Rec. p. II-221), para que el Tribunal de Justicia pudiera pronunciarse sobre el recurso de anulación. Dicho asunto fue registrado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 8 de febrero siguiente con el número C-30/95.
- 25 Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral en los dos asuntos sin previo recibimiento a prueba.

Pretensiones de las partes

En el asunto C-68/94

- 26 La República Francesa solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la Decisión controvertida.

— Condene en costas a la Comisión.

- 27 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:
- Desestime el recurso por infundado.
 - Condene en costas a la República Francesa.
- 28 La República Federal de Alemania, que interviene en apoyo de las pretensiones de la Comisión, solicita al Tribunal de Justicia que:
- Desestime el recurso.

En el asunto C-30/95

- 29 SCPA y EMC solicitan al Tribunal de Justicia que:
- Anule parcialmente el artículo 1 de la Decisión controvertida en la medida en que supedita al cumplimiento de las condiciones establecidas en su considerando 63 la declaración de que la operación de concentración es compatible con el mercado común.
 - Anule parcialmente la Decisión controvertida en la medida en que aceptó el compromiso mencionado en su considerando 65 por el que K+S se comprometió a reestructurar la empresa Potacan antes del 30 de junio de 1994, de manera que cada socio de esta última pudiera comercializar en la Comunidad, independientemente del otro socio, la potasa obtenida de Potacan.
 - Condene en costas a la Comisión.
 - Condene a las empresas coadyuvantes a cargar con sus propias costas.

30 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Acuerde la inadmisión del recurso.
- Desestime el recurso por infundado.
- Condene en costas a las demandantes.

31 La República Francesa, que interviene en apoyo de las pretensiones de las demandantes, solicita al Tribunal de Justicia que:

- Acoja las pretensiones de las demandantes que tienen por objeto la anulación parcial de la Decisión controvertida.
- Condene en costas a la Comisión.

32 Las empresas coadyuvantes Kali und Salz Beteiligungs-AG y Kali und Salz GmbH, que sucedieron respectivamente a K+S y a MdK, apoyan las pretensiones de la Comisión y solicitan al Tribunal de Justicia que condene en costas a las sociedades demandantes.

Sobre la acumulación de los asuntos C-68/94 y C-30/95

33 Dada la conexión de estos dos asuntos, confirmada en la vista, procede, de conformidad con el artículo 43 del Reglamento de Procedimiento, acumularlos a efectos de la sentencia.

Sobre la admisibilidad (asunto C-30/95)

- 34 Sin dejar de entrar en el fondo del asunto, la Comisión propone una excepción de inadmisibilidad contra el recurso de anulación formulado por SCPA y por EMC, excepción que consta de tres partes. En primer lugar, niega la posibilidad de un recurso de anulación parcial en el caso de autos. En segundo lugar, mantiene que la Decisión controvertida no afecta directa ni individualmente a las sociedades demandantes. En tercer lugar, alega la falta de carácter decisorio del compromiso relativo a la sociedad Potacan, del que la Comisión se limitó a darse por enterada.

Sobre la anulación parcial

- 35 La Comisión mantiene que aunque sólo se anulase una de las condiciones necesarias para la declaración de compatibilidad de la concentración con el mercado común, ello modificaría la esencia misma de la Decisión controvertida, porque ya no se reunirían los requisitos para autorizar la concentración. Como consecuencia, la Comisión se vería obligada a revocar íntegramente dicha Decisión.
- 36 En cambio, las sociedades demandantes alegan que las condiciones objeto de litigio podrían separarse del resto de la Decisión y que su anulación sólo haría que ésta fuese incondicional. Por tanto, el apartado 5 del artículo 8 del Reglamento, que autoriza a la Comisión a revocar su Decisión en caso de que las partes incumplan un compromiso, no sería aplicable.
- 37 Como ha señalado el Abogado General en el punto 26 de sus conclusiones, procede examinar esta excepción conjuntamente con el fondo del recurso, ya que así será posible verificar si la eventual anulación de las condiciones puede repercutir en el resto de la Decisión, obligando a la anulación total de ésta.

Sobre la legitimación activa

- 38 La Comisión alega que, con arreglo al artículo 173 del Tratado, los particulares que sean terceros con respecto a una decisión de las Instituciones dirigida a otros particulares sólo pueden interponer recurso de anulación de dicha decisión si ésta les afecta directa e individualmente. Pues bien, según la Comisión, la Decisión controvertida no afecta, directa e individualmente, ni a SCPA ni a EMC.
- 39 A este respecto, señala especialmente que, en contra de lo que exige una jurisprudencia reiterada (véanse las sentencias de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión, 25/62, Rec. p. 197, y de 24 de febrero de 1987, Deutz und Geldermann/Consejo, 26/86, Rec. p. 941), las sociedades demandantes no resultan perjudicadas a causa de ciertas cualidades específicas suyas o de una situación de hecho que las caracterice con respecto a cualquier otra persona y por ello las individualice de manera análoga a la del destinatario. En efecto, estas sociedades, que son mencionadas por su nombre en la Decisión controvertida, no participaron en el procedimiento ante la Comisión, por lo que, según ésta, no pueden considerarse individualmente afectadas por dicha Decisión. A este respecto, la Comisión alega especialmente que, en contra de los criterios establecidos en la sentencia de 28 de enero de 1986, Cofaz y otros/Comisión (169/84, Rec. p. 391), estas sociedades no estuvieron implicadas en el procedimiento desde el principio y sus observaciones no determinaron en gran medida el desarrollo de éste. Además, añade la Comisión, SCPA, como socio de Kali-Export, resulta perjudicada por la Decisión controvertida del mismo modo que el otro socio del cártel, Coposa, mientras que EMC no puede ampararse en el hecho de que es socio de una sociedad implicada en una decisión de concentración para ser considerada individualmente afectada por ésta (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de octubre de 1993, Zunis Holding y otros/Comisión, T-83/92, Rec. p. II-1169). Por último, el hecho de que EMC sea socio al 50 % de Potacan no es suficiente para considerarla individualmente afectada por la Decisión, dado que, según la Comisión, el compromiso relativo a Potacan no tiene carácter decisorio.
- 40 Las empresas coadyuvantes mantienen que sólo ellas resultan afectadas por las condiciones impuestas por la Comisión. Estas condiciones podrían, como máximo, afectar indirectamente a los intereses de las sociedades demandantes, lo que, según

la jurisprudencia, no constituiría una razón suficiente para conferirles legitimación activa contra dichas condiciones (sentencias de 18 de marzo de 1975, *Union syndicale Service public européen* y otros/Consejo, 72/74, Rec. p. 401, y de 28 de octubre de 1982, *Groupement des agences de voyages/Comisión*, 135/81, Rec. p. 3799).

- 41 En apoyo de la admisibilidad de su recurso, las sociedades demandantes alegan, en primer lugar, que no sólo se las designa por su nombre en la Decisión controvertida, sino también en el meollo del razonamiento y de la motivación de la Comisión.
- 42 Señalan también que, para decidir si una decisión afecta individualmente a un particular es necesario, según la jurisprudencia, y especialmente la sentencia *Cofaz y otros/Comisión*, antes citada, tener en cuenta, por un lado, el perjuicio causado a la empresa en cuestión y, por otro lado, la función que esa empresa haya desempeñado en el marco del procedimiento ante la Comisión.
- 43 En lo que respecta al perjuicio, las sociedades demandantes mantienen que SCPA resultó perjudicada a causa de la disolución de Kali-Export, que es consecuencia directa de la separación obligada de K+S de Kali-Export. Asimismo, la obligación de K+S de poner fin a las relaciones de distribución con SCPA implican necesariamente un perjuicio para esta última. Además, el hecho de que la Comisión aceptase el compromiso contraído por K+S de reestructurar la sociedad Potacan equivale a imponer un reparto de producción que es muy perjudicial para EMC y para Potacan, pero que, en cambio, puede ser bastante ventajoso para K+S. En lo que se refiere al segundo requisito establecido por la sentencia *Cofaz y otros/Comisión*, según las empresas demandantes, consta que ambas participaron en el procedimiento que llevó a la adopción de la Decisión controvertida.
- 44 Por último, SCPA y EMC se consideran perjudicadas por dicha Decisión debido a ciertas cualidades específicas de ellas.

- 45 Según estas empresas, SCPA depende en gran parte de Kali-Export en lo que se refiere a sus ventas para la exportación a gran escala, lo que la distingue claramente de Coposa: entre el 50 % y el 60 % de las exportaciones de SCPA se realizan a través de Kali-Export, y las ventas para la exportación a gran escala representan en sí mismas alrededor del 15 % de todas sus ventas. La situación de SCPA se diferencia también de la de Coposa en que la empresa francesa resulta afectada por la condición relativa a la resolución de las relaciones de distribución que existen entre ella y K+S, así como por el compromiso relativo a la sociedad Potacan. En cualquier caso, de la sentencia Plaumann/Comisión, antes citada, no resulta en absoluto que la misma decisión no pueda afectar individualmente a dos o más personas. Por el contrario, añaden, el Tribunal de Justicia ha decidido en varias ocasiones que podía declararse la admisibilidad de todos los recursos interpuestos por varias personas (sentencias Cofaz y otros/Comisión, antes citada; de 13 de mayo de 1971, International Fruit Company y otros/Comisión, asuntos acumulados 41/70 a 44/70, Rec. p. 411, y de 14 de noviembre de 1984, Intermills/Comisión, 323/82, Rec. p. 3809).
- 46 Según las sociedades demandantes, EMC resulta individualmente afectada por la Decisión controvertida, la cual, por un lado, implica que K+S tendrá que proponer reestructuraciones de Potacan que serán perjudiciales tanto para ésta como para EMC, y, por otro lado, supone la disolución de Kali-Export, dejando así al grupo EMC sin red de venta en lo que respecta a la exportación a gran escala. Además, EMC es titular de todas las acciones de SCPA.
- 47 En cuanto a la cuestión de si la Decisión controvertida afecta directamente a las sociedades demandantes, éstas señalan que tanto la separación de SCPA de Kali-Export como la resolución de las relaciones de distribución existentes entre SCPA y K+S son consecuencia directa de dicha Decisión.
- 48 A título preliminar, debe recordarse que, según el apartado 4 del artículo 173 del Tratado, una persona física o jurídica sólo puede interponer recurso contra una Decisión dirigida a otra persona si esa Decisión le afecta directa e individualmente. Dado que la Decisión controvertida está dirigida a K+S, a MdK y al Treuhand, procede comprobar si afecta directa e individualmente a las sociedades demandantes.

- 49 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la cuestión de si la Decisión controvertida afecta directamente a las demandantes, es preciso señalar que las condiciones a cuyo cumplimiento está supeditada la declaración de compatibilidad de la concentración con el mercado común se refieren a compromisos contraídos por las partes de la concentración con la Comisión, cuya ejecución afecta, tanto jurídica como fácticamente, a la situación de SCPA. En efecto, por una parte, el cumplimiento de la condición relativa a la separación de K+S/MdK de Kali-Export pone en peligro, en el caso de autos, la supervivencia de este cártel de exportación y, por tanto, especialmente, la posición de SCPA que carece de red de ventas para comercializar sus productos en los mercados de exportación a gran escala. Por otra parte, el cumplimiento de la otra condición contemplada en el artículo 1 de la parte dispositiva de la Decisión controvertida implica la resolución de las relaciones de distribución entre SCPA y K+S.
- 50 En cuanto a EMC, de la Decisión controvertida se desprende que la Comisión consideró que formaba parte de una misma entidad con SCPA. Especialmente, en el considerando 64 de la Decisión controvertida se consideró que EMC era el destinatario material, con SCPA, de la condición relacionada con Kali-Export, y ello a pesar de que sólo SCPA participaba formalmente en el cártel en cuestión. En este caso, la confusión entre las dos sociedades se basa en el hecho de que EMC posee la totalidad del capital de SCPA. Así pues, la posición de EMC no puede, a fin de cuentas, diferenciarse de la de SCPA en lo que se refiere a la legitimación activa.
- 51 Por último, si bien es cierto que las condiciones a las que está sujeta la Decisión controvertida de la Comisión sólo pueden afectar a los intereses de las sociedades demandantes en la medida en que los compromisos a los que se refieren sean cumplidos por las partes de la concentración, no se puede dudar de que, dado que éstas se comprometen con la Comisión a tomar ciertas medidas a cambio de una declaración de compatibilidad de la concentración con el mercado común, la voluntad de las partes de la concentración de respetar sus compromisos es firme y consecuente, tanto más por cuanto la Comisión puede, según la letra b) del apartado 5 del artículo 8 del Reglamento, revocar su Decisión si las empresas interesadas incumplen una obligación a la que está sujeta (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de enero de 1985, Piraiki-Patraiki y otros/Comisión, 11/82, Rec. p. 207, apartados 7 a 9).

- 52 En consecuencia, debe considerarse que la Decisión controvertida afecta directamente a SCPA y EMC en la medida en que establece las condiciones mencionadas en el apartado 49 de la presente sentencia.
- 53 Por lo que respecta, en segundo lugar, a la cuestión de si la Decisión afecta también individualmente a las sociedades demandantes, procede recordar que, como precisó el Tribunal de Justicia en la sentencia Plaumann/Comisión, antes citada, los sujetos distintos de los destinatarios de una decisión sólo pueden alegar que ésta los afecta individualmente si los perjudica a causa de determinadas cualidades específicas suyas o de una situación de hecho que los caracterice con respecto a cualquier otra persona, individualizándolos de una manera análoga a la de los destinatarios.
- 54 Habida cuenta de que, a este respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia considera importante la función desempeñada por las personas físicas o jurídicas en el marco del procedimiento administrativo previo (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de marzo de 1985, Timex/Consejo y Comisión, 264/82, Rec. p. 849, y Cofaz y otros/Comisión, antes citada, apartado 24), debe señalarse que fueron oídas las observaciones de las sociedades demandantes en el procedimiento administrativo ante la Comisión, la cual las tuvo en cuenta a efectos de la Decisión controvertida. En particular, de los autos resulta que, a raíz de las preocupaciones expresadas por estas sociedades, la Comisión renunció a hacer del compromiso de las partes de la concentración relativo a Potacan una condición formal de compatibilidad de la concentración con el mercado común.
- 55 Además, del propio texto de la Decisión controvertida, especialmente de los considerandos 51 a 64, se desprende que la situación de EMC/SCPA, en lo que se refiere a la operación de concentración de que se trata, está netamente caracterizada con respecto a la de los demás proveedores de potasa considerados. En efecto, las condiciones a las que está sujeta la declaración de compatibilidad son el resultado de la apreciación hecha por la Comisión de la situación competitiva resultante de la operación de concentración, teniendo en cuenta principalmente la situación de EMC/SCPA como parte integrante de un duopolio con K+S/MdK.

- 56 Por último, resulta que estas condiciones, cuya finalidad es desatar los vínculos entre K+S y EMC/SCPA, se refieren principalmente a los intereses de esta última sociedad y pueden afectar de manera sustancial a su posición en el mercado.
- 57 En tales circunstancias, el mero hecho de que los intereses de Coposa resulten también afectados por una de las condiciones de que se trata, a saber, la relativa a la separación de K+S/MdK de Kali-Export, no puede impedir, en sí mismo, que la Decisión controvertida afecte individualmente a las sociedades demandantes por cuanto fija dichas condiciones.
- 58 Por tanto, procede reconocer que la Decisión controvertida afecta individualmente a las sociedades demandantes en la medida en que establece las condiciones mencionadas.
- 59 En consecuencia, la segunda parte de la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión debe ser desestimada.

Sobre la posibilidad de impugnar la Decisión controvertida por cuanto se refiere al compromiso relativo a la sociedad Potacan

- 60 La Comisión y las empresas coadyuvantes mantienen que la parte de la Decisión que se refiere al compromiso relativo a Potacan no puede equipararse a una decisión susceptible de recurso con arreglo al artículo 173 del Tratado, ya que no produce efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses de las sociedades demandantes. Añaden que dicho compromiso no fue objeto de una condición formal en el sentido del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento. La Comisión señala que se limitó a darse por enterada del compromiso de K+S.

- 61 Según las sociedades demandantes, el compromiso propuesto por K+S y aceptado por la Comisión, en la medida en que creó una obligación a cargo de K+S, debe equipararse a una condición en el sentido del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento. Para estas sociedades, puede considerarse que el referido compromiso es semejante al contraído por las empresas afectadas en el asunto denominado «pasta de madera II» (sentencia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307), en el que el Tribunal de Justicia equiparó las obligaciones creadas por aquel compromiso a cargo de las referidas empresas a órdenes de poner fin a una infracción, previstas por el artículo 3 del Reglamento n° 17.
- 62 Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, las medidas que produzcan efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando de manera caracterizada la situación jurídica de éste, constituyen actos o decisiones que pueden ser objeto de recurso de anulación en el sentido del artículo 173 del Tratado (sentencia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 9).
- 63 Pues bien, para determinar si un acto o una decisión produce tales efectos, hay que atender a su naturaleza.
- 64 De los considerandos 65 y 67 de la Decisión controvertida resulta que la Comisión, por un lado, se dió por enterada del compromiso de K+S de reestructurar Potacan antes del 30 de junio de 1994, de manera que cada uno de los socios pudiera comercializar en el mercado comunitario con independencia del otro socio la potasa producida por dicha sociedad, pero sin convertirlo en una obligación formal, y, por otro lado, partía del principio de que K+S haría todo lo posible por llegar a un acuerdo con EMC/SCPA sobre una reestructuración de Potacan que cumpliera los requisitos descritos.
- 65 En el considerando 66 de la Decisión controvertida se especifica que cualquier transformación de Potacan sólo puede llevarse a cabo de mutuo acuerdo con el socio francés.

- 66 Por tanto, resulta que, en definitiva, el compromiso de K+S tiene por objeto iniciar negociaciones con EMC/SCPA a efectos de una reestructuración de Potacan.
- 67 Así pues, aun suponiendo que la parte de la Decisión controvertida que se refiere al compromiso de K+S relativo a Potacan sea jurídicamente vinculante para K+S, no puede, de todos modos, producir efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses de la entidad EMC/SCPA, modificando de manera caracterizada la situación jurídica de ésta. Efectivamente, en el caso de autos la situación jurídica de EMC/SCPA sólo puede resultar afectada si pone en ello su propia voluntad. Eso equivale, en este caso, a considerar fundamentalmente que la parte de la Decisión controvertida relativa al compromiso sobre Potacan no afecta directamente a EMC/SCPA.
- 68 En tales circunstancias, procede señalar, no obstante, como ha hecho el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, la ambigüedad del comportamiento de la Comisión, que, como se desprende del considerando 67 de la Decisión controvertida, recordado en el apartado 16 de la presente sentencia, creó una mescolanza poco afortunada entre el procedimiento previsto por el Reglamento y el contemplado por el Reglamento n° 17.
- 69 A la luz de cuanto precede, la tercera de las partes de la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión debe ser acogida.

Sobre la inexistencia de interés para ejercitar la acción

- 70 Las empresas coadyuvantes alegan que, dado que ya se han cumplido los dos compromisos a los que estaban sujetas en virtud de las condiciones impuestas por la parte dispositiva de la Decisión controvertida, las sociedades demandantes ya no tienen interés en que el Tribunal de Justicia anule unas condiciones que, en consecuencia, han pasado a ser obsoletas. En cambio, la Comisión no invoca la inexistencia de interés para ejercitar la acción en el caso de las sociedades demandantes.

- 71 Según éstas, de la sentencia de 5 de marzo de 1980, Könecke/Comisión (76/79, Rec. p. 665), resulta que el hecho de que una decisión haya sido ejecutada no constituye un obstáculo a un recurso de anulación, dado que éste conserva todo su interés como base de un posible recurso por responsabilidad.
- 72 A este respecto, procede recordar que, según el párrafo cuarto del artículo 37 del Estatuto (CE) del Tribunal de Justicia, las conclusiones de la demanda de intervención no podrán tener otro fin que apoyar las conclusiones de una de las partes. Además, según el apartado 4 del artículo 93 del Reglamento de Procedimiento, el coadyuvante aceptará el litigio en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención. De ello se desprende que las partes coadyuvantes no están legitimadas para proponer una excepción de inadmisibilidad y que, por tanto, el Tribunal de Justicia no está obligado a examinar los motivos invocados por éstas (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de junio de 1993, Matra/Comisión, C-225/91, Rec. p. I-3203, apartados 11 y 12).
- 73 No obstante, como señaló el Tribunal de Justicia en el auto de 24 de septiembre de 1987, Vlachou/Tribunal de Cuentas (134/87, Rec. p. 3633), apartado 6, según el apartado 2 del artículo 92 del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia puede examinar de oficio en cualquier momento las causas de inadmisión por motivos de orden público.
- 74 Pues bien, con independencia de si la excepción propuesta por las empresas coadyuvantes debe ser considerada o no una causa de inadmisión por motivos de orden público, hay que señalar que, según la sentencia Könecke/Comisión, antes citada, apartado 9, aun cuando, por razón de las circunstancias, resultara imposible el cumplimiento de la obligación que incumbe a la Institución de la que emana el acto anulado de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia, el recurso de anulación seguiría, por lo menos, teniendo interés como base de un posible recurso por responsabilidad.
- 75 Habida cuenta de todo lo expuesto, no resulta, en cualquier caso, que las sociedades demandantes carezcan de interés para ejercitar la acción.

Sobre el fondo

Motivos formulados por las demandantes

- 76 La República Francesa y las sociedades demandantes solicitan respectivamente la anulación total y la anulación parcial de la Decisión controvertida. Las diferentes alegaciones que formulan coinciden en parte y pueden ordenarse alrededor de cuatro motivos principales de los que los dos últimos han sido desarrollados únicamente por el Gobierno francés. Dado que los dos últimos motivos son comunes, serán examinados conjuntamente. En primer lugar, la Comisión no cumplió su obligación de colaborar con las autoridades nacionales. En segundo lugar, evaluó de manera errónea los efectos de la concentración sobre el mercado alemán. En tercer lugar, hizo una apreciación errónea de la operación de concentración en el mercado comunitario excluida Alemania. En cuarto lugar, el Reglamento no permite supeditar la declaración de compatibilidad a condiciones y cargas que repercutan en terceros ajenos a la operación de concentración.

A. Sobre el incumplimiento de la obligación de colaborar con las autoridades nacionales

- 77 Mediante este motivo, el Gobierno francés imputa a la Comisión no haber cumplido las obligaciones, previstas por el artículo 19 del Reglamento, según las cuales debe, por un lado, mantener una relación estrecha y constante con las autoridades competentes de los Estados miembros, especialmente remitiéndoles, en el más breve plazo, los documentos más importantes que le hayan sido enviados o que haya emitido y, por otro lado, hacer lo posible para que el Comité consultivo pueda emitir su dictamen con pleno conocimiento de causa.
- 78 En cuanto a la primera obligación, el Gobierno francés indica que la Comisión no facilitó a su debido tiempo a las autoridades competentes nacionales datos

indispensables para la apreciación de la pertinencia de la delimitación de los mercados de referencia y del impacto de la operación de concentración en el ámbito de la competencia. En el caso de autos, se trata de datos numéricos en los que la Comisión se basó en su comunicación de objeciones y que se refieren al reparto de las ventas de cada operador por Estado miembro, expresado en volúmenes. A raíz de la reiterada petición por parte de las autoridades francesas (Service de la concurrence et de l'orientation des activités del ministère de l'Economie), la Comisión se limitó a comunicar por teléfono algunos de los datos solicitados. El Gobierno francés expone que, a pesar de que la autoridad francesa enviara luego a la Comisión un nuevo escrito para que se le comunicara la totalidad de los datos necesarios y se confirmaran por escrito los que se habían facilitado verbalmente, la Comisión no comunicó formalmente hasta el 3 de diciembre de 1993, fecha en la que se reunió el Comité consultivo, los datos solicitados desde el 18 de octubre del mismo año. Además, el documento que contenía esos datos indicaba erróneamente que SCPA comercializaba en el territorio belgoluxemburgués 221.000 toneladas de productos, en vez de 22.000 toneladas.

- 79 En cuanto a la segunda obligación, el Gobierno francés alega que la transmisión de los datos numéricos para la reunión del Comité consultivo fue demasiado tardía. Según él, esa información debió haberse transmitido, a más tardar, con el anteproyecto de Decisión adjunto a la convocatoria del Comité consultivo, la cual debía tener lugar al menos catorce días antes de la reunión. Al actuar así, la Comisión impidió al Comité consultivo emitir un dictamen esclarecido sobre el anteproyecto de Decisión.
- 80 En conclusión, el Gobierno francés mantiene que la Comisión, al adoptar la Decisión controvertida, incurrió en vicio sustancial de forma y que eso probablemente pudo llevar a un resultado diverso del que se habría obtenido si se hubiese respetado el contexto formal (sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión, C-142/87, Rec. p. I-959).
- 81 La Comisión niega que los datos relativos a los volúmenes de potasa comercializados en cada Estado miembro por las diferentes empresas que operan en la Comunidad estén comprendidos en la categoría de los documentos más importan-

tes del procedimiento pendiente ante ella, en el sentido del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento. En cualquier caso, añade, dichos datos fueron comunicados a las autoridades francesas por teléfono el 5 de noviembre de 1993, sin perjuicio de posterior verificación, habida cuenta de que el examen por parte de la Comisión aún no había finalizado.

- 82 La Comisión señala que el pliego de cargos, que fue enviado al Gobierno francés el 14 de octubre de 1993, y el anteproyecto de Decisión, comunicado el 16 de noviembre de 1993, recogen todos los datos importantes, incluidas las cuotas de mercado de los operadores establecidos en la Comunidad, por lo que las autoridades competentes de los Estados miembros estaban suficientemente informadas para poder emitir un dictamen fundamentado. De hecho, la información relativa a los volúmenes de potasa comercializados sólo sirvió para apoyar la información relativa a las cuotas de mercado.
- 83 En cuanto al error mecanográfico relativo al volumen de potasa vendido por SCPA en el territorio belgoluxemburgués, según la Comisión, no pudo influir en absoluto sobre el dictamen del Comité consultivo, dado su carácter evidente. A este respecto, la Comisión señala que el referido dato erróneo no repercutió ni en las cuotas de mercado que figuraban en la segunda columna de la parte del cuadro relativa al mercado belgoluxemburgués ni sobre el importe total de las ventas imputado a dicho mercado. Opina que, en tales circunstancias, no es probable que ese error mecanográfico haya podido inducir a error a los miembros del Comité consultivo, que son expertos en materia de concentraciones.
- 84 Debe recordarse que el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento impone a la Comisión la obligación de transmitir «en el plazo de tres días laborables [...] a las autoridades competentes de los Estados miembros copia de las notificaciones así como, en el más breve plazo, los documentos más importantes que le hayan sido enviados o que haya emitido en aplicación del presente Reglamento». El apartado 2 del mismo artículo especifica que «la Comisión tramitará los procedimientos previstos en el presente Reglamento en estrecha y constante relación con las autoridades competentes de los Estados miembros, que estarán facultadas para formular cualquier observación con respecto a dichos procedimientos». Por último, el artículo 19 prevé la participación de representantes de las autoridades nacionales en un

Comité consultivo *ad hoc* que se encarga de emitir un dictamen sobre la base de una relación del asunto con indicación de los documentos más importantes y de un anteproyecto de Decisión.

85 En el caso de autos no se discute que la Comisión transmitiera con tiempo suficiente a las autoridades francesas y al Comité consultivo tanto las objeciones dirigidas a las partes que habían notificado el proyecto de concentración como el anteproyecto de Decisión relativo a la operación prevista.

86 Pues bien, este último contiene, entre otras cosas, las informaciones siguientes:

En cuanto al mercado alemán

— los fabricantes de potasa alemanes tienen un cuasimonopolio en el mercado alemán que, por diversas razones, constituye un mercado muy poco permeable a las importaciones;

En cuanto al mercado comunitario con excepción de Alemania

— Coposa posee alrededor del 85 % del mercado español. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con Alemania, España importa cantidades significativas y crecientes de potasa procedentes del productor británico Cleveland Potash Ltd (en lo sucesivo, «CPL») y, en menor medida, de productores de países terceros, como DSW (productor israelí);

- SCPA no controla la distribución en Francia en la misma medida que K+S en Alemania. En efecto, CPL ha conseguido establecer allí su propia red de distribución. Por otra parte, en contra de la situación que prevalece en Alemania, la gama de abonos potásicos que las minas francesas son capaces de producir puede obtenerse también a partir de fuentes exteriores a Francia;

- K+S/MdK y SCPA poseen conjuntamente una cuota de mercado de alrededor del 50% (entre el 15 % y el 20 % para K+S, menos del 10 % para MdK y alrededor del 25 % para SCPA). No obstante, teniendo en cuenta que SCPA comercializa también grandes cantidades de potasa de otros productores, especialmente productos importados de países terceros, la totalidad de las ventas controladas por K+S/MdK y SCPA representa unas cuotas de mercado acumuladas de alrededor del 60 %;

- las importaciones de la Comunidad de Estados Independientes (en lo sucesivo, «CEI») ascienden al 8 % (alrededor del 5 % si se excluyen las importaciones de la CEI que se canalizan a través de SCPA);

- CPL posee el 15 % del mercado;

- Coposa posee menos del 10 % del mercado;

- DSW tiene una cuota de mercado de un poco más del 5 %;

- PCA (productor canadiense) tiene una cuota de mercado de menos del 5 %;

- Canpotex (productor canadiense) tiene una cuota de mercado de menos del 1 %;

- APC (productor jordano) tiene una cuota de mercado de menos del 1 %;

— todos los Estados miembros, excepto Alemania, tengan o no una producción propia de potasa, importan cantidades considerables de productos a partir de otros Estados miembros y, a veces, de países terceros.

87 En tales circunstancias, el documento que detalla el reparto de las ventas de cada operador por Estado miembro no puede considerarse como uno de los documentos más importantes que la Comisión estaba obligada, en virtud del artículo 19 del Reglamento, por un lado, a remitir en el más breve plazo a las autoridades competentes de los Estados miembros y, por otro lado, a indicar en la relación del asunto que acompaña a la convocatoria del Comité consultivo. En efecto, los datos contenidos en dicho documento no pueden cuestionar el estado del mercado tal como resulta de las informaciones contenidas en el anteproyecto de Decisión y mencionadas en el apartado 86 de la presente sentencia. Esta conclusión vale también para el dato que figura en el referido documento y que se refiere al volumen de potasa comercializado por SCPA en los territorios belga y luxemburgués, cuyo carácter erróneo ha sido puesto de manifiesto, como señaló acertadamente la Comisión, por los otros datos numéricos pertinentes del documento.

88 Por tanto, no resulta que en los presentes asuntos se hayan incumplido las obligaciones impuestas a la Comisión por el artículo 19 del Reglamento.

89 Así pues, este primer motivo debe desestimarse por infundado.

B. Sobre la apreciación errónea de los efectos de la concentración en el mercado alemán

90 El Gobierno francés reprocha a la Comisión haber aplicado incorrectamente el Reglamento al autorizar, con arreglo a la teoría de la excepción de empresa en dificultades (*failing company defence*) y sin imponer ninguna condición, una operación de concentración que lleva a la creación de un monopolio en el mercado alemán de la potasa.

91 En cuanto a la utilización errónea de esta teoría, el Gobierno francés recuerda que se trata de una teoría nacida de la normativa «antitrust» americana, en virtud de la cual no puede considerarse que una concentración sea la causa de la creación o del refuerzo de una posición dominante cuando se reúnen las condiciones siguientes:

- a) una de las empresas parte de la concentración se encuentra en tal situación que no podría cumplir sus compromisos en un futuro próximo;
- b) sería incapaz de reestructurarse con posibilidades de éxito, en el sentido del capítulo 11 de la Bankruptcy Act;
- c) no existen otras soluciones menos perjudiciales para las condiciones de competencia que la de la concentración;
- d) la empresa en dificultades desaparecería del mercado si no se llevase a cabo la concentración.

92 Pues bien, la Comisión se remitió a la teoría de la «failing company defence» sin tener en cuenta la totalidad de los criterios considerados en la normativa «antitrust» americana, especialmente los mencionados en los puntos a) y b), cuando únicamente la aplicación de todos los criterios americanos garantizaría la puesta en práctica de un mecanismo de excepción que no agravase una situación competitiva ya deteriorada.

93 El Gobierno francés mantiene que la Comisión, que estimó que, en cualquier caso, la cuota de mercado de MdK en Alemania acrecería a K+S, introdujo arbitrariamente el criterio de la absorción de las cuotas de mercado.

- 94 Alega que la absorción por K+S de la cuota de mercado de MdK, en caso de desaparición de esta última, prueba que el mercado alemán es impermeable a la competencia, pero no permite descartar el carácter perjudicial de la operación en términos de competencia.
- 95 Por otra parte, añade, la Comisión no ha demostrado que los criterios en que se basó, relativos a la desaparición de la empresa y a la inexistencia de alternativa de compra menos perjudicial para la competencia, se satisfacen efectivamente en el caso de autos.
- 96 Por lo que se refiere a la supuesta desaparición de MdK de no llevarse a cabo la operación de concentración, el Gobierno francés indica que la Comisión no tuvo en cuenta, en absoluto, la posibilidad de que MdK, como consecuencia de un proceso de reestructuración independiente realizado con la ayuda financiera del Treuhand ateniéndose a los artículos 92 y 93 del Tratado CE, recuperase su viabilidad.
- 97 Por último, estima que la Comisión no ha demostrado que no hubiera otra posibilidad de adquisición menos restrictiva de la competencia. A este respecto, el Gobierno francés señala que los sindicatos de MdK habían mencionado la falta de transparencia en el procedimiento de licitación.
- 98 En cuanto a la inexistencia de condiciones para autorizar la operación de concentración en el mercado alemán, dicho Gobierno mantiene que, de cualquier forma, la Decisión controvertida, en la medida en que autoriza sin ninguna condición la operación en el mercado alemán en el que la empresa en participación poseerá una cuota de mercado del 98 %, está viciada de error manifiesto de apreciación y es contraria al apartado 3 del artículo 2 del Reglamento. En efecto, según el Gobierno, es evidente que la referida operación reforzaría la posición dominante de K+S en Alemania, con el resultado de que la competencia sería obstaculizada de manera significativa en una parte sustancial del mercado común.

- 99 A este respecto, dicho Gobierno señala que el objetivo de la cohesión económica y social a que se refieren el artículo 2 y la letra j) del artículo 3 del Tratado CE, mencionado también en el decimotercer considerando del Reglamento, al que la Comisión hace referencia en su Decisión, si bien debe tenerse en cuenta a la hora de apreciar las operaciones de concentración, no puede, en cualquier caso, justificar una autorización que desvirtúe el objetivo esencial del control comunitario de las concentraciones, que consiste en la protección de la competencia. En definitiva, la Comisión sólo debería autorizar la operación invocando el objetivo de la cohesión económica y social si las empresas que notificaron la operación hubieran contraído compromisos precisos y suficientes destinados a abrir el mercado relevante a la competencia, como hizo la sociedad Nestlé en la Decisión 92/553/CEE de la Comisión, de 22 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento n° 4064/89 (Asunto n° IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (DO L 356, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión Nestlé/Perrier»).
- 100 La Comisión reconoce que, en la Decisión controvertida, no hizo suya, en su totalidad, la teoría americana de la «failing company defence». Sin embargo, no ve cómo podría eso afectar a la legalidad de dicha Decisión.
- 101 Además, estima haber demostrado suficientemente que en los presentes asuntos se satisfacen efectivamente los criterios en que se basó para la aplicación de la teoría de la «failing company defence».
- 102 Por lo que respecta al riesgo de desaparición rápida de MdK de no ser por su adquisición por otro operador, la Comisión recuerda que, en los considerandos 76 y 77 de la Decisión controvertida, señaló que no cabe esperar que el Treuhand siga cubriendo indefinidamente, con financiación estatal, las pérdidas de una empresa que ya no es económicamente viable, y que, aun cuando esa situación no se produzca inmediatamente por una serie de razones sociales, regionales o de carácter político, es altamente probable que MdK se vea obligada a cerrar en un futuro próximo.

- 103 Además, añade la Comisión, no se discute que lo más probable es que K+S se haga con la cuota de mercado de MdK en Alemania.
- 104 En cuanto a la condición de que no exista una alternativa de adquisición de MdK menos restrictiva de la competencia, la Comisión se remite a los considerandos 81 a 90 de la Decisión controvertida. Estima, además, que el Gobierno francés no ha demostrado cómo podrían las críticas de los sindicatos de MdK cuestionar su apreciación. Por otra parte, la Comisión no se limitó a constatar que la licitación no había permitido encontrar otro comprador, sino que ella misma efectuó una investigación complementaria.
- 105 En lo que se refiere a la inexistencia de condiciones para autorizar la operación de concentración en el mercado alemán, la Comisión señala que el Gobierno francés no especifica qué compromisos habrían podido contraer K+S y MdK para abrir el mercado alemán a la competencia. El argumento que el Gobierno francés cree poder basar en la Decisión Nestlé/Perrier, antes citada, no viene al caso. Según la Comisión, en dicha Decisión la operación de concentración pudo autorizarse habida cuenta de determinados compromisos relativos a la estructura de la competencia en el mercado del producto relevante. Pues bien, en el caso de autos, para abrir el mercado alemán a la competencia, habría que cambiar no la estructura de ésta, sino el comportamiento de los compradores. Según la Comisión, aun cuando el medio para abrir el mercado alemán hubiese podido ser de tipo estructural, debe señalarse que no se presentó ninguna solución de adquisición de MdK menos restrictiva de la competencia.
- 106 El Gobierno alemán mantiene que, de conformidad con el apartado 3 del artículo 2 del Reglamento, una concentración sólo puede prohibirse si da lugar a un deterioro de las condiciones de competencia. Pues bien, no hay relación de causalidad entre la concentración y sus efectos sobre la competencia, ya que, incluso sin la concentración, habría que esperar el mismo deterioro de las condiciones de competencia. Esto se produciría cuando se cumpliesen las tres condiciones consideradas por la Comisión.

- 107 El Gobierno alemán estima, en contra de lo que opina el Gobierno francés, que la Comisión ha demostrado suficientemente que se cumplían las condiciones establecidas por ella. En primer lugar, MdK no sería viable sola, es decir, que no sería posible sanear la empresa manteniendo su autonomía en el mercado. La Comisión motivó de manera sustancial en el considerando 76 de la Decisión controvertida, que, manteniéndose la participación al 100 % del Treuhand, MdK no habría podido ser saneada a largo plazo. En segundo lugar, no cabe duda de que la cuota de mercado de MdK sería absorbida automáticamente por K+S, ya que ésta se quedaría sola en el mercado considerado tras la desaparición de MdK, y de que se trata, en este contexto, de una condición esencial. En tercer lugar, el Gobierno alemán mantiene que la Comisión motivó de manera exhaustiva el hecho de que no existía otra posibilidad de adquisición de MdK.
- 108 En cuanto a la aprobación de la concentración en el mercado alemán sin condiciones ni cargas, el Gobierno alemán señala que, no existiendo relación de causalidad entre la concentración y el refuerzo de una posición dominante, no se cumplía una de las condiciones para adoptar una decisión de prohibición, en el sentido del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento. Por tanto, la concentración debía autorizarse sin cargas ni condiciones.
- 109 Previamente debe recordarse que, a tenor del apartado 2 del artículo 2 del Reglamento, «se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».
- 110 Así pues, 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.

111 Del considerando 71 de la Decisión controvertida se desprende que, según la Comisión, puede considerarse que una operación de concentración, que en condiciones normales crearía o reforzaría una posición dominante de la empresa adquirente no constituye la causa de dicha posición cuando, aunque se prohibiera la operación de concentración, dicha empresa adquiriría o reforzaría necesariamente su posición dominante en el mercado. En el mismo considerando se señala que, en general, una operación de concentración no es la causa del deterioro de las condiciones de competencia cuando consta que:

- de no ser por su adquisición, la empresa adquirida se vería obligada a abandonar el mercado a corto plazo,
- la cuota de mercado de la empresa adquirida acrecería a la empresa adquirente en caso de que la primera abandonara el mercado,
- no existe otra alternativa de adquisición menos restrictiva de la competencia.

112 En primer lugar, debe señalarse que el hecho de que las condiciones fijadas por la Comisión para considerar que no existe una relación de causalidad entre la concentración y el deterioro de las condiciones de competencia no coincidan totalmente con las condiciones establecidas en el marco de la teoría americana de la «failing company defence» no es en sí un motivo de invalidez de la Decisión controvertida. En efecto, sólo la circunstancia de que las condiciones fijadas por la Comisión no pudieran excluir la posibilidad de que una concentración sea la causa del deterioro de las condiciones de competencia del mercado podría constituir un motivo de invalidez de la Decisión controvertida.

113 En el caso de autos, el Gobierno francés niega que sea oportuno el criterio de que debe comprobarse si la empresa adquirente obtendría en cualquier caso la cuota de mercado de la empresa adquirida si ésta desapareciera del mercado.

- 114 Pues bien, procede señalar que, a falta de dicho criterio, cabría considerar que, siempre que se cumplan los demás criterios, una concentración no es la causa del deterioro de las condiciones de competencia del mercado incluso si resultase que, de no existir dicha concentración, la empresa adquirente no obtendría la totalidad de la cuota de mercado de la empresa adquirida. Así pues, podría descartarse la existencia de una relación de causalidad entre la concentración y el deterioro de las condiciones de competencia del mercado aun cuando, sin la concentración, el deterioro de las condiciones de competencia del mercado fuera de escasa entidad.
- 115 De hecho, la introducción de este criterio pretende garantizar que la existencia de una relación de causalidad entre la concentración y el deterioro de las condiciones de competencia del mercado sólo pueda excluirse en el caso de que el deterioro de las condiciones de competencia que seguiría a la operación de concentración, se produciría también aunque no existiera dicha operación.
- 116 Por tanto, el criterio de la absorción de las cuotas de mercado, aunque la propia Comisión no lo considere suficiente por sí sólo para excluir el carácter restrictivo de la operación de concentración para el juego de la competencia, contribuye a asegurar la neutralidad de dicha operación en lo que respecta al deterioro de las condiciones de competencia del mercado, lo que es conforme al concepto de causalidad que figura en el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento.
- 117 En cuanto a la alegación relativa a que la Comisión no ha demostrado que sin la operación de concentración MdK habría desaparecido inevitablemente del mercado, debe recordarse que la Comisión señaló, en el considerando 73 de la Decisión controvertida, que, aunque la reestructuración de MdK concluyó el 1 de enero de 1993, esta empresa había seguido teniendo pérdidas considerables durante el primer trimestre. Según la Comisión, la grave situación económica de MdK se debía fundamentalmente a su estructura de explotación obsoleta y a la crisis de ventas debida principalmente al colapso de los mercados en Europa oriental. Por otra parte, MdK carecía también de un sistema de distribución eficaz (véanse los considerandos 74 y 75 de la Decisión controvertida).

- 118 En el considerando 76 de dicha Decisión, la Comisión señaló que MdK había podido seguir funcionando hasta la fecha gracias únicamente a la intervención del Treuhand, que había cubierto sus pérdidas constantemente. No obstante, la Comisión añadió que dicho organismo no podía seguir cubriendo indefinidamente las pérdidas de MdK mediante financiación estatal, ya que se trataba de una solución incompatible en cualquier caso con las disposiciones del Tratado sobre las ayudas de Estado.
- 119 Habida cuenta de lo que precede, no puede reprocharse a la Comisión haber concluido que MdK ya no era económicamente viable y haber considerado que era probable que, si operaba en solitario, seguiría cosechando pérdidas aun cuando el Treuhand le ofreciera la misma financiación de rescate prevista en el proyecto de concentración.
- 120 En tales circunstancias, puede considerarse que la previsión de la Comisión de que, de no ser adquirida por una empresa privada, el cierre de MdK en un futuro próximo era muy probable se basa en elementos de prueba consistentes.
- 121 Por último, en lo que respecta a la condición relativa a la inexistencia de una alternativa de adquisición de MdK menos restrictiva de la competencia, procede recordar que la imputación del Gobierno francés se basa en que la Comisión, debido a la falta de transparencia en el procedimiento de licitación, no ha demostrado que esa condición se cumpliera efectivamente.
- 122 A este respecto, basta con señalar que el Gobierno francés se limitó a recordar que los sindicatos de MdK habían mencionado la falta de transparencia en el procedimiento de licitación, sin proporcionar, en absoluto, elementos que pudieran precisar en qué consistía esa supuesta falta de transparencia.

- 123 Pues bien, al no haber ninguna precisión sobre dicha imputación, ésta no puede acogerse.
- 124 De cuanto precede resulta que la inexistencia de relación de causalidad entre la operación de concentración y el deterioro de las condiciones de competencia en el mercado alemán no ha sido válidamente cuestionada. Por tanto, procede señalar que, en lo que respecta a ese mercado, la referida operación parece satisfacer el criterio mencionado en el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento, por lo que podría ser declarada compatible con el mercado común, sin que se le aporten modificaciones. Por consiguiente, en contra de lo que pretende el Gobierno francés, no se puede exigir, sin contradecir esta premisa, que, en lo que respecta al mercado alemán, la Comisión vincule a condición alguna su declaración de compatibilidad de la operación de concentración.
- 125 En consecuencia, este segundo motivo debe desestimarse por infundado.

C. Sobre la apreciación errónea de la operación de concentración en el mercado comunitario con excepción de Alemania

- 126 Mediante este motivo, el Gobierno francés, así como SCPA y EMC, imputan a la Comisión, en primer lugar, haber delimitado de manera errónea el mercado geográfico con excepción de Alemania, en segundo lugar, haber interpretado el Reglamento en el sentido de que se aplica a las posiciones dominantes colectivas y, en tercer lugar, haber aplicado mal el concepto de posición dominante colectiva.

1. Sobre la delimitación del mercado geográfico relevante

- 127 Según las demandantes, la determinación de la Comunidad con exclusión de Alemania como mercado geográfico relevante diferenciado para la potasa no está suficientemente motivada y se apoya en un análisis erróneo y, en cualquier caso, parcial de los elementos que deben tenerse en cuenta. Por otra parte, añaden, la Comisión mezcló dos situaciones de competencia totalmente heterogéneas.

- 128 La Comisión colocó al mismo nivel a Estados sin ninguna producción nacional, a Estados productores en los que la producción es estructuralmente superior o equivalente al consumo, como España y el Reino Unido, y a Estados productores en los que la producción es estructuralmente inferior al consumo, como Francia.
- 129 El Gobierno francés señala que casi la totalidad de los intercambios intracomunitarios resulta de corrientes en sentido único y no de intercambios recíprocos, que caracterizan un verdadero mercado homogéneo. A este respecto, recuerda que los Estados miembros no productores importan exclusivamente, que España sólo importa del Reino Unido y no exporta nada allí, que Francia importa de Alemania, de España y del Reino Unido, pero no exporta prácticamente nada a esos países y, por último, que el Reino Unido importa mucho de Alemania, pero sólo exporta allí cantidades insignificantes.
- 130 Además, añade el Gobierno francés, las estrategias de compra de los Estados miembros son diferentes. Francia tiene abastecimientos relativamente equilibrados entre los otros tres Estados productores e importa también de países terceros. En cambio, las importaciones en el Reino Unido proceden fundamentalmente de Alemania. Entre los Estados que no tienen ninguna producción, Irlanda y Portugal importan exclusivamente potasa de origen comunitario, mientras que Dinamarca, Bélgica y Luxemburgo importan alrededor de una cuarta parte de su consumo de países terceros e Italia y los Países Bajos, más de la mitad.
- 131 Otra prueba de la falta de homogeneidad del mercado considerado resulta, según el Gobierno francés, del examen de las cuotas de mercado de los proveedores, que varían considerablemente de un Estado a otro. De hecho, sólo K+S opera en todos los Estados miembros, con excepción de España.

- 132 Por otra parte, el grado de concentración de la oferta es elevado en España, en Francia y en el territorio belgoluxemburgués. Pues bien, este factor aboga, en principio, por una solución consistente en aislar los mercados en los que exista tal concentración.
- 133 Según el Gobierno francés, incluso el análisis de las características de la demanda confirma la inexistencia en los presentes asuntos de un mercado geográfico constituido por todos los Estados miembros con exclusión de Alemania. En efecto, la apreciación de la Comisión sobre el carácter intercambiable de los productos es errónea, dado que la elección de los productos basados en la potasa depende de la naturaleza geológica del suelo, de la superficie agrícola, de las costumbres de los consumidores y de las políticas agrícolas, así como de la presencia de industrias de potasa en el territorio. Así pues, se vende cerca del doble de potasa en el Reino Unido que en Italia, y tres veces más en el territorio belgoluxemburgués que en los Países Bajos, Estados de dimensiones comparables. En Portugal, la venta de potasa es doce veces menor que en Dinamarca.
- 134 Las demandantes cuestionan la fiabilidad del examen de los costes de transporte y de los precios de la potasa dentro del mercado de referencia, efectuado por la Comisión. Por lo que respecta a los primeros, la Comisión se limitó básicamente a afirmar que los costes de transporte no parecen constituir un obstáculo a las corrientes comerciales. En particular, la circunstancia de que no exista ninguna corriente comercial del Reino Unido a Italia ni de España a los Países Bajos o Dinamarca permite dudar de que los costes de transporte no influyan en los abastecimientos. En lo que se refiere a los precios, la Comisión no efectuó un examen comparativo de los precios practicados por los diferentes operadores en cada Estado miembro. El Gobierno francés mantiene que las apreciaciones de la Comisión en cuanto a los costes de transporte y a los precios se basaron únicamente en algunos datos facilitados por K+S, así como en estadísticas que databan de cinco años atrás.
- 135 Dicho Gobierno estima que la Comisión habría debido aislar los mercados español y francés que, debido a sus características especiales, presentan condiciones de competencia que no son comparables a las que se encuentran en los otros Estados miembros. En particular, el mercado español tiene características análogas a las del

mercado alemán, mientras que el mercado francés se distingue claramente de todos los demás mercados nacionales por una producción inferior al consumo y por la presencia de un gran operador muy dominante.

- 136 La Comisión replica que el hecho de incluir en un mismo mercado Estados miembros que no tienen ninguna producción nacional o tienen una producción nacional ya sea superior o inferior al consumo no implica una delimitación errónea del mercado geográfico relevante. Por otra parte, la existencia de corrientes comerciales en sentido único en el mercado geográfico así delimitado no excluye, según la doctrina económica, que éste sea homogéneo en cuanto a las condiciones de competencia.
- 137 Según la Comisión, la presencia más o menos significativa de productores de determinada zona geográfica en el mercado de otra zona geográfica se explica por las estrategias de venta de los proveedores que, por varias razones, prefieren concentrar sus esfuerzos en una u otra zona geográfica. Las supuestas estrategias de compra de los Estados miembros no son, como tales, reveladoras de la inexistencia de condiciones de competencia suficientemente homogéneas.
- 138 En cuanto a la alegación basada en las considerables diferencias que existen de un Estado a otro entre las cuotas de mercado de los proveedores, la Comisión objeta que esas diferencias no pueden, como tales, ser consideradas como una prueba de que los proveedores no pueden penetrar los mercados y, por tanto, de que hay mercados geográficos distintos. Así pues, este criterio no constituye, en absoluto, un factor decisivo para la determinación del mercado geográfico relevante.
- 139 El grado relativamente elevado de concentración de la oferta que tienen algunos Estados miembros tampoco es un criterio determinante para delimitar un mercado diferenciado, especialmente cuando existen corrientes comerciales importantes entre esos Estados miembros.

- 140 En lo que respecta a las características de la demanda de productos potásicos, la Comisión recuerda que ya ha observado, por una parte, un alto grado de intercambiabilidad, teniendo en cuenta que, en ningún Estado, con excepción de Alemania, los usuarios tienen una clara preferencia por los productos locales y, por otra parte, la capacidad de todos los productores comunitarios del sector afectado de producir los distintos tipos de potasa. Además, señala que, a pesar de las diferencias bastante grandes entre las cantidades de potasa consumidas en los distintos Estados miembros, la potasa se vende en cantidad considerable en toda la Comunidad con exclusión de Alemania. En definitiva, no existe en el caso de autos ningún elemento que demuestre que la estructura de la demanda es reveladora de mercados nacionales diferenciados.
- 141 La Comisión niega que su análisis de los costes de transporte sea superficial o erróneo, alegando que la inexistencia de corrientes de intercambios entre países productores y países importadores no obedece necesariamente a los costes de transporte. Por otra parte, la existencia de intercambios entre determinados Estados no limítrofes demuestra que los costes de transporte no son prohibitivos en absoluto. En lo que se refiere a los precios de la potasa en los Estados miembros excluida Alemania, la Comisión señala que presentan diferencias insignificantes. En efecto, la diferencia máxima de precios entre los Estados miembros con excepción de Alemania es del 10 %, mientras que para Alemania nunca es inferior al 15 %.
- 142 Por último, la Comisión mantiene que ni el mercado español ni el mercado francés pueden considerarse como mercados relevantes diferenciados. En cuanto al mercado español, señala que, con su 16 % de importaciones, es más abierto que el mercado alemán, donde las importaciones representan sólo el 2 % del mercado. Además, la cuota de las importaciones en el mercado español se va incrementando en detrimento de la cuota de mercado de Coposa. Por otra parte, los productos de potasa españoles pueden sustituir muy bien a los de los demás Estados miembros excluida Alemania. Por último, no hay diferencias apreciables entre los precios de la potasa en España y en el resto de la Comunidad con excepción de Alemania. En cuanto al mercado francés, la Comisión señala que aún se abastece más mediante importaciones que el mercado español. Además, las consideraciones formuladas acerca de los precios y de la intercambiabilidad de los productos potásicos españoles valen, *mutatis mutandis*, para los productos franceses. La Comisión señala

también que los métodos de distribución utilizados en estos dos Estados son idénticos a los empleados en el resto de la Comunidad con exclusión de Alemania.

- ¹⁴³ Con carácter preliminar, debe señalarse que la delimitación adecuada del mercado relevante es un requisito necesario y previo a toda valoración hecha sobre el impacto que una operación de concentración tiene en el ámbito de la competencia. En lo que se refiere a la aplicación del Reglamento tal como está prevista en los presentes asuntos, el mercado geográfico relevante es una zona geográfica definida en la que se comercializa el producto de que se trata y en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas para todos los operadores económicos, de manera que se puedan apreciar razonablemente los efectos que tiene sobre la competencia la concentración de empresas notificada (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, 27/76, Rec. p. 207, apartados 11 y 44).
- ¹⁴⁴ Consta que todos los Estados miembros, con excepción de Alemania, importan cantidades apreciables de potasa procedentes de otros Estados miembros y, a veces, de países terceros. Así, España, cuyo productor nacional, Coposa, es, de todos los productores comunitarios, el más sólidamente implantado en su mercado nacional, importa potasa en una medida superior al 15 % del mercado español. Francia, por su parte, importa el producto en una proporción superior al 20 % de su mercado, mientras que el Reino Unido lo importa en una proporción superior al 50 % del suyo. Los demás Estados de la Comunidad excluida Alemania, no tienen producción propia y, por tanto, dependen necesariamente de las importaciones.
- ¹⁴⁵ Como resulta de los considerandos 53 y 56 de la Decisión controvertida, los productores de países terceros poseen, en la Comunidad con excepción de Alemania, una cuota del mercado libre de la potasa de alrededor del 15 %. Este dato lo confirman, por otra parte, las cifras contenidas en el documento que detalla el reparto de las ventas de cada operador por Estado miembro, presentado en el procedimiento administrativo y mencionado en los apartados 78 y siguientes de la presente sentencia.

- 146 Pues bien, una zona geográfica como la contemplada en los presentes asuntos, en la medida en que resulta notablemente permeable a la circulación de la potasa de origen tanto comunitario como extracomunitario, forma, en principio, una zona abierta a la competencia.
- 147 Por otra parte, es sabido que los usuarios en los diferentes Estados miembros con excepción de Alemania se abastecen de productos basados en la potasa que son ampliamente sustituibles, y no tienen ninguna preferencia marcada por especialidades que sólo pueden obtenerse de los productores locales.
- 148 Además, de los datos facilitados por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura se desprende que, durante el período 1987-1989, los precios de la potasa en cada Estado miembro excluida Alemania no eran muy diferentes, mientras que los precios alemanes eran superiores en más del 20 % a los practicados en los otros Estados miembros. Además, según las informaciones proporcionadas por las partes, los precios practicados por K+S en 1992 para el «Korn-Kali» (producto potásico que contiene magnesio) y el granulado de potasa 40/8 eran, por ejemplo en Bélgica y en los Países Bajos, rigurosamente idénticos, pero, comparados con los precios alemanes para los mismos productos, eran respectivamente inferiores en un 15 % y en un 20 % (véase el considerando 43 de la Decisión controvertida). Estas informaciones, si bien son bastante aproximativas, como señaló el Gobierno francés, constituyen, a falta de toda prueba en contrario, un indicio de que los precios de la potasa practicados en la Comunidad excluida Alemania son bastante homogéneos y difieren significativamente de los practicados en Alemania.
- 149 Además, como señaló la Comisión, los costes de transporte no parecen constituir un impedimento a las corrientes comerciales dentro de la Comunidad excluida Alemania. En este sentido abunda el hecho de que existen corrientes comerciales entre Estados no limítrofes, como el Reino Unido y España, España e Irlanda, España e Italia, España y la zona belgoluxemburguesa, Alemania e Irlanda, Alemania y Portugal, Alemania e Italia, así como Francia y los Países Bajos.

150 Por último, los demandantes no han discutido la afirmación de la Comisión de que, en lo que se refiere a la distribución, no parece que haya obstáculos a la entrada de los productos en la Comunidad, excluida Alemania, parecidos a los que existen en Alemania.

151 En tales circunstancias y a falta de elementos decisivos contrarios, la apreciación económica hecha por la Comisión, según la cual la Comunidad con excepción de Alemania constituye un conjunto suficientemente homogéneo para ser considerado globalmente como un mercado geográfico distinto, parece suficientemente fundamentada, especialmente por oposición al mercado alemán en el que las importaciones son insignificantes, dado que, efectivamente, K+S y MdK, poseen el 98 % del mercado nacional de la potasa.

2. Sobre la aplicabilidad del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas

152 El Gobierno francés y las sociedades demandantes alegan que el Reglamento no autoriza a la Comisión a aplicarlo en las situaciones de posición dominante colectiva. A este respecto, señalan que el texto del Reglamento, y en particular su artículo 2, a diferencia del artículo 86 del Tratado CE, no contempla expresamente el supuesto de la posición dominante colectiva. En efecto, mientras que el artículo 86 del Tratado prohíbe «[...] la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante [...]», el artículo 2 del Reglamento considera respectivamente compatibles e incompatibles con el mercado común, por una parte, las operaciones de concentración que no creen o no refuercen una posición dominante que suponga un obstáculo para la competencia y, por otra parte, las que creen o refuercen tal posición.

153 Además, las bases jurídicas del Reglamento no justifican la interpretación de la Comisión. En efecto, el Reglamento no es un texto de aplicación del artículo 86 del Tratado. Según el Gobierno francés, este Reglamento se basa principalmente en el artículo 235 del Tratado CE, y, si se basa también en el artículo 87 de dicho

Tratado, que faculta al Consejo para adoptar los Reglamentos o Directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86, es precisamente porque, como el Tribunal de Justicia había estimado que se podía utilizar el artículo 86 para controlar determinadas concentraciones (sentencia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión*, 6/72, Rec. p. 215), el Consejo redujo su ámbito de aplicación, al disponer en el apartado 1 de su artículo 22 que «el presente Reglamento será el único aplicable a las operaciones de concentración definidas en el artículo 3».

- 154 Además, en los trabajos que precedieron a la adopción del Reglamento no hay nada que permita mantener que el legislador quisiera también referirse a las posiciones dominantes colectivas. Pues bien, admitir que el Reglamento cubre este tipo de situación equivaldría a reconocer un ámbito de prohibiciones o de autorizaciones condicionales extremadamente amplio y, sobre todo, muy incierto. Por tanto, el Gobierno francés estima que, si el legislador comunitario, entre cuyas preocupaciones fundamentales figuraba la de garantizar la seguridad jurídica de las empresas, hubiese querido introducir ese concepto en el marco del Reglamento, lo habría hecho expresamente, como ocurre con el artículo 86 del Tratado.
- 155 EMC y SCPA mantienen que la interpretación del Reglamento propuesta por la Comisión produce el efecto de falsear el sistema de éste. En apoyo de su tesis alegan que dicha interpretación puede llevar a aplicar el Reglamento incluso cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supere el 25 % ni en el mercado común ni en una parte sustancial de éste, en contra de lo que prevé el decimoquinto considerando de dicho Reglamento. Según este considerando, puede presumirse que las operaciones de concentración no suponen un obstáculo para una competencia efectiva y pueden, por tanto, considerarse compatibles con el mercado común cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supere el 25 % ni en el mercado común ni en una parte sustancial de éste.
- 156 Por último, la falta de garantías de procedimiento adecuadas para los terceros confirma, según las demandantes, que el Reglamento no está concebido para servir de marco a la utilización del concepto de posición dominante colectiva. Así pues, las empresas que son ajenas a la operación de concentración examinada en el marco del Reglamento, pero que, con las empresas que participan en dicha operación,

constituyen, en opinión de la Comisión, un oligopolio, no son destinatarias en un principio de ninguna información específica que pueda indicarles qué consecuencias podría implicar contra ellas el procedimiento en curso. El Gobierno francés indica que, si bien es cierto que, con arreglo a la primera frase del apartado 4 del artículo 18 del Reglamento, la Comisión o las autoridades competentes de los Estados miembros tienen la posibilidad de oír a personas físicas o jurídicas que no son parte de la operación de concentración y, por tanto, en su caso, a los representantes de las sociedades ajenas a dicha operación, esa medida no es obligatoria y, cuando tiene lugar, tiene carácter informal y no ofrece las garantías previstas para las audiencias de las partes de la operación. Además, dado que los terceros considerados como participantes en una posición dominante colectiva no son informados de la decisión que la Comisión tiene la intención de adoptar, tampoco están en condiciones de utilizar de manera eficaz la posibilidad, prevista en la segunda frase del apartado 4 del artículo 18 del Reglamento, de solicitar ser oídos.

- 157 La Comisión replica que el texto del Reglamento no permite excluir que éste sirva también para evitar la constitución o el refuerzo de posiciones dominantes colectivas. En particular, el apartado 3 del artículo 2 del Reglamento vincula la posición dominante a la operación de concentración, y no a las empresas afectadas, y contempla las consecuencias de la concentración proyectada sobre las condiciones de competencia, refiriéndose así a una situación objetiva.
- 158 Por otra parte, la utilización conjunta de los artículos 87 y 235 del Tratado como base jurídica del Reglamento demuestra que el objetivo de éste es colmar, en lo que respecta al control de las posiciones dominantes oligopolísticas, una laguna en materia de competencia, dejada por los artículos 85 y 86 del Tratado.
- 159 Según la Comisión, no hay nada en los trabajos preparatorios que permita considerar que el Consejo pretendió excluir que el Reglamento sirva para evitar situaciones de dominio colectivo del mercado, es decir, situaciones de dominio relacionadas con la presencia de varias entidades económicas muy interdependientes. La Comisión recuerda que, cuando resultó que las delegaciones de los Estados miembros estaban divididas sobre la cuestión del control de los oligopolios, se llegó a un acuerdo sobre una fórmula neutra que dejaba la cuestión abierta. Esta es la fórmula que finalmente fue recogida en el artículo 2 del Reglamento.

- 160 Además, la interpretación defendida por el Gobierno francés produciría la consecuencia de que, a raíz de la adopción del Reglamento, las concentraciones, antes sometidas a un control de oligopolios en algunos Estados miembros, en lo sucesivo sólo estarían sujetas al control comunitario en cuanto a la existencia de una posición dominante individual.
- 161 Según la Comisión, las disposiciones procedimentales de aplicación del Reglamento protegen ampliamente los intereses de los terceros, ya que les permiten hacer valer su punto de vista. La Comisión señala que, en cualquier caso, una decisión de autorizar una concentración, incluso sujeta a condiciones y cargas, como permite el apartado 2 del artículo 8 del Reglamento, sólo vincula a las partes de la concentración. En efecto, la finalidad de dichas condiciones y cargas es garantizar que las partes de la concentración cumplan los compromisos que han contraído con la Comisión. A título subsidiario, la Comisión considera que, dado que el derecho a ser oído es un principio fundamental del Derecho comunitario, que debe aplicarse aun al margen de toda codificación expresa, la falta de referencia al derecho de defensa de los terceros no permite deducir que el Reglamento pretendió excluir medidas que puedan afectar a los intereses de terceros.
- 162 Por último, la Comisión mantiene que la posibilidad de prohibir una concentración que refuerce el carácter oligopolístico del mercado resulta, por un lado, de la teoría económica según la cual la competencia, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, no funciona de manera adecuada en un mercado oligopolístico y, por otro lado, de la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común, de conformidad con la letra a) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento.
- 163 Según el Gobierno alemán, el Reglamento es aplicable a casos de posición dominante colectiva especialmente porque constituye un instrumento que completa los artículos 85 y 86 del Tratado y porque fue adoptado para lograr el objetivo general mencionado en la letra f) del artículo 3 del Tratado CEE [que ha pasado a ser la letra g) del artículo 3 del Tratado CE]. En efecto, el Reglamento debería permitir un control eficaz de las concentraciones que podrían resultar incompatibles con un régimen de competencia no falseada. Pues bien, la eficacia de dicho control implica la imposibilidad de impedir toda concentración que lleve a crear o a reforzar una posición dominante, independientemente de que emane de una o de varias empresas.

- 164 El referido Gobierno señala que, si se interpretase el Reglamento en el sentido de que su ámbito de aplicación está limitado al caso de posición dominante explotada por una sola empresa, eso produciría la consecuencia de que las concentraciones que tengan lugar después de la adopción del Reglamento, que antes estaban sometidas al control de un Estado miembro, ya no serían objeto de ningún control.
- 165 En primer lugar, debe señalarse que la alegación de los demandantes de que la elección de las bases jurídicas aboga en sí misma en favor de la tesis de que el Reglamento no es aplicable a las posiciones dominantes colectivas no puede ser acogida. En efecto, como señaló el Abogado General en el punto 83 de sus conclusiones, los artículos 87 y 235 del Tratado pueden, en principio, utilizarse como base jurídica para una normativa que permita intervenir a título preventivo con respecto a operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante colectiva que pueda restringir de manera significativa el juego de la competencia.
- 166 En segundo lugar, del tenor del artículo 2 del Reglamento no se puede deducir que únicamente las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante individual, es decir, una posición dominante ocupada por las partes de la concentración, están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento. En efecto, el artículo 2 del Reglamento, en la medida en que se refiere a las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante, no excluye en sí mismo la posibilidad de aplicar el Reglamento a casos en que las operaciones de concentración lleven a crear o a reforzar una posición dominante colectiva, a saber, una posición de dominio que ocupan las partes de la concentración con una entidad tercera respecto a dicha concentración.
- 167 Por lo que respecta, en tercer lugar, a los trabajos preparatorios, de los autos se desprende que no puede considerarse que expresen claramente la intención de los autores del Reglamento en cuanto al alcance de la expresión «posición dominante». En tales circunstancias, los trabajos preparatorios no pueden proporcionar indicaciones útiles a efectos de la interpretación del concepto controvertido (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de junio de 1961, Simon/Tribunal de Justicia, 15/60, Rec. p. 223).

- 168 Dado que las interpretaciones literal e histórica del Reglamento, y en especial de su artículo 2, no permiten apreciar su alcance exacto en cuanto al tipo de posición dominante a que se refiere, procede interpretar la normativa en cuestión basándose tanto en su finalidad como en su sistema general (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de febrero de 1979, Países Bajos/Comisión, 11/76, Rec. p. 245, apartado 6).
- 169 A este respecto, debe señalarse que, como resulta de sus dos primeros considerandos, el Reglamento se basa en la premisa de que el objetivo que consiste en el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común es esencial en la perspectiva de la realización del mercado interior prevista para 1992 y de su posterior desarrollo.
- 170 Por otra parte, de sus considerandos sexto, séptimo, décimo y undécimo se desprende que este Reglamento, a diferencia de los artículos 85 y 86 del Tratado, tiene la finalidad de aplicarse a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria en la medida en que, en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad, puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado.
- 171 Pues bien, una operación de concentración que crea o refuerza una posición dominante de las partes afectadas con una entidad tercera respecto a la operación puede resultar incompatible con el régimen de competencia no falseada previsto por el Tratado. Por tanto, si se admitiese que sólo son contempladas por el Reglamento las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante de las partes de la concentración, la finalidad de éste, tal como resulta especialmente de los considerandos citados, se vería parcialmente frustrada. De este modo, se privaría al Reglamento de una parte considerable de su efecto útil, sin que ello viniera impuesto atendiendo al sistema general del régimen comunitario de control de las operaciones de concentración.
- 172 A este respecto, procede señalar que ni la alegación relativa a la falta de garantías procedimentales ni la referente al decimoquinto considerando del Reglamento pueden suscitar dudas sobre la aplicabilidad de este último a casos de posición dominante colectiva resultante de una operación de concentración.

- 173 En cuanto a la primera de estas alegaciones, debe observarse que el Reglamento no prevé expresamente que las empresas terceras respecto a la operación de concentración, consideradas como el polo exterior del oligopolio dominante, deben tener la posibilidad de exponer eficazmente sus puntos de vista cuando la Comisión se proponga sujetar la «autorización» de dicha operación a condiciones o a cargas que lesionen específicamente sus intereses. Pues bien, lo mismo ocurre en la situación en que la Comisión se proponga que una operación de concentración que dé lugar únicamente a la creación o al refuerzo de una posición dominante individual quede sujeta a condiciones o cargas lesivas para empresas terceras.
- 174 En cualquier caso, aun suponiendo que la constatación por parte de la Comisión de que la operación de concentración proyectada crea o refuerza una posición dominante colectiva entre las partes interesadas, por un lado, y una empresa tercera, por otro lado, pueda por sí misma lesionar los intereses de esta última, procede recordar que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda terminar en un acto lesivo para una persona determinada constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, y de 24 de octubre de 1996, Comisión/Lisrestal y otros, C-32/95 P, Rec. p. I-5373, apartado 21).
- 175 A la luz de este principio y habida cuenta de la finalidad del Reglamento mencionada anteriormente, el hecho de que el legislador comunitario no haya previsto expresamente, en el marco de este Reglamento, un procedimiento que garantice el derecho de defensa de las empresas terceras que se supone que ocupan una posición dominante colectiva con las empresas que son partes de la concentración no puede considerarse como una prueba decisiva de la inaplicabilidad de dicho Reglamento a las posiciones dominantes colectivas.
- 176 En cuanto a la segunda alegación, debe señalarse que la presunción de compatibilidad con el mercado común de las operaciones de concentración en las que las empresas afectadas totalizan una cuota de mercado inferior al 25 %, como figura en el decimoquinto considerando del Reglamento, no ha sido desarrollada en absoluto en la parte dispositiva del Reglamento.

- 177 De hecho, el decimoquinto considerando del Reglamento, teniendo en cuenta principalmente las realidades del mercado subyacentes, debe interpretarse en el sentido de que se considera que una operación de concentración que no aporte al conjunto de las empresas participantes una cuota de, por lo menos, el 25 % del mercado de referencia no crea ni refuerza una posición dominante, restrictiva de la competencia de dichas empresas.
- 178 De cuanto precede resulta que las posiciones dominantes colectivas no están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento.

3. Sobre la constatación de la existencia de una posición dominante colectiva en el caso de autos

- 179 Mediante esta tercera parte del motivo, tanto el Gobierno francés como EMC y SCPA alegan que la motivación de la Comisión sobre la supuesta creación de un duopolio dominante se basa en una apreciación errónea de hecho y de Derecho y, en cualquier caso, es insuficiente. La Comisión basó su análisis de la posición dominante colectiva en criterios que no son los utilizados por la jurisprudencia relativa al artículo 86 del Tratado y, por otra parte, incurrió en errores manifiestos en la aplicación de los criterios que ella misma ha definido en otras Decisiones a efectos de determinar si se ha constituido una posición dominante colectiva.
- 180 La Comisión replica que los criterios que utilizó en la Decisión controvertida no están, en absoluto, en contradicción con los que ha empleado en otras decisiones relativas a casos de posición dominante colectiva. En efecto, para determinar, en el caso de autos, la existencia de una posición dominante colectiva, afirma haberse basado fundamentalmente en tres criterios: el grado de concentración del mercado, tal como resultaría de la operación de concentración, los elementos estructurales relativos a la naturaleza del mercado y a las características del producto y los vínculos estructurales entre las empresas interesadas. Además, la Comisión niega que los criterios para la determinación de la existencia de una posición dominante

colectiva deben ser idénticos en el marco del artículo 86 del Tratado y en el del Reglamento. En cuanto al artículo 86, se trata de remitirse al pasado, mientras que, en lo que respecta al Reglamento, el análisis se centra en el futuro, dado que su objetivo es preservar una estructura de competencia efectiva, y no poner fin a un abuso de posición dominante.

a) Sobre el grado de concentración del mercado

181 El Gobierno francés y las sociedades demandantes mantienen que el aumento del grado de concentración del mercado no es sustancial, ya que las cuotas de mercado que poseen K+S y SCPA pasaron, a causa de la concentración, del 54 % al 61 %. Según el Gobierno francés, el análisis de la Comisión es parcial, puesto que, por un lado, no tiene en cuenta el hecho de que, a consecuencia de la operación de concentración, los competidores en el mercado pasaron sólo de diez a nueve y, por otro lado, no tiene debidamente en consideración la función de dos operadores importantes tales como CPL y Coposa.

182 La Comisión replica que su análisis tiene muy en cuenta las cuotas de mercado de todos los productores comunitarios y de las empresas exteriores que intervienen. Añade que no ignoró en absoluto la presencia de CPL y de Coposa, sino que señaló que esos dos productores comunitarios ya no podrían incrementar sus ventas para conquistar una cuota de mercado sobre K+S/MdK y SCPA.

b) Sobre las condiciones del competidor eliminado

183 El Gobierno francés alega que de la Decisión Nestlé/Perrier, antes citada, resulta que la Comisión, en su apreciación de la creación de una posición dominante colectiva, concede especial importancia al hecho de que la concentración supone la eliminación de un competidor que, por su magnitud y la posición que ocupa en el mercado, es un factor esencial de competencia efectiva. Sin embargo, en el caso de

autos es evidente que la adquisición de MdK por K+S no daría lugar a la supresión de tal competidor. En efecto, MdK representa sólo el 7 % del mercado relevante. Por otra parte, la cuestión de las «capacidades de producción impresionantes» de MdK que la Comisión menciona en su escrito de contestación no fue abordada en la Decisión controvertida.

184 Según el Gobierno francés, la Comisión, dado además que estimó que MdK atravesaba por grandes dificultades, debería haber concluido que dicha empresa no era un competidor cuya eliminación daría lugar a una modificación sustancial de las estructuras del mercado de la que podría resultar la constitución de un duopolio.

185 La Comisión, haciendo referencia al considerando 120 de la Decisión Nestlé/Perrier, antes citada, considera que, para determinar si la reducción del número de productores debe tenerse en cuenta a efectos de determinar la existencia de una posición dominante colectiva, es fundamental saber si esa reducción es más que una simple modificación puramente formal de la estructura del mercado. Pues bien, tal sería el caso en lo que se refiere a la adquisición de MdK por K+S. A este respecto, la Comisión indica que MdK dispone de capacidades de producción impresionantes que, tras una reestructuración a fondo, constituirán un potencial muy importante en el ámbito de la competencia. Alega, además, que la importancia de MdK como competidor en el mercado comunitario excluida Alemania resulta también del hecho de que no se ha demostrado con suficiente certeza que la situación en lo que respecta a la competencia sería prácticamente la misma, tanto si MdK desaparece del mercado como si se realiza la operación de concentración.

c) Sobre la posición de los competidores

186 Según el Gobierno francés, el análisis de la Comisión relativo al grado de presión competitiva que pueden ejercer los competidores sobre el supuesto duopolio formado por K+S/MdK y SCPA tiende a dar una imagen falseada de la situación

real de la competencia en el mercado comunitario excluida Alemania. En efecto, la Comisión pretende minimizar la importancia de los diversos operadores que pueden contrarrestar la supuesta preponderancia de las empresas líderes.

187 Pues bien, según dicho Gobierno, el análisis de la Comisión presenta incoherencias. A este respecto, señala que, si bien la Comisión hace hincapié en las capacidades de producción limitadas de CPL y de Coposa, cuando se trata de delimitar el mercado geográfico, insiste en la importancia de las exportaciones de España y del Reino Unido a otros Estados miembros. Además, la Comisión minimiza, la magnitud de las importaciones procedentes de países terceros señalando que Francia es el mayor consumidor de potasa en la Comunidad y que sus importaciones procedentes de países terceros son canalizadas a través de SCPA. Así pues, de manera ilógica con su propia delimitación del mercado geográfico relevante, la Comisión evalúa la posición de los competidores ya sea con respecto al mercado francés, ya sea con respecto a la Comunidad con excepción de Alemania. El Gobierno francés mantiene además que, en contra de lo que afirma la Comisión, las importaciones de potasa procedentes de la CEI siguen existiendo y que la cuota de mercado que éstas representan no ha disminuido, como lo demuestra la apertura de una reconsideración del Reglamento (CEE) n° 3068/92 del Consejo, de 23 de octubre de 1992, por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de cloruro potásico originario de Bielorrusia, Rusia y Ucrania (DO L 304, p. 41; en lo sucesivo, «Reglamento antidumping»). Además, según las fuentes IFA y Douanes, las importaciones procedentes de la CEI supusieron el 11 % de las ventas en la Comunidad en 1993.

188 Según el Gobierno francés, el razonamiento de la Comisión adolece en realidad de un vicio esencial, ya que se basa en la existencia de un mercado geográfico que comprende todos los Estados de la Comunidad con exclusión de Alemania, cuando es manifiesto que por lo menos Francia no debería haber sido incluida, teniendo en cuenta sus características propias en materia de producción, importación y distribución de productos potásicos.

- 189 La Comisión estima que no hay contradicción entre la constatación de la existencia de corrientes significativas de exportación de España a otros Estados miembros y la afirmación de que Coposa no constituye un contrapeso de cara al duopolio.
- 190 Según la Comisión, la canalización de las importaciones de países terceros a través de uno de los miembros del duopolio, SCPA, en una parte importante del mercado geográfico relevante, Francia, que es el mercado con mayor índice de crecimiento, implica que la presión competitiva de los países terceros sobre este duopolio es necesariamente limitada.
- 191 La Comisión mantiene que no se limitó, en absoluto, a utilizar criterios que afectan exclusivamente al mercado francés. En cuanto a las importaciones de la CEI, señala que únicamente constató que la cuota de mercado de K+S/MdK y de SCPA aún tendría que aumentar en el futuro a causa no sólo de la disminución ya esperada de las importaciones de la CEI, sino también del hecho de que la última empresa productora de potasa independiente de Canadá, PCA, había sido adquirida por PCS, miembro del cártel de exportación Canpotex, cuyos suministros a Francia y a Irlanda pasan por SCPA. Por otra parte, la reconsideración de las medidas antidumping no constituye una prueba de que continúen las importaciones de potasa procedentes de la CEI. A este respecto, la Comisión recuerda que, de hecho, señaló que, desde la adopción del Reglamento antidumping, las ventas del principal distribuidor de potasa de la CEI en la Comunidad disminuyeron hasta llegar a una octava parte de su nivel en 1992.

d) Sobre la posición en el mercado de K+S/MdK y de SCPA

- 192 En primer lugar, el Gobierno francés reprocha a la Comisión que, entre los criterios aplicados para afirmar la existencia de una posición dominante oligopolística, atribuyera una importancia excesiva a la cuota de mercado acumulada de K+S/MdK y SCPA.

- 193 Dicho Gobierno imputa, en segundo lugar, a la Comisión no haber tenido en cuenta la falta de simetría entre las dos entidades que se supone que constituyen el duopolio, siendo así que, en Decisiones anteriores, esta asimetría había constituido, por el contrario, un elemento significativo para negar la existencia de una posición dominante oligopolística. El Gobierno francés señala que hay una diferencia sustancial entre las cuotas de mercado de K+S/MdK (23 %) y de SCPA (37 %). Por otra parte, añade, la Comisión prescindió de muchos elementos de hecho que muestran un desequilibrio manifiesto entre SCPA y K+S/MdK, tales como su capacidad de producción, su poder económico y su diferente integración vertical.
- 194 La Comisión recuerda que, según jurisprudencia reiterada, una cuota de mercado de alrededor del 60 % demuestra suficientemente la existencia de una posición dominante colectiva, especialmente cuando, como ocurre en el caso de autos, hay una diferencia sensible con las cuotas de mercado de los competidores.
- 195 Sin dejar de reconocer que hay diferencias entre K+S/MdK y SCPA, la Comisión niega la idea de que un duopolio sólo es concebible en el caso de que las posiciones de las empresas en cuestión sean similares, tanto más cuando, como ocurre en el caso de autos, existen vínculos importantes entre dichas empresas, que impiden una competencia efectiva en el mercado.

e) Sobre el poder económico de la clientela

- 196 El Gobierno francés reprocha a la Comisión no haber tenido en cuenta el criterio relativo al poder económico de la clientela. Según él, el análisis de este elemento habría llevado a la Comisión a considerar que los clientes constituyen un contrapeso que puede comprometer la creación del pretendido duopolio. Por otra parte, la apreciable baja de la demanda de potasa a raíz de las modificaciones de la Política Agrícola Común constituye un factor de competencia intensiva con respecto a los productores de potasa. Esto es tanto más cierto si se tiene en cuenta que, como

indica el Gobierno francés, la demanda de potasa bajó, de 1988 a 1993, cerca de un 30 % en Europa, mientras que las importaciones disminuyeron sólo en un 23 % durante el mismo período.

- 197 La Comisión replica que, aun cuando en algunas de sus Decisiones haya podido llegar a la conclusión de que no existía posición dominante en vista del contrapeso ejercido por parte de los compradores, sólo se trata de un factor entre otros que tiene en cuenta. En cuanto a la baja de la demanda de potasa, la Comisión reconoce que tal baja se ha producido, pero añade que afecta a todos los productores comunitarios. Además, según ella, dicha baja no es muy grande en la medida en que la elasticidad de la demanda es limitada, ya que la potasa es un abono esencial para la agricultura que no puede ser sustituido por ningún otro.

f) Sobre los obstáculos a la entrada de productos potásicos en la Comunidad

- 198 El Gobierno francés alega que, en el pasaje de la Decisión relativo al mercado geográfico, la Comisión puso de manifiesto elementos que van en el sentido de un mercado abierto y «fácilmente cuestionable». No obstante, al determinar la existencia de una posición dominante colectiva de K+S/MdK y de SCPA, la Comisión no tuvo, en absoluto, en cuenta el bajo nivel de los obstáculos a la entrada de productos potásicos en la Comunidad.
- 199 Según dicho Gobierno, las alegaciones de la Comisión, formuladas por primera vez en su escrito de contestación y basadas en los derechos antidumping y en el monopolio legal de SCPA, no prueban que existan obstáculos a la entrada del mercado geográfico de referencia. En lo que respecta a la primera alegación, este Gobierno mantiene que los derechos antidumping son medidas cuya finalidad es restablecer las condiciones de competencia y no restringir los intercambios transfronterizos. En cuanto a la otra alegación, relativa al monopolio legal de SCPA, el Gobierno

francés considera que, si bien este monopolio es susceptible de crear un obstáculo a la entrada del mercado francés, no produce ningún efecto sobre el acceso de los productos de países terceros a los mercados de los otros Estados miembros que constituyen, con el mercado francés, el mercado geográfico relevante.

- 200 La Comisión recuerda que no existen obstáculos a la entrada en el interior de la Comunidad. En cambio, existen dos tipos de obstáculos a la entrada de los productos procedentes de empresas de países terceros: las medidas antidumping para las importaciones originarias de la CEI y el monopolio legal de SCPA que hace que todas las importaciones francesas procedentes de países terceros deban canalizarse a través de esta última. Según la Comisión, los derechos antidumping constituyen obstáculos a la entrada porque limitan, con los gastos de transporte, el margen de precio que les queda a los importadores. Además, la Comisión señala que el hecho de que todas las importaciones de países terceros en Francia, que es el mercado que tiene mayor índice de crecimiento, con un consumo tres veces superior al del segundo mercado, se canalicen a través de SCPA constituye un obstáculo a la entrada para las importaciones en el mercado comunitario en general.

g) Sobre las características del mercado y del producto

- 201 El Gobierno francés estima que el análisis hecho por la Comisión en el considerando 57 de la Decisión controvertida en cuanto a los factores objetivos que favorecen la creación de una posición dominante colectiva, en los que hizo hincapié en Decisiones anteriores, como las Decisiones Nestlé/Perrier, antes citada, y la Decisión 94/359/CE, de 21 de diciembre de 1993, por la que se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración (Asunto nº IV/M358 — Pilkington-Techint/SIV) (DO 1994, L 158, p. 24), es vago y poco convincente. La Comisión prescindió totalmente de criterios de análisis fundamentales, como los relativos a los precios, a su evolución, al grado de elasticidad de la demanda y a los costes de las dos empresas que se supone que constituyen el duopolio. Por otra parte, dicho Gobierno niega la procedencia de determinadas consideraciones de la Comisión. En lo que respecta a la homogeneidad del producto, recuerda que la denominación general de potasa comprende toda una variedad de productos. En cuanto a la afirmación de la Comisión de que el mercado de la potasa es transparente, se contradice con la dificultad que dicha Institución tuvo

para disponer de una visión clara y rápida del mercado expresado en valor y en volumen.

- 202 La Comisión replica, en primer lugar, que hizo claramente referencia a los elementos estructurales relacionados con las características del mercado y del producto. Señala que la Decisión controvertida se refiere a una situación distinta de las que fueron objeto de las Decisiones invocadas por el Gobierno francés. En efecto, esta Decisión tiene como telón de fondo una situación en la que, ya antes de la operación de concentración, no había existido competencia efectiva entre los dos principales proveedores de potasa de la Comunidad. En tales circunstancias los elementos que fueron examinados en las Decisiones mencionadas por el Gobierno francés no son sino uno de los factores que hay que tener en cuenta. En segundo lugar, en lo que respecta a la homogeneidad del producto, la Comisión señala que la potasa es idéntica, tanto desde el punto de vista químico como desde el de su utilización. Por último, en lo que se refiere a la transparencia del mercado, la Comisión mantiene que cada productor conoce su posición y la de sus competidores. Efectivamente, las cifras de producción y los precios son generalmente conocidos y hay estadísticas sobre el consumo de potasa, así como estudios detallados sobre el mercado de ésta.

h) Sobre la existencia de comportamientos paralelos

- 203 El Gobierno francés señala que la Comisión quiere demostrar la persistencia de comportamientos anticompetitivos entre K+S y SCPA señalando que, a pesar de la declaración de incompatibilidad con el artículo 85 del Tratado de un acuerdo de cooperación celebrado en los años setenta entre estas dos empresas [Decisión 73/212/CEE de la Comisión, de 11 de mayo de 1973 (DO L 217, p. 3)] y no obstante los excesos de capacidad de producción en Alemania, es muy limitada la corriente comercial entre Alemania y Francia que no se canalice a través de SCPA. A este respecto, dicho Gobierno observa, en primer lugar, que, para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva, es esencial que los comportamientos anticompetitivos sean recientes. En segundo lugar, las prácticas declaradas incompatibles con el artículo 85 afectaron a toda la Comunidad. Pues bien, para mantener que el acuerdo en cuestión persiste, el único elemento de hecho que la

Comisión invoca se limita a intercambios desde Alemania hacia Francia. En tercer lugar, la escasa entidad de los intercambios que no se canalizan a través de SCPA es muy relativa. En efecto, las entregas a Francia representan sólo 87.000 toneladas, es decir, el 6 % del consumo francés, de las cuales sólo 47.000 toneladas son canalizadas a través de SCPA. Por último, el Gobierno francés cuestiona la tesis de la Comisión según la cual la exigua presencia de K+S en el mercado francés basta para demostrar la existencia de un duopolio entre K+S/MdK y SCPA en la Comunidad excluida Alemania.

204 La Comisión observa que no indicó en la Decisión controvertida haberse basado en un acuerdo de cooperación celebrado en los años setenta para llegar a la conclusión de que existía una posición dominante colectiva. Recuerda que señaló que la ausencia material de K+S del mercado francés y la canalización de gran parte de sus importaciones a través de SCPA indican la existencia de una posición dominante colectiva.

i) Sobre la existencia de vínculos estructurales entre las empresas

205 Según el Gobierno francés, los tres vínculos indicados por la Comisión entre K+S y SCPA, a saber, la empresa en participación Potacan, la colaboración en el cártel de exportación Kali-Export y la canalización a través de SCPA de los suministros de K+S a Francia, no demuestran la creación del duopolio como consecuencia de la adquisición de MdK por K+S. En lo que respecta al cártel de exportación Kali-Export, su objetivo es, según dicho Gobierno, favorecer y coordinar la exportación de potasa de sus miembros fuera de la Comunidad. En cambio, dicho cártel no afecta a sus ventas dentro de la Comunidad. El temor de la Comisión de que la colaboración dentro de ese cártel restrinja la competencia entre K+S y SCPA en la Comunidad no se basa en ningún elemento de prueba.

- 206 En lo que se refiere a Potacan, las sociedades demandantes mantienen que la Comisión no justificó la afirmación de que la estructura actual de dicha empresa impediría a sus socios, K+S y SCPA, ser suministrados de manera independiente por su filial común para abastecer los mercados de la Comunidad Europea.
- 207 En su escrito de réplica, el Gobierno francés menciona cuatro errores de apreciación. En primer lugar, señala que la Comisión, en su análisis de los vínculos entre K+S y SCPA, no establece ninguna relación entre éstos y sus consecuencias sobre el conjunto del mercado relevante, sino que se limita a mostrar que dichos vínculos sólo son importantes en Francia. Así pues, la Comisión, partiendo del hecho de que no hay competencia entre K+S y SCPA en el Estado que consume la mayor cantidad de potasa producida, llega a la conclusión de que estas empresas ocupan una posición dominante en todo el mercado comunitario con excepción de Alemania. Pues bien, tal enfoque se contradice con el argumento de la Comisión de que las situaciones nacionales importan poco, ya que se ha determinado que el mercado de referencia es la Comunidad excluida Alemania.
- 208 En segundo lugar, el Gobierno francés señala que la Comisión, a efectos de su demostración, tan pronto considera que Coposa exporta de manera autónoma volúmenes significativos a Francia (en el marco de la delimitación del mercado geográfico de que se trata) como alega que la empresa española opera poco en Francia y que una parte importante de sus ventas es canalizada (para demostrar que la cooperación en Kali-Export influye en el comportamiento, en el ámbito de la competencia, de los miembros del cártel en la Comunidad). Además, tal como fueron aplicados por la Comisión, los criterios igualmente habrían podido llevar a la declaración de que existía un oligopolio K+S/MdK, SCPA y Coposa. La Decisión controvertida está, por lo menos, insuficientemente motivada sobre este punto.
- 209 En tercer lugar, el Gobierno francés estima que la canalización en Francia a través de SCPA de una parte de los suministros de potasa de K+S, que representan sólo el 1,4 % del consumo del mercado de referencia, no puede considerarse como un indicio de la creación de un duopolio en dicho mercado como consecuencia de la adquisición de MdK por K+S. De igual modo, el nivel relativamente reducido de

las ventas de K+S en Francia no basta para llegar a la conclusión de que existen vínculos anticompetitivos entre K+S y SCPA, puesto que perfectamente podría haber justificaciones diferentes. Dicho nivel podría resultar de las estructuras del mercado francés o de la estrategia industrial de K+S. A este respecto, el Gobierno francés indica que la política de exportación de K+S parece estar orientada hacia los países situados fuera de Europa, hacia los Estados miembros no productores y hacia un Estado productor, como el Reino Unido, que importa potasa.

- 210 Sobre este extremo, las sociedades demandantes alegan que el único vínculo de distribución entre K+S y SCPA lo constituye un contrato sobre la distribución de kieserita, a saber, un producto no potásico que corresponde a un mercado de productos distinto. Las relaciones entre K+S y SCPA referentes a los productos potásicos no implican, en cambio, ninguna cooperación en materia de distribución y se limitan estrictamente a relaciones entre proveedor y comprador según condiciones normales de mercado.
- 211 En cuarto lugar, el Gobierno francés mantiene que la Comisión no ha demostrado la relación de causalidad entre la adquisición de MdK y la supuesta creación de un duopolio entre K+S/MdK y SCPA. Según él, ni el hecho de que la cuota de mercado acumulada de K+S y SCPA haya pasado del 54 % al 61 % a raíz de la operación de concentración ni el hecho de que MdK sea uno de los mayores productores comunitarios son factores de creación de un duopolio en el mercado relevante.
- 212 Las sociedades demandantes, por su parte, alegan que, la Comisión, por el hecho de haber constatado, al examinar los efectos de la concentración en el mercado alemán, que MdK iba a desaparecer del mercado de todos modos, no podía llegar a la conclusión de que la adquisición de MdK por K+S daría lugar a la creación de una posición dominante de K+S/MdK y de SCPA.
- 213 En cuanto a Potacan, la Comisión señala que de la estructura organizativa de ésta resulta especialmente que no puede adoptarse ninguna decisión importante en materia de política de empresa contra la voluntad de uno de los socios. Así pues, no sería posible que el grupo francés se abasteciera de potasa en cantidades importantes si K+S se opusiera a ello.

- 214 En lo que respecta a Kali-Export, la Comisión estima que no basta con señalar que un cártel de exportación no afecta a las ventas de sus miembros en la Comunidad para demostrar que no restringe la competencia entre éstos en la Comunidad. Expone que, debido a las diferentes dependencias mutuas entre K+S y SCPA, no existe competencia efectiva entre los dos polos del oligopolio en la Comunidad excluida Alemania. La Comisión indica que: i) aun cuando el territorio francés sea el de mayor desarrollo de la Comunidad en lo que respecta a los productos potásicos y no haya ningún obstáculo a la entrada, K+S sólo está presente en ese mercado marginalmente, a pesar de su capacidad de producción, que puede abastecer ampliamente a la totalidad del mercado comunitario; ii) si bien K+S ha establecido una red de distribución muy desarrollada en todos los Estados miembros, no tiene, hasta la fecha, ninguna red de distribución propia en Francia; iii) CPL no pudo tener acceso al mercado francés hasta después de dejar Kali-Export y, en seis años, pudo hacerse con una cuota del mercado francés del 13 %; Coposa, miembro de Kali-Export, opera poco en el mercado francés y una parte importante de su potasa es vendida en Francia por SCPA. Sobre la base de estos elementos, la Comisión concluye que hay una interferencia clara entre la participación en Kali-Export y la venta en Francia.
- 215 En su dúplica, la Comisión mantiene, en primer lugar, que estableció una relación evidente entre los vínculos existentes entre K+S y SCPA, que sólo afectan a Francia, y la inexistencia de competencia en todo el mercado comunitario excluida Alemania (considerandos 57, 59, 61 y 67 de la Decisión controvertida).
- 216 En segundo lugar, la Comisión alega que no afirmó, en absoluto, que Coposa exportara de manera significativa a Francia. Por el contrario, señaló que, si bien hay importaciones de Coposa en Francia, éstas son limitadas y se canalizan en gran parte a través de SCPA. Según la Comisión, no procede incluir a Coposa en el duopolio con K+S/MdK y SCPA, ya que sólo está vinculada a K+S y a SCPA por su participación en Kali-Export. Además, exporta más potasa a Francia que K+S, a pesar de la proximidad geográfica de las explotaciones alemanas y del hecho de que en Alemania la producción es cuatro veces mayor que el consumo. Por otra parte, los vínculos de distribución entre K+S y SCPA están establecidos desde hace mucho tiempo.

- 217 En tercer lugar, la Comisión señala que las estructuras del mercado francés no han impedido a CPL penetrar el territorio francés sin pasar por SCPA. Además, la política comercial de K+S, que consiste en no vender en Francia, es incomprensible desde el punto de vista comercial, habida cuenta de que Francia es también un Estado que importa potasa y visto el gran exceso de capacidad de Alemania, así como la proximidad geográfica de las explotaciones alemanas.
- 218 En cuarto lugar, la Comisión señala que la adquisición de MdK modificó sustancialmente las condiciones estructurales del mercado y llevó a la creación de una posición dominante colectiva entre K+S/MdK y SCPA por las razones siguientes: i) MdK produce el 25 % de la producción total de potasa en la Comunidad (considerando 51 de la Decisión controvertida) y tiene importantes reservas de potasa; ii) en la actualidad, el índice de utilización de la capacidad de MdK sólo es de alrededor del 50 % (considerando 73 de la Decisión controvertida), lo que implica que la producción podría aumentarse fácilmente; iii) la cuota de mercado de MdK del 7 % es el factor crucial en la creación de la posición dominante conjunta (considerando 62 de la Decisión controvertida) teniendo en cuenta que la oferta, fuera del grupo K+S/MdK y SCPA, está fragmentada (considerando 54 de la Decisión controvertida) y que la cuota de mercado de K+S/MdK y de SCPA aún podría aumentar (considerando 53 de la Decisión controvertida).
- 219 Antes de examinar las alegaciones formuladas por las partes demandantes en contra del modo en que la Comisión ha aplicado en el caso de autos el concepto de posición dominante colectiva, procede recordar que, para llegar a la conclusión de que se crearía una posición dominante colectiva entre K+S/MdK y SCPA, que podría obstaculizar la competencia de manera significativa en el mercado comunitario excluida Alemania, la Comisión señaló especialmente en la Decisión controvertida que:

— el mercado de la potasa es un mercado maduro caracterizado por la homogeneidad del producto y la ausencia de innovaciones técnicas (considerando 57);

- las relaciones dentro del mercado son, en gran medida, transparentes, por lo que las cifras sobre producción, demanda, ventas y precios son conocidas (considerando 57);

- desde hace tiempo existen vínculos excepcionalmente estrechos entre K+S y SCPA, que podrían, por sí mismos, hacer suponer que no existe una competencia efectiva entre estas empresas que, por otra parte, tienen una cuota de alrededor del 53 % del mercado comunitario excluida Alemania, calculada sobre la base de las ventas, las cuales incluyen, además de las ventas a partir de la producción propia de K+S y SCPA, las ventas de SCPA de potasa procedente directamente de países terceros, la cual debe canalizarse a través de esta empresa que así puede controlar el suministro que viene de fuera de la Comunidad (considerandos 52, 56 y 57);

- a pesar del exceso de producción en Alemania, la corriente de suministros de potasa de K+S a Francia que no se canaliza a través de SCPA sigue siendo muy limitada, siendo Francia, con gran diferencia, el mayor consumidor comunitario de potasa (considerandos 56 y 57);

- K+S y MdK, que tras la operación de concentración formarán una empresa en participación, y SCPA producen, respectivamente, el 35 %, el 25 % y el 20 % de la producción total de potasa en la Comunidad (considerando 51);

- MdK es el segundo productor de potasa de la Comunidad, y ello a pesar de que el índice de utilización de la capacidad de la empresa es sólo de alrededor del 50 % actualmente (considerandos 51 y 73);

- tras la operación de concentración, el grupo K+S/MdK y SCPA tendrá una cuota de mercado total, calculada a partir de las ventas, de cerca del 60 % (considerando 52);

— la oferta fuera de este grupo está fragmentada (considerando 54);

— los demás productores no disponen del volumen de ventas necesario para competir con el duopolio formado por K+S/MdK y SCPA (considerando 62).

220 Como se ha indicado anteriormente, a tenor del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento, deben declararse 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 de éste.

221 Por tanto, en el caso de una supuesta posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores.

222 Una medida de este tipo requiere un atento examen de las circunstancias que, según cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia.

- 223 A este respecto, debe señalarse, no obstante, que las normas de fondo del Reglamento, y en especial su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico.
- 224 Por consiguiente, el control por parte del Juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe ser efectuado teniendo en cuenta el margen de apreciación basado en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones.
- 225 En tales circunstancias, procede señalar que el análisis de la operación de concentración y de sus efectos sobre el mercado de que se trata, tal como ha sido desarrollado por la Comisión, adolece de algunos vicios que afectan a la apreciación económica de la referida operación.
- 226 A este respecto, debe recordarse que, como resulta de los considerandos 51 y 52 de la Decisión controvertida, las empresas K+S/MdK y SCPA después de la operación de concentración tendrán en el mercado de que se trata unas cuotas de mercado, calculadas sobre la base de las ventas, respectivamente del 27 % y del 37 %. Pues bien, una cuota de mercado combinada de cerca del 60 % así repartida no puede constituir por sí misma un indicio decisivo de la existencia de una posición dominante colectiva de dichas empresas.
- 227 En cuanto a los supuestos vínculos estructurales ente K+S y SCPA, que constituyen el factor esencial en el que se basó la Comisión para formular su propia apreciación, debe señalarse que algunas de las imputaciones de las partes demandantes, que tienden a minimizar la importancia de tales vínculos como indicio de la creación de una posición dominante colectiva de los dos polos de que se trata, son fundadas.

228 Así, la conclusión de la Comisión de que la participación de K+S y de SCPA en el cártel de exportación Kali-Export puede tener repercusiones sobre su comportamiento competitivo en la Comunidad, no parece apoyada por elementos suficientemente significativos y concordantes. En efecto, la Comisión se limita a recordar, a este respecto, que el productor británico CPL no empezó a comercializar sus productos de manera independiente en el mercado francés hasta después de haber abandonado el cártel, en 1987, porque no podía hacer compatible la competencia directa con SCPA en el mercado francés con su participación en el cártel (véase el considerando 60 de la Decisión controvertida). Pues bien, aun prescindiendo del hecho de que el argumento formulado por la Comisión sólo se refiere a los supuestos efectos de la participación en el cártel en una parte del mercado comunitario excluida Alemania, procede señalar que el productor español Coposa, que también es miembro de Kali-Export, comercializa de manera independiente en Francia una cantidad de potasa que corresponde a un poco más del 5 % del consumo francés. Dicha cantidad representa alrededor del 47 % de las exportaciones de Coposa en el mercado de que se trata y cerca de dos tercios de sus exportaciones a Francia, y, además, ha sido considerada significativa en el contexto de la delimitación del mercado geográfico relevante (véase el considerando 38 de la Decisión controvertida). En tales circunstancias, resulta que la Comisión no ha demostrado suficientemente la existencia de una relación causal entre la participación de K+S y de SCPA en el cártel de exportación y su comportamiento anticompetitivo en el mercado de que se trata.

229 En lo que respecta a los supuestos vínculos entre K+S y SCPA relativos a los suministros de K+S a Francia, debe indicarse que la Comisión, por un lado, exigió a K+S que pusiera fin a la actual cooperación con SCPA como distribuidor asociado en el mercado francés y, por otro lado, admitió que K+S pudiera celebrar contratos de venta con SCPA en las condiciones normales de mercado (véase el considerando 63 de la Decisión controvertida). De ello resulta que la Comisión estimó que entre K+S y SCPA existía una relación de colaboración para la distribución de la potasa alemana en Francia.

230 Pues bien, de los autos se desprende que los únicos vínculos específicos de distribución existentes entre estas dos empresas se referían a la kieserita, es decir, un

producto no comprendido en el mercado del producto de que se trata. Por lo demás, SCPA se limitaba a comprar a K+S, en las condiciones normales de mercado, potasa utilizada por EMC o destinada a la venta fuera del mercado francés.

- 231 Resulta, por tanto, que K+S y SCPA no tenían ninguna relación privilegiada para la distribución de productos basados en la potasa.
- 232 De cuanto precede resulta que el conjunto de vínculos estructurales que unen a K+S y SCPA, que, como reconoce la propia Comisión, constituye el núcleo de la Decisión controvertida, no es, en resumidas cuentas, tan denso y convincente como ha querido mostrar la Institución demandada.
- 233 Por otra parte, debe recordarse que la Comisión señaló en la Decisión controvertida que no existía competencia efectiva entre K+S y SCPA en el mercado en cuestión. Según el considerando 57 de dicha Decisión, «el factor determinante para suponer que no existe competencia efectiva entre K+S y SCPA es la existencia de vínculos excepcionalmente estrechos entre ambas empresas, durante un largo período de tiempo».
- 234 De este último considerando de la Decisión controvertida resulta además que la adquisición de MdK por K+S como consecuencia de la operación de concentración implicará para esta última empresa una adición de la cuota de mercado de MdK, adición que la Comisión calificó de importante en sus observaciones.
- 235 A este respecto, procede recordar que, más allá de la cuota de mercado del 7 % que posee en la Comunidad excluida Alemania, MdK, a pesar de explotar sus instalaciones sólo al 50 % de sus capacidades, es el segundo productor de potasa de la Comunidad, después de K+S (véanse los considerandos 51, 52, 62 y 76 de la Decisión controvertida).

- 236 Así pues, la operación de concentración producirá la consecuencia de reforzar considerablemente la capacidad industrial de K+S. En efecto, K+S y MdK producen respectivamente el 35 % y el 25 % de la producción total de potasa en la Comunidad, mientras que SCPA tiene como límite el 20 % y sus reservas propias de potasa se agotarán completamente antes de 2004 (véanse los considerandos 51 y 66 de la Decisión controvertida).
- 237 Por otra parte, de los autos se desprende que K+S es una filial de uno de los principales transformadores de abonos, BASF, cuya potencia económica es muy superior a la del grupo EMC al que pertenece SCPA.
- 238 Por último, es sabido que, de 1988 a 1993, la demanda de potasa bajó cerca de un 30 % en Europa, especialmente a raíz de los cambios que tuvieron lugar en la Política Agrícola Común. Pues bien, generalmente se considera que un mercado en baja favorece, en principio, la competencia entre las empresas del sector de que se trate.
- 239 En tales circunstancias y teniendo en cuenta que la importancia de los vínculos estructurales entre K+S y SCPA resulta ser menor que lo que pretende la Comisión, el argumento en que se basa la constatación de la creación de una posición dominante colectiva entre K+S/MdK y SCPA, según el cual la «importante» adición de MdK únicamente a la empresa K+S mantendrá en el grupo alemán y en SCPA un interés común en no entablar una competencia activa entre ellos no parece, a falta de otros elementos decisivos, suficientemente fundado.

- 240 En lo que respecta a los demás elementos presentados por la Comisión en apoyo de su conclusión de que la adquisición de MdK por K+S llevará a la creación de una posición dominante colectiva, procede remitirse al considerando 57 de la Decisión controvertida. En él se dice que «el mercado de la potasa es un mercado maduro caracterizado por la homogeneidad del producto y la ausencia de innovaciones técnicas. Las relaciones dentro del mercado son, en gran medida, transparentes. Generalmente las cifras sobre producción, demanda, ventas y precios son conocidas. Además, las cuotas de mercado de K+S y SCPA se han mantenido estables en los últimos cuatro años [...] Por último, cabe mencionar un acuerdo celebrado en el pasado por K+S y SCPA, que hacía referencia, entre otras cosas, a la fijación conjunta de los volúmenes y la calidad de los productos de potasa exportados por las partes. Este acuerdo fue declarado incompatible con el artículo 85 del Tratado CEE [...] A este respecto, ha de señalarse, sin embargo, que después de esta decisión y a pesar del exceso de producción en Alemania, el comercio transfronterizo entre Alemania y Francia que no se canaliza a través de SCPA sigue siendo muy limitado.»
- 241 Pues bien, en los presentes asuntos, estos datos no pueden considerarse decisivos en favor de la conclusión de la Comisión. En particular, el acuerdo entre K+S y SCPA, que fue declarado, en 1973, incompatible con el artículo 85 del Tratado (DO 1973, L 217, p. 3), constituye, debido al período de veinte años transcurrido entre la declaración de incompatibilidad y la notificación del proyecto de concentración, un indicio extremadamente débil, incluso insignificante, para hacer presumir que no existe competencia entre K+S y SCPA y, *a fortiori*, entre K+S/MdK y SCPA. A este respecto, procede señalar que la alegación de la Comisión de que el comercio transfronterizo entre Alemania y Francia que no se canaliza a través de SCPA sigue siendo muy limitado no puede, en el caso de autos, reforzar el valor de indicio del mencionado acuerdo en el sentido que pretende la Institución demandada. En primer lugar, el supuesto comercio transfronterizo limitado representa, no obstante, cerca de la mitad de las ventas de potasa de K+S en Francia. En segundo lugar, el análisis de la Comisión, en la medida en que se limita únicamente al mercado francés, es, en todo caso, incompleto, dado que el mercado relevante es el mercado comunitario excluida Alemania.
- 242 En cuanto al análisis de la Comisión relativo al grado de presión competitiva que pueden ejercer los competidores sobre el supuesto grupo formado por K+S/MdK

y SCPA, procede recordar que la Comisión expuso en la Decisión controvertida que las importaciones originarias de la CEI, que en 1992 representaron el 8 % del mercado comunitario con excepción de Alemania (incluidas las importaciones que se canalizan a través de SCPA), parecen haber disminuido después de la adopción del Reglamento antidumping (véase el considerando 53 de la Decisión controvertida).

243 Pues bien, según los datos facilitados por el Gobierno francés que no han sido discutidos por la Comisión, dichas importaciones llegaron en 1993 al 11 % de las ventas dentro de la Comunidad.

244 Así pues, teniendo en cuenta que el mercado alemán es muy poco accesible a los productores extranjeros y que no parece que la relación de magnitud de aproximadamente 4 a 1 entre el mercado comunitario con exclusión de Alemania y el mercado alemán haya cambiado mientras tanto, puede llegarse a la conclusión de que, si bien las importaciones de potasa originarias de la CEI llegaron en 1993 al 11 % de las ventas dentro de la Comunidad, ciertamente representaron un porcentaje superior de las ventas dentro de la Comunidad excluida Alemania.

245 Por tanto, la afirmación que la Comisión hace en el considerando 53 de la Decisión controvertida, según la cual, en el marco del mercado comunitario con excepción de Alemania, estas importaciones parecen haber disminuido, por lo menos en parte, después de la adopción del Reglamento antidumping no corresponde a la realidad, dado que oculta el hecho de que la cuota de mercado de la CEI aumentó en el mercado de referencia.

246 Además, habida cuenta de la evolución durante 1993 de las importaciones de la CEI en la Comunidad excluida Alemania, la conclusión de que la presión competitiva que dichas importaciones podrán ejercer sobre el grupo K+S/MdK y SCPA será limitada por razones relacionadas con la calidad de los productos y con las dificultades de ofrecer suministros rápidos y dentro de los plazos previstos parece basarse en una motivación, por lo menos, poco consecuente. Pues bien, para

determinar con un grado suficiente de probabilidad los efectos que una operación de concentración podrá producir en el juego de la competencia en el mercado de que se trata, es indispensable basarse en un análisis riguroso del peso de los competidores.

- 247 En cuanto a Coposa, que posee una cuota de mercado en la Comunidad excluida Alemania de un poco menos del 10 %, la Comisión afirmó que su capacidad de producción se vería considerablemente reducida a partir del año siguiente por causa del cierre de una de sus minas. A este respecto, el Gobierno francés señaló, sin que le contradijera la Comisión, que el nivel actual de exceso de capacidad de Coposa era de alrededor del 70 %. Por lo tanto, la conclusión de que la capacidad de producción de Coposa disminuiría considerablemente al cabo de poco tiempo, sin más precisiones, no permitía, en sí, alegar que la empresa española no dispondría de la base necesaria para conservar, incluso aumentar, su cuota de mercado, y, por tanto, tener cierto peso frente al supuesto duopolio, tanto más por cuanto el mercado de la potasa, como se ha recordado en el apartado 238 de la presente sentencia, está en baja.
- 248 Resulta, pues, que la Comisión no ha conseguido demostrar la inexistencia de un contrapeso efectivo, en el ámbito de la competencia, en relación con el grupo supuestamente formado por K+S/MdK y SCPA.
- 249 A la luz de cuanto precede, y sin que sea necesario decidir si las constataciones hechas por la Comisión en la Decisión controvertida bastarían, de no existir los vicios señalados anteriormente, para llegar a la conclusión de que existe una posición dominante colectiva, resulta que, en cualquier caso, la Comisión no ha demostrado suficientemente que la operación de concentración daría lugar a una posición dominante colectiva de K+S/MdK y SCPA que pudiera constituir un obstáculo significativo a una competencia efectiva en el mercado de que se trata.
- 250 Por lo tanto, la tercera de las partes del motivo invocado por las partes demandantes debe ser acogida.

Sobre la anulación total o parcial

- 251 El Gobierno francés solicitó, en sus pretensiones, la anulación total de la Decisión, mientras que las sociedades demandantes limitaron expresamente el objeto de su petición de anulación a las condiciones a que está sujeta la declaración de compatibilidad que figura en dicha Decisión.
- 252 Según las sociedades demandantes, la anulación parcial dejaría intacto el cuerpo de la Decisión controvertida, la cual resultaría simplemente incondicional.
- 253 La Comisión mantiene que las condiciones que acompañan a la Decisión controvertida no pueden, en absoluto, ser objeto de limitación alguna, ya que forman parte de la esencia misma de la Decisión.
- 254 Debe señalarse que el pasaje de la parte dispositiva en el que se declara la referida operación compatible con el mercado común es favorable a los intereses de las empresas formalmente contempladas por la Decisión controvertida y las sociedades demandantes no han considerado que fuese lesivo para ellas.
- 255 En cuanto al Gobierno francés, si bien solicitó, en sus pretensiones, la anulación total de la Decisión controvertida, precisó, en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, que su objetivo no era que se prohibiese la operación de concentración entre K+S y MdK.
- 256 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la anulación parcial de una Decisión en lo que respecta únicamente a las condiciones que impone es

posible siempre y cuando éstas puedan separarse del resto de la Decisión (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de junio de 1972, *Jamet/Comisión*, 37/71, Rec. p. 483, apartado 11, y de 23 de octubre de 1974, *Transocean Marine Paint/Comisión*, 17/74, Rec. p. 1063, apartado 21). La anulación parcial de una Decisión de la Comisión adoptada en materia de control de las operaciones de concentración es, además, uno de los supuestos expresamente contemplados por el apartado 5 del artículo 10 del Reglamento.

- 257 Sin embargo, no parece que una anulación limitada al fragmento de la parte dispositiva de la Decisión controvertida que se refiere a las condiciones y obligaciones mencionadas en su considerando 63 sea posible sin modificar la esencia de dicha Decisión.
- 258 A este respecto, de esta última y del conjunto de los autos resulta que las referidas condiciones forman, con la declaración de compatibilidad que figura en la parte dispositiva, una unidad inseparable. En efecto, tales condiciones son la consecuencia de una apreciación negativa, por parte de la Comisión, de la operación de concentración tal como fue notificada y la misma Comisión las considera indispensables para que esta operación pueda ser declarada compatible con el mercado común.
- 259 Por consiguiente, procede anular la totalidad de la parte dispositiva de la Decisión controvertida.

Costas

- 260 A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas si así lo hubiera solicitado la otra

parte. En el asunto C-68/94, procede, por tanto, condenar a la Comisión a cargar con las costas. En el asunto C-30/95, procede también condenar en costas a la Comisión, dado que, fundamentalmente, se han acogido las pretensiones de la Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y de la Entreprise minière et chimique (EMC). De conformidad con el último párrafo del apartado 4 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, que prevé que el Tribunal podrá decidir que una parte coadyuvante soporte sus propias costas, Kali und Salz GmbH y Kali und Salz Beteiligungs-AG soportarán sus propias costas.

261 A tenor del párrafo primero del apartado 4 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas. Por tanto, los Gobiernos que han intervenido como coadyuvantes en los presentes asuntos soportarán cada uno sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

decide:

- 1) Anular la Decisión 94/449/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (Asunto n° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand).
- 2) En el asunto C-68/94, condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas.

- 3) En el asunto C-30/95, condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas. Kali und Salz GmbH y Kali und Salz Beteiligungs-AG cargarán con sus propias costas.
- 4) La República Federal de Alemania, parte coadyuvante en el asunto C-68/94, y la República Francesa, parte coadyuvante en el asunto C-30/95, cargarán con sus propias costas.

Rodríguez Iglesias

Gulmann

Ragnemalm

Mancini

Moitinho de Almeida

Kapteyn

Murray

Edward

Puissochet

Hirsch

Jann

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 31 de marzo de 1998.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias