

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
31 de Março de 1998 \*

Nos processos apensos C-68/94,

**República Francesa**, representada por Edwige Belliard, directora adjunta na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e Catherine de Salins, subdirectora na mesma direcção, e por Jean-Marc Belorgey, encarregado de missão na mesma direcção, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada de França, 8 B, boulevard Joseph II,

recorrente,

contra

**Comissão das Comunidades Europeias**, representada por Berend Jan Drijber, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, assistido por Jacques Bourgeois, advogado no foro de Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

apoiada por

**República Federal da Alemanha**, representada por Ernst Röder, Ministerialrat no Ministério Federal da Economia, e Bernd Kloke, Regierungsrat no mesmo ministério, na qualidade de agentes, D — 53107 Bona,

interveniente,

\* Língua do processo: francês.

que tem por objecto a anulação da Decisão 94/449/CE da Comissão, de 14 de Dezembro de 1993, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (Processo n.º IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (JO 1994, L 186, p. 38),

e C-30/95,

**Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e Entreprise minière et chimique (EMC)**, representadas por Charles Price, advogado no foro de Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório da advogada Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains,

recorrentes,

apoiadas por

**República Francesa**, representada por Edwige Belliard, directora adjunta na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e Catherine de Salins, subdirectora na mesma direcção, e por Jean-Marc Belorgey, encarregado de missão na mesma direcção, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada de França, 8 B, boulevard Joseph II,

interveniente,

contra

**Comissão das Comunidades Europeias**, representada por Berend Jan Drijber, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, assistido por Jacques Bourgeois, advogado no foro de Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

apoiada por

Kali und Salz GmbH e Kali und Salz Beteiligungs-AG, representadas por Karlheinz Quack, advogado em Berlim, e Georg Albrechtskirchinger, advogado em Frankfurt am Main, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Marc Loesch, 11, rue Goethe,

intervenientes,

que tem por objecto a anulação parcial, por um lado, do artigo 1.º da Decisão 94/449/CE da Comissão, de 14 de Dezembro de 1993, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (Processo n.º IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (JO 1994, L 186, p. 38), na medida em que faz depender a declaração de compatibilidade da operação de concentração com o mercado comum do respeito das condições constantes do seu n.º 63 e, por outro, a anulação da referida decisão, na medida em que aceitou o compromisso referido no seu n.º 65, através do qual a Kali und Salz AG se comprometeu a alterar, até 30 de Junho de 1994, a estrutura da sociedade Potacan,

### O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, C. Gulmann (relator) e H. Ragnemalm, presidentes de secção, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch e P. Jann, juízes,

advogado-geral: G. Tesauero,  
secretário: R. Grass,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações das partes na audiência de 12 de Março de 1996, na qual a República Francesa foi representada, nos processos C-68/94 e C-30/95, por Jean-François Dobelle, director adjunto na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, e Jean-Marc Belorgey, a Comissão, nos processos C-68/94 e C-30/95, por Berend Jan Drijber, assistido por Jacques Bourgeois, a República Federal da Alemanha, no processo C-68/94, por Ernst Röder, a Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e a Entreprise minière et chimique (EMC), no processo C-30/95, representadas por Charles Price, e a Kali und Salz GmbH bem como a Kali und Salz Beteiligungs-AG, no processo C-30/95, por Karlheinz Quack e Georg Albrechtskirchinger,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 6 de Fevereiro de 1997,

profere o presente

## Acórdão

### Matéria de facto e tramitação processual

- <sup>1</sup> Em 14 de Julho de 1993, a Comissão recebeu a notificação, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO 1990, L 257, p. 14, a seguir «regulamento»), de um projecto de concentração entre a Kali und Salz AG (a seguir «K+S»), filial do grupo químico BASF, e a Mitteldeutsche Kali AG (a seguir «MdK»), cujo único accionista, o Treuhandanstalt (a seguir «Treuhand»), é um organismo de direito público encarregado da reestruturação das antigas empresas da ex-República Democrática Alemã.

- 2 A K+S opera essencialmente nos sectores do potássio, do sal-gema e da despoluição. A MdK reúne todas as actividades da ex-República Democrática Alemã no domínio do potássio e do sal-gema.
- 3 O projecto de concentração previa que a MdK seria transformada numa sociedade de responsabilidade limitada (MdK GmbH), para a qual a K+S e o Treuhand entrariam, uma com as suas actividades nas áreas «potássio» e «sal-gema», e o outro com 1 044 milhões de DM. Na empresa comum assim criada, a K+S e o Treuhand seriam titulares, respectivamente, de 51% e de 49% do capital social e do direito de voto.
- 4 Por carta de 5 de Agosto de 1993, a Comissão informou as partes na operação projectada da sua decisão de, nos termos dos artigos 7.º, n.º 2, e 18.º, n.º 2, do regulamento, prorrogar a suspensão da realização da operação de concentração até à adopção da decisão final.
- 5 Em 16 de Agosto de 1993, a Comissão decidiu, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do regulamento, instaurar o processo designado de «análise detalhada», devido ao facto de a operação de concentração notificada levantar sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum.
- 6 Em 13 de Outubro seguinte, a Comissão comunicou às partes as suas objecções, nos termos do artigo 18.º do regulamento. Segundo a Comissão, a concentração, na forma prevista no projecto notificado, podia criar uma situação de posição dominante colectiva no mercado comunitário com excepção da Alemanha e da Espanha.

- 7 Na sequência desta comunicação de acusações, as partes propuseram à Comissão assumir determinados compromissos a fim de dissipar as dúvidas da Comissão quanto ao aspecto de a concentração criar uma situação de posição dominante em regime de oligopólio no mercado em causa.
- 8 A Comissão apresentou seguidamente um projecto de decisão ao comité consultivo em matéria de concentração de empresas, conforme o previsto no artigo 19.º, n.ºs 3 e seguintes, do regulamento, o qual, em reunião de 3 de Dezembro de 1993, emitiu, por maioria dos seus membros, parecer favorável (JO 1994, C 199, p. 5).
- 9 A Comissão, por meio da Decisão 94/449/CE, de 14 de Dezembro de 1993, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (Processo n.º IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (JO 1994, L 186, p. 38, a seguir «decisão controvertida»), declarou compatível com o mercado comum o projecto de concentração, sob a condição, contudo, de, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, do regulamento, serem respeitados determinados compromissos assumidos pelas partes para com a Comissão. Efectivamente, nos termos da referida disposição, a Comissão «pode acompanhar a sua decisão [que declare uma operação de concentração compatível com o mercado comum] de condições e obrigações destinadas a garantir que as empresas em causa respeitem os compromissos assumidos perante a Comissão com vista a alterarem o projecto inicial de concentração».
- 10 O mercado do produto relevante, tal como está identificado na decisão controvertida, diz respeito aos produtos à base de sais de potássio utilizados na agricultura, os quais, por sua vez, compreendem o potássio vendido para utilização directa na agricultura e o vendido para o fabrico de adubos compostos. Quanto ao mercado geográfico do produto relevante, a Comissão identificou dois mercados distintos: o mercado alemão e o mercado comunitário com excepção da Alemanha.
- 11 No que respeita ao mercado alemão, a Comissão afirmou, no n.º 46 da decisão controvertida, que a operação de concentração projectada criaria um monopólio de facto, uma vez que as quotas de mercado da K+S e da MdK eram, respectivamente,

de 79% e de 19%, e concluiu, no n.º 50, que a operação de concentração projectada teria por efeito reforçar a posição dominante da K+S no mercado alemão do potássio. Contudo, e por aplicação da teoria da «failing company defence» (teoria da defesa da empresa em estado de insolvência), chegou à conclusão de que a operação de concentração referida no presente processo não era a causa do reforço da posição dominante da K+S no mercado alemão. A este respeito, no n.º 95 da decisão controvertida, declarou que as condições da «failing company defence» estão preenchidas, ou seja, que «... o reforço da posição dominante da K+S aconteceria igualmente se não se realizasse a operação de concentração, uma vez que a MdK abandonaria o mercado a curto prazo se não fosse adquirida por outra empresa, ficando nesse caso a sua quota de mercado para a K+S, podendo afirmar-se que está praticamente excluída a possibilidade de uma empresa diferente da K+S adquirir a totalidade ou uma parte substancial da MdK...» (v. também n.º 71 da decisão controvertida). A Comissão acrescentou, por outro lado, no n.º 95, que, tendo em conta a grave debilidade estrutural das regiões do Leste da Alemanha que seriam afectadas pela concentração prevista e as consequências provavelmente muito graves que o encerramento da MdK teria para essas regiões, esta conclusão está também de acordo com o objectivo fundamental do reforço da coesão económica e social da Comunidade, referido no décimo terceiro considerando do regulamento.

12 Quanto ao mercado comunitário, com excepção da Alemanha, a Comissão, no n.º 51 da decisão controvertida, salienta que, em consequência da operação de concentração projectada, duas entidades estariam em posição dominante: a K+S/MdK e a Société commerciale des potasses et de l'azote (a seguir «SCPA»), filial do grupo francês Entreprise minière et chimique (a seguir «EMC»), que está encarregada da distribuição do potássio.

13 A análise da Comissão baseia-se, por um lado, na verificação de que, para além do grupo K+S/MdK e SCPA, a oferta está fragmentada e provém de operadores que não parecem estar em condições de atacar a quota de mercado total de cerca de 60% detida pelo duopólio, e, por outro, numa forte presunção de que entre a K+S/MdK e a SCPA não existe qualquer concorrência efectiva, ao mesmo tempo devido às características do mercado do potássio, ao comportamento no passado da K+S e da SCPA e, por último, aos seus estreitos e antigos laços comerciais. Estes laços consistem essencialmente: a) no controlo de uma empresa comum no Canadá, a Potacan, cujo capital a K+S e a SCPA detêm 50% cada uma, b) na colaboração no

cartel de exportação da Kali-Export GmbH (a seguir «Kali-Export»), sociedade de direito austríaco com sede em Viena, que coordena as vendas de produtos à base de potássio dos seus membros nos países terceiros e da qual fazem parte, cada uma com 25% do capital, a K+S, a MdK, a EMC/SCPA e o produtor de potássio espanhol Coposa, e c) nas relações, de longa data, com base nas quais, na França, a SCPA efectua quase todos os fornecimentos da K+S (v. n.ºs 54 a 61 da decisão controvertida).

- 14 Nestas condições, a Comissão, nos n.ºs 57 e 62, considerou que a operação de concentração, que implicaria o acréscimo da quota de mercado da MdK, segundo produtor da Comunidade, no mercado comunitário com excepção da Alemanha, conduziria à criação de um duopólio constituído pela K+S/MdK e pela SCPA, que ocuparia uma posição dominante.
- 15 Para evitar que a Comissão declarasse a operação de concentração entre a K+S e a MdK incompatível com o mercado comum, as partes na referida concentração propuseram à Comissão determinados compromissos, constantes no n.º 63 da decisão controvertida, nos seguintes termos:

«— *Kali-Export GmbH, Viena*

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

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

— *Distribuição*

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

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

Foi precisamente tendo em conta estes compromissos que, como se referiu no n.º 9 do presente acórdão, a Comissão declarou o projecto de concentração compatível com o mercado comum.

- 16 No n.º 65 da decisão controvertida, é recordado que a K+S, tendo tomado conhecimento da preocupação da Comissão quanto aos efeitos negativos da operação de concentração sobre as condições de concorrência, assumiu o compromisso de alterar, até 30 de Junho de 1994, a estrutura da Potacan, de tal forma que cada parceiro ficasse com a possibilidade de comercializar, no mercado da Comunidade, o potássio produzido pela Potacan, independentemente do outro parceiro. Contudo, no n.º 67 da mesma decisão, esclarece-se que a Comissão decidiu não considerar o referido compromisso uma obrigação formal, entendendo que, «... Caso, apesar de todos os esforços, a K+S não consiga chegar a um acordo com a EMC, terá de ser encontrada uma solução adequada para os problemas de concorrência decorrentes da actual configuração da empresa comum Potacan, no âmbito do processo iniciado nos termos do Regulamento n.º 17/62 [do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir “Regulamento n.º 17”)]».

- 17 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 18 de Fevereiro de 1994, a República Francesa requereu, nos termos do artigo 173.º do Tratado CE, a anulação da decisão controvertida (processo C-68/94).
- 18 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 9 de Setembro de 1994, a República Federal da Alemanha foi admitida a intervir no mesmo processo em apoio dos pedidos da Comissão.
- 19 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 25 de Fevereiro de 1994, a SCPA e a EMC requereram, nos termos do artigo 173.º do Tratado, a anulação parcial da decisão controvertida.
- 20 No âmbito do recurso referido em último lugar, o presidente do Tribunal de Primeira Instância, por despacho de 10 de Maio de 1994, *Société commerciale des potasses et de l'azote e Entreprise minière et chimique/Comissão* (T-88/94 R, Colect., p. II-263), ordenou a suspensão da execução do artigo 1.º da decisão controvertida até ser posto termo ao processo de medidas provisórias, na medida em que a mesma poderia implicar a dissolução da Kali-Export, e indeferiu o pedido de medidas provisórias na parte restante.
- 21 Por despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Junho de 1994, *Société commerciale des potasses et de l'azote e Entreprise minière et chimique/Comissão* (T-88/94 R, Colect., p. II-401), foi suspensa a execução do artigo 1.º da decisão controvertida, na parte que impõe a retirada da K+S/MdK da Kali-Export, até ser proferido o acórdão no processo principal.
- 22 Por despacho do presidente da Primeira Secção do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Julho de 1994, a República Francesa foi admitida a intervir no processo T-88/94, em apoio dos pedidos das recorrentes.

- 23 Por despacho do presidente da Segunda Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Janeiro de 1995, a Kali und Salz Beteiligungs-AG (anteriormente K+S) e a Kali und Salz GmbH (anteriormente MdK, a seguir «empresas intervenientes») foram admitidas a intervir no processo T-88/94, em apoio dos pedidos da Comissão.
- 24 Tendo em conta a circunstância de, nos recursos interpostos para o Tribunal de Justiça e para o Tribunal de Primeira Instância, ter sido posta em causa a validade do mesmo acto, o Tribunal de Primeira Instância, por despacho da Segunda Secção Alargada de 1 de Fevereiro de 1995, Société commerciale des potasses et de l'azote e Entreprise minière et chimique/Comissão (Colect., p. II-221), declinou a competência no processo T-88/94, para que o Tribunal de Justiça se possa pronunciar sobre o pedido de anulação. O referido processo foi registado na Secretaria do Tribunal de Justiça, em 8 de Fevereiro seguinte, sob o número C-30/95.
- 25 Com base no relatório do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, o Tribunal de Justiça decidiu iniciar a fase oral em ambos os processos, sem instrução.

### Pedidos das partes

#### *No processo C-68/94*

- 26 A República Francesa conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- anular a decisão controvertida;
- condenar a Comissão nas despesas.

27 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- negar provimento ao recurso;
- condenar a República Francesa nas despesas.

28 A República Federal da Alemanha, que interveio em apoio dos pedidos da Comissão, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- negar provimento ao recurso.

*No processo C-30/95*

29 A SCPA e a EMC concluem pedindo que o Tribunal se digne:

- anular parcialmente o artigo 1.º da decisão controvertida, na medida em que faz depender a declaração de compatibilidade da operação de concentração com o mercado comum do respeito das condições constantes do n.º 63;
- anular parcialmente a decisão controvertida, na parte em que aceita o compromisso referido no n.º 65, através do qual a K+S se comprometeu a alterar, até 30 de Junho de 1994, a estrutura da sociedade Potacan de tal forma que cada accionista da mesma fique com a possibilidade de comercializar, no mercado da Comunidade, o potássio recebido da Potacan, independentemente do outro;
- condenar a Comissão nas despesas;
- condenar as intervenientes a suportar as suas despesas.

30 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- julgar o recurso inadmissível;
- negar provimento ao recurso;
- condenar as recorrentes nas despesas.

31 A República Francesa, que interveio em apoio dos pedidos das recorrentes, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- dar provimento aos pedidos das recorrentes de anulação parcial da decisão controvertida;
- condenar a Comissão nas despesas.

32 As intervenientes Kali und Salz Beteiligungs-AG e Kali und Salz GmbH, que sucederam, respectivamente, à K+S e à MdK, apoiam os pedidos da Comissão e solicitam que o Tribunal condene as sociedades recorrentes nas despesas.

### Quanto à apensação dos processos C-68/94 e C-30/95

33 Dada a conexão dos dois processos, confirmada na audiência, devem os mesmos, nos termos do artigo 43.º do Regulamento de Processo, ser apensos para efeitos do presente acórdão.

**Quanto à admissibilidade (processo C-30/95)**

- 34 Abordando também o mérito da causa, a Comissão suscita uma questão prévia de admissibilidade em relação ao recurso de anulação interposto pela SCPA e pela EMC, que se divide em três partes. Em primeiro lugar, a Comissão contesta a possibilidade de um recurso de anulação parcial no caso concreto. Em segundo lugar, afirma que a decisão controvertida não diz directa nem individualmente respeito às sociedades recorrentes. Em terceiro lugar, invoca a ausência de carácter decisório do compromisso relativo à Potacan, que a Comissão se limitou a registar.

*Quanto à anulação parcial*

- 35 A Comissão afirma que a anulação, nem que fosse de apenas uma das condições que acompanham a declaração de compatibilidade da operação de concentração com o mercado comum, alteraria a própria essência da decisão controvertida, uma vez que as condições da autorização da operação de concentração deixariam de estar preenchidas. Daqui resultaria que a Comissão seria obrigada a revogar na íntegra a referida decisão.
- 36 As sociedades recorrentes alegam, em contrapartida, que as condições controvertidas podem ser separadas da parte restante da decisão e que a respectiva anulação só teria como efeito torná-la incondicional. Assim, o artigo 8.º, n.º 5, do regulamento, que autoriza a Comissão a revogar a sua decisão em caso de desrespeito de um compromisso pelas partes, não é aplicável.
- 37 Como o advogado-geral salientou no n.º 26 das suas conclusões, esta questão prévia deve ser analisada simultaneamente com o mérito do recurso, uma vez que será deste modo possível verificar se a eventual anulação das condições é susceptível de se repercutir na parte restante da decisão, impondo a sua anulação total.

*Quanto à legitimidade para agir*

- 38 A Comissão alega que, nos termos do artigo 173.º do Tratado, os particulares que não forem destinatários de uma decisão das instituições dirigida a outros particulares só podem interpor recurso de anulação da mesma se esta lhes disser directa e individualmente respeito. Ora, no entendimento da Comissão, a decisão controvertida não diz directa e individualmente respeito à SCPA nem à EMC.
- 39 A Comissão salienta, a este respeito, designadamente, que, ao contrário do que impõe a jurisprudência constante (v. acórdãos de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Colect. 1962-1964, p. 279, e de 24 de Fevereiro de 1987, Deutz und Geldermann/Conselho, 26/86, Colect., p. 941), as sociedades recorrentes não são afectadas devido a certas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que as caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim as individualiza de maneira análoga à do destinatário. Efectivamente, essas sociedades, que foram expressamente referidas na decisão controvertida, não tomaram parte no procedimento que teve lugar na Comissão, pelo que não se pode considerar que a referida decisão lhes diga individualmente respeito. A este propósito, a Comissão alega, em especial, que, ao contrário dos critérios desenvolvidos no acórdão de 28 de Janeiro de 1986, Cofaz e o./Comissão (169/84, Colect., p. 391), essas sociedades não estiveram envolvidas no procedimento desde o início e não influenciaram significativamente o respectivo desenvolvimento através das suas observações. Além disso, a SCPA, enquanto accionista da Kali-Export, é afectada pela decisão controvertida do mesmo modo que o outro accionista do cartel, a Coposa, enquanto a EMC não pode invocar a circunstância de ser accionista de uma sociedade envolvida numa decisão de concentração para se considerar que a mesma lhe diz individualmente respeito (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Outubro de 1993, Zunis Holding e o./Comissão, T-83/92, Colect., p. II-1169). Por último, o facto de a EMC ser titular de 50% do capital da Potacan não basta para se considerar que a decisão lhe diz individualmente respeito, uma vez que o compromisso relativo à Potacan não tem carácter decisório.
- 40 As empresas intervenientes afirmam que só elas são afectadas pelas condições impostas pela Comissão. Estas condições podem, no máximo, afectar indirectamente os interesses das recorrentes, o que, nos termos da jurisprudência, não

constitui motivo suficiente para lhes conceder o direito de recurso contra as referidas condições (acórdãos de 18 de Março de 1975, *Union syndicale-Service public européen e o./Conselho*, 72/74, *Recueil*, p. 401, *Colect.*, p. 159, e de 28 de Outubro de 1982, *Groupement des agences de voyages/Comissão*, 135/81, *Recueil*, p. 3799).

- 41 Em apoio da admissibilidade dos seus recursos, as sociedades recorrentes alegam, em primeiro lugar, que não apenas são expressamente referidas na decisão controvertida como inclusive na própria *ratio* da decisão e na exposição de motivos da Comissão.
- 42 Em seguida, salientam que, para decidir se uma decisão diz individualmente respeito a um particular, há que tomar em conta, segundo a jurisprudência, e, designadamente, o acórdão *Cofaz e o./Comissão*, já referido, por um lado, o prejuízo causado à empresa em questão e, por outro, o papel que a mesma empresa desempenhou no procedimento que teve lugar na Comissão.
- 43 No que respeita ao prejuízo, as sociedades recorrentes afirmam que a SCPA sofreu um prejuízo devido à dissolução da Kali-Export, que resulta directamente do abandono forçado da K+S da Kali-Export. Do mesmo modo, a obrigação de a K+S pôr termo às relações de distribuição com a SCPA implica necessariamente um prejuízo para esta. Por outro lado, o facto de a Comissão aceitar o compromisso assumido pela K+S, de alterar a estrutura da Potacan, equivale a impor uma partilha da produção que é muito prejudicial para a EMC e para a Potacan, mas que, em contrapartida, pode ser bastante vantajoso para a K+S. No que se refere à segunda condição prevista no acórdão *Cofaz e o./Comissão*, está provado que as empresas recorrentes participaram ambas no procedimento que levou à decisão controvertida.
- 44 Por último, a SCPA e a EMC consideram que a decisão as afecta em virtude de certas qualidades que lhes são próprias.

- 45 A SCPA depende em grande medida da Kali-Export, no que se refere às suas vendas para a grande exportação, o que a distingue nitidamente da Coposa: entre 50% a 60% das exportações da SCPA são realizadas por intermédio da Kali-Export, representando as vendas para a grande exportação, por si só, cerca de 15% do total das vendas. A situação da SCPA distingue-se também da da Coposa devido ao facto de a empresa francesa ser afectada pela condição relativa à rescisão das relações de distribuição existentes entre a mesma e a K+S, bem como pelo compromisso relativo à Potacan. Em qualquer caso, de modo nenhum resulta do acórdão Plaumann/Comissão, já referido, que a mesma decisão não possa dizer individualmente respeito a duas ou mais pessoas. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça, em várias ocasiões, decidiu que recursos interpostos por várias pessoas podiam ser todos julgados admissíveis (acórdãos Cofaz e o./Comissão, já referido; de 13 de Maio de 1971, International Fruit Company e o./Comissão, 41/70 a 44/70, Colect., p. 131, e de 14 de Novembro de 1984, Intermills/Comissão, 323/82, Recueil, p. 3809).
- 46 No entender das sociedades recorrentes, a decisão controvertida diz individualmente respeito à EMC, dado que a referida decisão, por um lado, implica que a K+S proponha alterações à estrutura da Potacan, que serão prejudiciais tanto a esta como à EMC, e, por outro, implica a dissolução da Kali-Export, deixando assim o grupo EMC sem rede de vendas no que respeita à grande exportação. Por outro lado, a EMC é titular da totalidade das acções da SCPA.
- 47 Quanto à questão de saber se a decisão controvertida diz directamente respeito às sociedades recorrentes, estas salientam que tanto a retirada da SCPA da Kali-Export como a rescisão das relações de distribuição existentes entre a SCPA e a K+S são a consequência directa da referida decisão.
- 48 A título liminar, deve recordar-se que, nos termos do artigo 173.º, n.º 4, do Tratado, uma pessoa singular ou colectiva só pode interpor recurso de uma decisão dirigida a outra pessoa se a mesma decisão lhe disser directa e individualmente respeito. Dado que a decisão controvertida é dirigida à K+S, à MdK e ao Treuhand, há que analisar se a mesma diz directa e individualmente respeito às sociedades recorrentes.

- 49 No que respeita, em primeiro lugar, à questão de saber se a decisão controvertida diz directamente respeito a estas últimas, é forçoso concluir que as condições de cujo respeito depende a declaração de compatibilidade com o mercado comum da operação de concentração se referem a compromissos assumidos, pelas partes na operação de concentração, para com a Comissão, cuja execução afecta, de direito e de facto, a situação da SCPA. Efectivamente, por um lado, a realização da condição relativa ao abandono por parte da K+S/MdK da Kali-Export põe em causa, no caso concreto, a própria sobrevivência do referido cartel de exportação e, assim, designadamente, a posição da SCPA, que não tem rede de vendas para escoar os seus produtos nos mercados de grande exportação. Por outro lado, a realização da outra condição referida no artigo 1.º da parte dispositiva da decisão controvertida implica a rescisão das relações de distribuição que a SCPA tem com a K+S.
- 50 No que respeita à EMC, resulta da decisão controvertida que a Comissão a considerou como parte de uma única e mesma entidade, juntamente com a SCPA. Em especial, a EMC, no n.º 64 da decisão controvertida, foi considerada como destinatária material, em conjunto com a SCPA, da condição relativa à Kali-Export, e isto apesar da participação apenas formal da SCPA no cartel em questão. No caso concreto, a confusão entre ambas as sociedades tem origem no facto de a EMC ser titular da totalidade do capital da SCPA. Assim, a posição da EMC não pode, no restante, diferenciar-se da da SCPA no que respeita à legitimidade para agir.
- 51 Por último, embora seja certo que as condições que acompanham a decisão controvertida da Comissão só podem afectar os interesses das sociedades recorrentes na medida em que os compromissos ali referidos sejam cumpridos pelas partes na operação de concentração, não se pode, contudo, duvidar de que, na medida em que estas se comprometeram, para com a Comissão, a adoptar determinadas medidas como contrapartida da declaração de compatibilidade com o mercado comum da operação de concentração, a vontade das partes na concentração de respeitar os compromissos é firme e consequente, tanto mais que a Comissão, nos termos do artigo 8.º, n.º 5, alínea b), do regulamento, pode revogar a sua decisão se as empresas em causa desrespeitarem um encargo que acompanhe a mesma decisão (v., neste sentido, acórdão de 17 de Janeiro de 1985, Piraiki-Patraiki e o./Comissão, 11/82, Recueil, p. 207, n.ºs 7 a 9).

- 52 Consequentemente, deve considerar-se que a decisão controvertida diz directamente respeito à SCPA e à EMC, na medida em que enuncia as condições recordadas no n.º 49 do presente acórdão.
- 53 Em segundo lugar, quanto à questão de saber se a decisão diz também individualmente respeito às sociedades recorrentes, deve desde logo recordar-se que, como o Tribunal de Justiça esclareceu no acórdão Plaumann/Comissão, já referido, os sujeitos que não sejam destinatários de uma decisão só podem afirmar que esta lhes diz individualmente respeito se a mesma os afectar devido a certas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim os individualiza de maneira análoga à dos destinatários.
- 54 Tendo em conta que, a este respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça confere importância ao papel desempenhado pelas pessoas singulares ou colectivas no âmbito da fase pré-contenciosa do processo (v., neste sentido, acórdãos de 20 de Março de 1985, *Timex/Comissão e Conselho*, 264/82, *Recueil*, p. 859, e *Cofaz e o./Comissão*, já referido, n.º 24), importa salientar, em primeiro lugar, que as sociedades recorrentes apresentaram as suas observações durante o procedimento administrativo que teve lugar na Comissão, o que foi tido em conta para efeitos da decisão controvertida. Em especial, resulta do processo que, em consequência das preocupações expressas pelas recorrentes, a Comissão renunciou a fazer do compromisso das partes na operação de concentração relativo à Potacan uma condição formal da compatibilidade da concentração com o mercado comum.
- 55 Resulta ainda do próprio texto da decisão controvertida, designadamente dos n.ºs 51 a 64, que, à luz da operação de concentração em causa, a situação da EMC/SCPA está nitidamente caracterizada em relação à dos restantes fornecedores de potássio considerados. Efectivamente, as condições de que depende a declaração de compatibilidade são o resultado da apreciação que a Comissão fez da situação da concorrência decorrente da operação de concentração, tendo principalmente em conta a situação da EMC/SCPA enquanto elemento de um duopólio com a K+S/MdK.

- 56 Por último, afigura-se que estas condições, que pretendem dissolver os laços entre a K+S e a EMC/SCPA, incidem principalmente sobre os interesses desta última e são susceptíveis de afectar de modo substancial a sua posição no mercado.
- 57 Nestas circunstâncias, o simples facto de os interesses da Coposa serem também afectados por uma das condições em questão, ou seja, a relativa à retirada da K+S/MdK da Kali-Export, não pode, por si só, excluir que a decisão controvertida diga individualmente respeito às sociedades recorrentes, na medida em que fixa as referidas condições.
- 58 Deve, assim, reconhecer-se que a decisão controvertida diz individualmente respeito às sociedades recorrentes, na medida em que impõe as condições acima referidas.
- 59 Consequentemente, não colhe a segunda parte da questão prévia de admissibilidade suscitada pela Comissão.

*Quanto à possibilidade de impugnar a decisão controvertida na parte que se refere ao compromisso relativo à Potacan*

- 60 A Comissão e as empresas intervenientes afirmam que a parte da decisão que se refere ao compromisso relativo à sociedade Potacan não pode ser equiparada a uma decisão recorrível nos termos do artigo 173.º do Tratado, por não poder produzir efeitos jurídicos vinculativos susceptíveis de afectar os interesses das sociedades recorrentes. Efectivamente, o referido compromisso não é objecto de uma condição formal na acepção do artigo 8.º, n.º 2, do regulamento. A Comissão salienta que se limitou apenas a registar o compromisso da K+S.

- 61 No entender das sociedades recorrentes, o compromisso proposto pela K+S e aceite pela Comissão deve ser equiparado a uma condição na aceção do artigo 8.º, n.º 2, do regulamento, na medida em que cria uma obrigação para a K+S. Para estas sociedades, o compromisso em questão pode ser entendido como sendo semelhante ao assumido pelas empresas em causa no processo dito «pasta de papel II» (acórdão de 31 de Março de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *Colect.*, p. I-1307), no qual o Tribunal de Justiça equiparou as obrigações decorrentes deste compromisso para as referidas empresas às injunções com o fim de fazer cessar a infracção, previstas no artigo 3.º do Regulamento n.º 17.
- 62 Deve recordar-se que, segundo jurisprudência constante, as medidas que produzam efeitos jurídicos vinculativos que afectem os interesses do recorrente, alterando de forma caracterizada a situação jurídica deste, constituem actos ou decisões susceptíveis de recurso de anulação na aceção do artigo 173.º do Tratado (acórdão de 11 de Novembro de 1981, *IBM/Comissão*, 60/81, *Recueil*, p. 2639, n.º 9).
- 63 Ora, para determinar se um acto ou uma decisão produz efeitos desse tipo há que atender à sua substância.
- 64 Resulta dos n.ºs 65 e 67 da decisão controvertida que a Comissão, por um lado, registou, sem o entender como uma obrigação em sentido formal, o compromisso da K+S de, até 30 de Junho de 1994, adaptar a estrutura da Potacan a fim de que cada parceiro ficasse com a possibilidade de comercializar, no mercado da Comunidade, potássio produzido pela Potacan, independentemente do outro parceiro, e, por outro, parte do princípio de que a K+S fará todos os possíveis no sentido de chegar a um acordo com a EMC/SCPA quanto a uma transformação da Potacan que satisfaça as referidas condições.
- 65 No n.º 66 da decisão controvertida, esclarece-se que qualquer reestruturação da Potacan só pode ser efectuada com o acordo do parceiro francês.

- 66 Afigura-se, assim, que o compromisso da K+S tem, em última análise, por objecto iniciar negociações com a EMC/SCPA, com a finalidade de uma reestruturação da Potacan.
- 67 Assim, mesmo pressupondo que a parte da decisão controvertida que se refere ao compromisso da K+S relativo à Potacan seja juridicamente vinculativa para a K+S, a mesma não pode, em qualquer caso, produzir efeitos jurídicos vinculativos que afectem os interesses da entidade EMC/SCPA, alterando de forma caracterizada a situação jurídica desta. Efectivamente, a EMC/SCPA só poderá, no caso concreto, ver a sua situação jurídica afectada se a sua própria vontade contribuir para isso. Isto equivale, no presente processo, a verificar, no essencial, que a parte da decisão controvertida que se refere ao compromisso relativo à Potacan não afecta directamente a EMC/SCPA.
- 68 Assim sendo, há que salientar, todavia, como fez o advogado-geral no n.º 38 das suas conclusões, a ambiguidade da atitude da Comissão, que, como resulta do n.º 67 da decisão controvertida, referido no n.º 16 do presente acórdão, originou uma confusão menos feliz entre o procedimento que se rege pelo regulamento e o previsto no Regulamento n.º 17.
- 69 Tendo em conta o que antecede, há que acolher a terceira parte da questão prévia de admissibilidade suscitada pela Comissão.

*Quanto à falta de interesse em agir*

- 70 As empresas intervenientes afirmam que, uma vez que já foram cumpridos os dois compromissos a que as sociedades recorrentes estavam obrigadas por força das condições impostas na parte dispositiva da decisão controvertida, as mesmas já não têm interesse na anulação pelo Tribunal de condições que são, por isso, obsoletas. Em contrapartida, a Comissão não invoca a falta de interesse em agir das sociedades recorrentes.

- 71 No entender destas últimas, resulta do acórdão de 5 de Maio de 1980, Könecke/Comissão (76/79, Recueil, p. 665), que o facto de uma decisão ter sido executada não constitui obstáculo a um recurso de anulação, uma vez que o mesmo conserva todo o interesse como base para uma eventual acção de indemnização.
- 72 A este respeito, há que recordar que, nos termos do artigo 37.º, quarto parágrafo, do Estatuto CE do Tribunal de Justiça, os pedidos do requerimento de intervenção não podem ter outro objecto que não seja o de sustentar os pedidos de uma das partes em litígio. Por outro lado, nos termos do disposto no artigo 93.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, o interveniente aceita o processo no estado em que este se encontra no momento da sua intervenção. De onde se conclui que os intervenientes não têm legitimidade para suscitar a questão prévia de admissibilidade e que o Tribunal não é, portanto, obrigado a examinar os fundamentos por estes invocados (v., neste sentido, acórdão de 15 de Junho de 1993, Matra/Comissão, C-225/91, Colect., p. I-3203, n.ºs 11 e 12).
- 73 Contudo, como o Tribunal de Justiça recordou no despacho de 24 de Setembro de 1987, Vlachou/Tribunal de Contas (134/87, Colect., p. 3633, n.º 6), nos termos do artigo 92.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, o Tribunal pode a todo tempo e officiosamente verificar a falta de pressupostos processuais.
- 74 Ora, independentemente do ponto de saber se a questão prévia suscitada pelas empresas intervenientes deve ser considerada relativa à falta de pressupostos processuais, há que declarar que, nos termos do acórdão Könecke/Comissão (já referido, n.º 9), mesmo no caso de, devido às circunstâncias, a execução da obrigação que incumbe à instituição de que provém o acto anulado, de tomar as medidas que implica o cumprimento do acórdão do Tribunal de Justiça, se mostre impossível, o recurso de anulação mantém pelo menos interesse como base para uma eventual acção de indemnização.
- 75 Tendo em conta o que antecede, não se afigura, em qualquer caso, que esteja demonstrada a falta de interesse em agir por parte das sociedades recorrentes.

## Quanto ao mérito

### *Fundamentos invocados pelas recorrentes*

- 76 A República Francesa e as sociedades recorrentes solicitam, respectivamente, a anulação total e a anulação parcial da decisão controvertida. As diferentes acusações que formulam identificam-se parcialmente e podem ser agrupadas em torno de quatro fundamentos principais, dos quais os dois primeiros foram apenas desenvolvidos pelo Governo francês. Dado que os dois últimos fundamentos são comuns, serão abordados conjuntamente. Em primeiro lugar, a Comissão não respeitou a obrigação que lhe incumbe de colaborar com as autoridades nacionais. Em segundo lugar, a Comissão avaliou erradamente os efeitos da concentração sobre o mercado alemão. Em terceiro lugar, a Comissão fez uma apreciação errada da operação de concentração sobre o mercado comunitário com excepção da Alemanha. Em quarto lugar, o regulamento não permite fazer depender a declaração de compatibilidade de condições e encargos que se repercutam em terceiros alheios à operação de concentração.

### A — Quanto à inobservância da obrigação de colaboração com as autoridades nacionais

- 77 Com este fundamento, o Governo francês acusa a Comissão de não ter respeitado as obrigações, previstas no artigo 19.º do regulamento, que prevêm, por um lado, que a Comissão manterá uma ligação estreita e constante com as autoridades competentes dos Estados-Membros, nomeadamente, transmitindo-lhes, no mais breve prazo, os documentos mais importantes que tenha recebido ou que tenha emitido e, por outro lado, que colocará o comité consultivo em posição de poder emitir o seu parecer com pleno conhecimento de causa.
- 78 No que respeita à primeira obrigação, o Governo francês refere que a Comissão não forneceu em tempo útil às autoridades nacionais competentes os dados

indispensáveis para a apreciação da pertinência da definição dos mercados em causa e do impacto da operação de concentração sobre a concorrência. No caso concreto, trata-se de dados quantificados em que a Comissão se baseou na comunicação das suas objecções e que respeitam à repartição das vendas de cada operador, por Estado-Membro, expressa em volumes. Na sequência do pedido reiterado das autoridades francesas (Serviço da Concorrência e Orientação das Actividades do Ministério da Economia), a Comissão limitou-se a comunicar telefonicamente alguns dos dados solicitados. O Governo francês refere que, embora a autoridade francesa tenha seguidamente enviado à Comissão nova correspondência, solicitando que lhe fosse comunicada a totalidade das informações necessárias e que fossem confirmadas por escrito as fornecidas verbalmente, apenas em 13 de Dezembro de 1993, data em que o comité consultivo se reuniu, é que a Comissão comunicou formalmente as informações solicitadas desde 18 de Outubro do mesmo ano. Acresce que o documento que continha estas informações referia erradamente que a SCPA escoava no território belga-luxemburguês 221 000 toneladas de produtos em lugar de 22 000 toneladas.

- 79 No que respeita à segunda obrigação, o Governo francês alega que a apresentação dos dados quantificados por ocasião da reunião do comité consultivo foi muito tardia. Em seu entender, estas informações deveriam ter sido transmitidas o mais tardar juntamente com o anteprojecto de decisão anexo à convocatória do comité consultivo, que deve ter lugar pelo menos catorze dias antes da reunião. Ao assim proceder, a Comissão impediu o comité consultivo de emitir um parecer esclarecido sobre o anteprojecto de decisão.
- 80 Em conclusão, o Governo francês afirma que a Comissão violou as formalidades essenciais impostas para a adopção da decisão controvertida e que a referida violação conduziu a um resultado provavelmente diferente do que seria obtido se as referidas formalidades fossem respeitadas (acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, C-142/87, Colect., p. I-959).
- 81 A Comissão contesta que os dados relativos aos volumes de potássio comercializados em cada Estado-Membro pelas diferentes empresas que operam na Comunidade se enquadrem na categoria dos documentos mais importantes do processo

pendente nos seus serviços, na acepção do artigo 19.º, n.º 1, do regulamento. Em qualquer caso, os referidos dados foram comunicados telefonicamente às autoridades francesas em 5 de Novembro de 1993, sem prejuízo de verificação, tendo em conta que estava em curso a análise da Comissão.

82 A Comissão salienta que a comunicação das acusações, enviada ao Governo francês em 14 de Outubro de 1993, bem como o anteprojecto de decisão, transmitido em 16 de Novembro de 1993, referem todos os elementos importantes, incluindo as quotas de mercado dos operadores presentes na Comunidade, pelo que as autoridades competentes dos Estados-Membros estavam suficientemente informadas para poderem emitir um parecer fundamentado. Efectivamente, a informação relativa aos volumes de potássio comercializados serviu unicamente para apoiar a informação relativa às quotas de mercado.

83 Quanto ao erro de escrita na indicação do volume de potássio vendido pela SCPA no território belga-luxemburguês, no entender da Comissão, o mesmo em nada pôde influenciar o parecer do comité consultivo, dado o seu carácter manifesto. A este respeito, a Comissão salienta que este dado errado não foi repercutido nem nas quotas de mercado inscritas na segunda coluna da parte do quadro relativa ao mercado belga-luxemburguês, nem no montante total das vendas imputado ao referido mercado. Nestas condições, não é concebível que os membros do comité consultivo, que são peritos em matéria de operações de concentração, tenham podido ser induzidos em erro pelo referido erro de escrita.

84 Deve recordar-se que o artigo 19.º, n.º 1, do regulamento impõe que a Comissão transmita «no prazo de três dias úteis, às autoridades competentes dos Estados-Membros, cópias das notificações, bem como, no mais breve prazo, os documentos mais importantes que tenha recebido ou que tenha emitido em aplicação do presente regulamento». O n.º 2 da mesma disposição esclarece que «A Comissão conduzirá os processos referidos no presente regulamento em ligação estreita e constante com as autoridades competentes dos Estados-Membros, que estão habilitadas a formular quaisquer observações sobre esses processos...» Por último, o artigo 19.º prevê a participação de representantes das autoridades nacionais num

comité consultivo *ad hoc* encarregado de emitir um parecer com base num resumo do processo com indicação dos documentos mais importantes e num anteprojecto de decisão.

85 No presente processo, é pacífico que a Comissão transmitiu em tempo útil às autoridades francesas e ao comité consultivo tanto as objecções dirigidas às partes que notificaram o projecto de concentração como o anteprojecto de decisão relativo à operação projectada.

86 Ora, o referido anteprojecto contém, designadamente, as seguintes informações:

Quanto ao mercado alemão

— os fabricantes de potássio alemães têm praticamente o monopólio do mercado alemão, o qual, por diversas razões, constitui um mercado muito pouco permeável às importações;

Quanto ao mercado comunitário com excepção da Alemanha

— a Coposa detém cerca de 85% do mercado espanhol. Contudo, e diferentemente da Alemanha, a Espanha importa quantidades significativas e crescentes de potássio do produtor britânico Cleveland Potash Ltd (a seguir «CPL») e, em menor medida, de produtores de países terceiros, como a DSW (produtor israelita);

- a SCPA não controla a distribuição em França na mesma medida que a K+S na Alemanha. Efectivamente, a CPL conseguiu criar a sua própria rede de distribuição. Por outro lado, e ao contrário da situação existente na Alemanha, a gama de adubos à base de potássio que as minas francesas podem produzir pode também ser obtida a partir de fontes exteriores à França;
- a K+S/MdK e a SCPA têm quotas de mercado cumulativas de cerca de 50% (entre 15% e 20% a K+S, menos de 10% a MdK e cerca de 25% a SCPA). Contudo, tendo em conta o facto de a SCPA comercializar também grandes quantidades de potássio de outros produtores e, designadamente, produtos importados de países terceiros, o conjunto das vendas controladas pela K+S/MdK e pela SCPA representa quotas de mercado cumulativas de cerca de 60%;
- as importações da Comunidade dos Estados Independentes (a seguir «CEI») atingem 8% (cerca de 5%, se se excluïrem as importações da CEI que transitam por meio da SCPA);
- a CPL detém 15% do mercado;
- a Coposa detém menos de 10% do mercado;
- a DSW tem uma quota de mercado de pouco mais de 5%;
- a PCA (produtor canadiano) tem uma quota de mercado inferior a 5%;
- a Canpotex (produtor canadiano) tem uma quota de mercado inferior a 1%;
- a APC (produtor jordano) tem uma quota de mercado inferior a 1%;

— todos os Estados-Membros, com excepção da Alemanha, quer tenham ou não produção própria de potássio, importam quantidades consideráveis de produtos de outros Estados-Membros e, por vezes, de países terceiros.

87 Nestas condições, o documento que referia em detalhe a repartição das vendas de cada operador por Estado-Membro não pode ser considerado como um dos documentos mais importantes que a Comissão, nos termos do artigo 19.º do regulamento, era obrigada, por um lado, a transmitir no mais breve prazo às autoridades competentes dos Estados-Membros e, por outro, a indicar no resumo do processo anexo à convocatória do comité consultivo. Efectivamente, os dados contidos no referido documento não são susceptíveis de pôr em causa o estado do mercado tal como resulta das informações contidas no anteprojecto de decisão e referidas no n.º 86 do presente acórdão. Esta conclusão é igualmente válida no que se refere ao dado constante do referido documento e relativo ao volume de potássio escoado pela SCPA nos territórios belga e luxemburguês, cujo carácter errado resulta manifesto, como a Comissão salienta correctamente, através dos restantes dados quantitativos relevantes constantes do documento.

88 Deste modo, não se afigura que, no presente processo, tenham sido violadas as obrigações impostas à Comissão pelo artigo 19.º do regulamento.

89 Assim, há que julgar improcedente o primeiro fundamento.

B — Quanto à errada apreciação dos efeitos da operação de concentração sobre o mercado alemão

90 O Governo francês acusa a Comissão de ter feito uma aplicação incorrecta do regulamento, ao autorizar, nos termos da doutrina da defesa da empresa em estado de insolvência («failing company defence») e sem impor qualquer condição, uma operação de concentração que leva à criação de um monopólio no mercado alemão do potássio.

91 Quanto à utilização errada da referida doutrina, o Governo francês lembra que se trata de uma doutrina decorrente da regulamentação *antitrust* americana, nos termos da qual uma concentração não pode ser considerada como causa da criação ou do reforço de uma posição dominante quando estejam preenchidas as seguintes condições:

- a) uma das empresas parte na concentração se encontre em situação de não poder mesmo honrar os seus compromissos num futuro próximo;
- b) a mesma empresa seja incapaz de se reestruturar com hipóteses de êxito, na aceção do capítulo 11 do Bankruptcy Act;
- c) não existam outras soluções menos prejudiciais para as condições da concorrência do que a operação de concentração;
- d) a empresa insolvente desapareceria do mercado, caso não fosse realizada a operação de concentração.

92 Ora, a Comissão referiu-se à doutrina da «failing company defence», sem ter em conta a totalidade dos critérios constantes da regulamentação *antitrust* americana, e, em especial, os referidos nas alíneas a) e b), enquanto só a observância, na íntegra, dos critérios americanos garante a aplicação de um mecanismo de excepção cuja utilização não agrave uma situação concorrencial já degradada.

93 O Governo francês afirma que a Comissão, ao considerar que, em qualquer caso, a K+S iria retomar a quota de mercado da MdK na Alemanha, introduziu arbitrariamente o critério da absorção das quotas de mercado.

- 94 O Governo francês salienta que a absorção, por parte da K+S, da quota de mercado da MdK, no caso de desaparecimento desta, mostra que o mercado alemão é impermeável à concorrência, mas não permite pôr de parte a natureza prejudicial da operação em termos de concorrência.
- 95 Por outro lado, a Comissão não demonstrou que os critérios que teve em conta, relativos ao desaparecimento da empresa e à falta de alternativas de aquisição menos prejudiciais para a concorrência, foram efectivamente satisfeitos no caso concreto.
- 96 No que se refere ao alegado desaparecimento da MdK na ausência da operação de concentração, o Governo francês refere que a Comissão não teve de modo nenhum em conta a eventualidade de a MdK, em consequência de um processo de reestruturação autónomo levado a cabo com o auxílio financeiro do Treuhand no âmbito dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CE, poder recuperar a viabilidade.
- 97 Por último, considera que a Comissão não demonstrou que não existia outra possibilidade de retoma menos prejudicial para a concorrência. A este respeito, o Governo francês salienta que os sindicatos da MdK invocaram falta de transparência do processo para a apresentação de propostas.
- 98 No que respeita à falta de condições para autorizar a operação de concentração no mercado alemão, o Governo francês salienta que, em qualquer caso, a decisão controvertida, na medida em que autoriza, sem qualquer condição, a operação no mercado alemão, no qual a empresa comum é detentora de uma quota de mercado de 98%, está viciada por um erro manifesto de apreciação e é contrária ao artigo 2.º, n.º 3, do regulamento. Efectivamente, é evidente que a operação em causa reforça a posição dominante da K+S na Alemanha, tendo como consequência que a concorrência será significativamente prejudicada numa parte substancial do mercado comum.

- 99 A este respeito, o Governo francês salienta que o objectivo da coesão económica e social referido nos artigos 2.º e 3.º, alínea j), do Tratado CE, também recordado no décimo terceiro considerando do regulamento, para o qual a Comissão remete na decisão, embora deva ser tido em consideração na apreciação das operações de concentração, não pode, em qualquer caso, justificar uma autorização que inviabiliza o objectivo essencial do controlo comunitário das operações de concentração, que consiste na protecção da concorrência. Em última análise, a Comissão só pode autorizar a operação fazendo apelo ao objectivo da coesão económica e social se as empresas notificantes, a exemplo da Nestlé, na Decisão 92/553/CEE da Comissão, de 22 de Julho de 1992, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (Processo n.º IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (JO L 356, p. 1, a seguir «decisão Nestlé/Perrier»), tiverem assumido compromissos precisos e suficientes para abrir à concorrência o mercado relevante.
- 100 A Comissão admite que, na decisão controvertida, não subscreveu, na íntegra, a doutrina americana da «failing company defence». Contudo, não vê de que modo isso possa prejudicar a legalidade da referida decisão.
- 101 Por outro lado, considera ter suficientemente demonstrado que os critérios que adoptou para a aplicação da doutrina da «failing company defence» estão efectivamente satisfeitos no caso concreto.
- 102 No que se refere ao risco de rápido desaparecimento da MdK na ausência de retoma por outro operador, a Comissão recorda que, nos n.ºs 76 e 77 da decisão controvertida, declarou que não se pode esperar do Treuhand que, com o auxílio de fundos públicos, absorva os prejuízos duradouros de uma empresa que já não é economicamente viável, e que, mesmo que isso não ocorra de imediato por razões de política social, regional ou geral, o encerramento da MdK num futuro próximo é muito provável.

- 103 Além disso, é pacífico que a quota de mercado da MdK na Alemanha seria, com toda a probabilidade, assumida pela K+S.
- 104 Quanto à condição de não haver alternativa de aquisição da MdK menos prejudicial para a concorrência, a Comissão remete para os n.ºs 81 a 90 da decisão controvertida. Considera, por outro lado, que o Governo francês não demonstrou de que modo as críticas dos sindicatos da MdK podiam pôr em causa a sua apreciação. De resto, a Comissão não se limitou a verificar que os convites para apresentação de propostas não tinham permitido encontrar outro adquirente, antes procedeu da mesma a um inquérito complementar.
- 105 Quanto à falta de condições para autorizar a operação de concentração no mercado alemão, a Comissão salienta que o Governo francês não esclarece quais os compromissos que a K+S e a MdK poderiam ter assumido para abrir à concorrência o mercado alemão. O argumento que o Governo francês entende poder extrair da decisão Nestlé/Perrier, já referida, é irrelevante. No entender da Comissão, na referida decisão, a operação de concentração pôde ser autorizada tendo em conta determinados compromissos relativos à estrutura da concorrência no mercado do produto relevante. Ora, no presente caso, para abrir à concorrência o mercado alemão, seria necessário intervir não na estrutura da concorrência mas no comportamento dos compradores. No entendimento da Comissão, mesmo que o meio para abrir o mercado alemão pudesse ser de ordem estrutural, há que concluir que nenhuma solução de aquisição da MdK menos prejudicial para a concorrência foi apresentada.
- 106 O Governo alemão afirma que, nos termos do artigo 2.º, n.º 3, do regulamento, só pode ser proibida uma operação de concentração se a mesma implicar uma deterioração das condições da concorrência. Ora, o nexó de causalidade entre a concentração e os seus efeitos sobre a concorrência não existe, uma vez que, mesmo sem a operação de concentração, era de esperar uma deterioração idêntica das condições de concorrência. O que ocorre quando estão preenchidas as três condições referidas pela Comissão.

- 107 O Governo alemão, ao contrário do Governo francês, considera que a Comissão demonstrou suficientemente que estavam preenchidas as condições que definiu. Em primeiro lugar, a MdK não era viável por si só, ou seja, não era possível sanear a empresa mantendo a sua autonomia no mercado. No n.º 76 da decisão controvertida, a Comissão fundamentou de modo substancial que, com a manutenção da participação a 100% do Treuhand, a MdK não poderia ser saneada a longo prazo. Em segundo lugar, não há dúvida de que a quota de mercado da MdK seria absorvida automaticamente pela K+S, uma vez que esta ficaria sozinha no mercado em causa após o desaparecimento da MdK e que, neste contexto, isso constituía uma condição essencial. Em terceiro lugar, o Governo alemão afirma que a Comissão fundamentou exaustivamente a circunstância de não existir outra possibilidade de aquisição da MdK.
- 108 Quanto à aprovação, sem condições nem encargos, da operação de concentração no mercado alemão, o Governo alemão salienta que, na ausência de nexo de causalidade entre a operação de concentração e o reforço de uma posição dominante, não estava preenchida uma das condições para a adopção de uma decisão de proibição, na acepção do artigo 2.º, n.º 3, do regulamento. Assim, a concentração teria de ser autorizada sem encargos nem condições.
- 109 Deve, desde logo, recordar-se que, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do regulamento, «Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as operações de concentração que não criem ou não reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.»
- 110 Assim, desde que uma operação de concentração não seja a causa da criação ou do reforço de uma posição dominante que afecte significativamente a situação da concorrência no mercado relevante, a mesma deve ser declarada compatível com o mercado comum.

111 Resulta do n.º 71 da decisão controvertida que, no entender da Comissão, uma concentração que, normalmente, será de considerar como conduzindo à criação ou ao reforço de uma posição dominante por parte da sociedade adquirente pode ser considerada como não sendo a causa dessa posição no mercado se, mesmo no caso de a concentração ser proibida, a referida sociedade obtivesse ou reforçasse forçosamente a sua posição dominante. No mesmo número, declara-se que, em geral, uma concentração não é a causa do agravamento da estrutura da concorrência se for evidente que:

— a empresa adquirida seria obrigada a sair do mercado a curto prazo caso não fosse adquirida por outra empresa,

— a quota de mercado da empresa adquirida, no caso de esta sair do mercado, seria absorvida pela empresa adquirente,

— não existe qualquer solução alternativa menos restritiva da concorrência.

112 Em primeiro lugar, deve salientar-se que o facto de as condições colocadas pela Comissão, para concluir pela inexistência de umnexo de causalidade entre a concentração e a deterioração da estrutura da concorrência, não reflectirem na íntegra as condições a ter em conta no âmbito da doutrina americana da «failing company defence», não é, por si só, motivo que invalide a decisão controvertida. Efectivamente, apenas a circunstância de as condições fixadas pela Comissão não serem de natureza a excluir que uma concentração seja a causa da deterioração da estrutura da concorrência no mercado pode constituir um fundamento de invalidade da decisão controvertida.

113 No caso concreto, o Governo francês impugna a relevância do critério segundo o qual há que verificar se a empresa que procede à aquisição obteria, em qualquer caso, a quota de mercado da empresa adquirida caso esta desaparecesse do mercado.

- 114 Ora, há que verificar que, na ausência deste critério, uma operação de concentração, desde que estivessem satisfeitos os restantes critérios, poderia ser considerada como não sendo a causa da deterioração da estrutura concorrencial do mercado, mesmo quando se afigurasse que, na ausência da referida concentração, a empresa que procede à aquisição não obteria a totalidade da quota de mercado da empresa adquirida. Assim, a existência de umnexo de causalidade entre a concentração e a deterioração da estrutura concorrencial do mercado poderia ser posta de parte precisamente quando, sem a concentração, a deterioração da estrutura concorrencial do mercado seria menor.
- 115 Efectivamente, a introdução deste critério tem em vista garantir que a existência de umnexo de causalidade entre a concentração e a deterioração da estrutura concorrencial do mercado só poderá ser excluída no caso de a deterioração da estrutura concorrencial, na sequência da operação de concentração, se produzir de igual modo mesmo na ausência da referida operação.
- 116 Assim, o critério da absorção das quotas de mercado, embora não seja considerado pela própria Comissão, por si só, bastante para excluir o carácter prejudicial da operação de concentração para o funcionamento da concorrência, contribui para assegurar a neutralidade desta operação em relação à degradação da estrutura concorrencial do mercado, o que está em conformidade com o conceito de causalidade que consta do artigo 2.º, n.º 2, do regulamento.
- 117 No que respeita à acusação de que a Comissão não demonstrou que, na ausência da operação de concentração, a MdK teria inevitavelmente desaparecido do mercado, deve recordar-se que, no n.º 73 da decisão controvertida, a Comissão declarou que, embora a reestruturação da MdK tenha sido terminada em 1 de Janeiro de 1993, esta empresa continuou a registar prejuízos consideráveis ao longo do primeiro trimestre. No entender da Comissão, a grave situação económica da MdK resulta essencialmente da sua estrutura de exploração obsoleta e da crise das vendas, que se explica essencialmente pela queda dos mercados na Europa de Leste. Por outro lado, faltava também à MdK um sistema de distribuição eficiente (v. n.ºs 74 e 75 da decisão controvertida).

- 118 No n.º 76 da decisão controvertida, a Comissão salienta que a MdK só pôde funcionar até este dia devido à intervenção do Treuhand, que cobriu constantemente os seus prejuízos. A Comissão acrescenta, contudo, que os prejuízos da MdK não podiam ser permanentemente cobertos pelo Treuhand através de auxílios públicos, na medida em que se trata de uma solução, em qualquer hipótese, incompatível com as disposições do Tratado sobre auxílios de Estado.
- 119 Tendo em conta o que antecede, não se pode censurar a Comissão por ter concluído que a MdK já não era economicamente viável e por ter considerado provável que, caso ficasse entregue a si própria, continuaria a acumular prejuízos, mesmo que obtivesse do Treuhand os fundos previstos no projecto de concentração para efeitos de saneamento.
- 120 Nestas condições, a previsão da Comissão de que era muito provável o encerramento da MdK num futuro próximo, caso não fosse retomada por uma empresa privada, não pode ser considerada como não assente em elementos de prova consistentes.
- 121 Por último, quanto à condição relativa à ausência de alternativas de aquisição da MdK menos prejudiciais para a concorrência, deve recordar-se que a acusação do Governo francês assenta na circunstância de a Comissão, devido à falta de transparência dos convites para apresentação de propostas, não ter demonstrado que a referida condição estava efectivamente preenchida.
- 122 A este respeito, basta verificar que o Governo francês se limitou a recordar que os sindicatos da MdK invocaram a falta de transparência dos convites para apresentação de propostas, sem de modo algum avançar elementos susceptíveis de esclarecer em que consistia a pretensa falta de transparência.

- 123 Ora, na ausência de qualquer esclarecimento relativo a esta acusação, a mesma não pode proceder.
- 124 Resulta do que antecede que a ausência do nexo de causalidade entre a operação de concentração e a deterioração da estrutura concorrencial no mercado alemão não foi validamente posta em causa. Assim, há que concluir que, no que se refere a este mercado, se mostra que a referida operação satisfaz o critério referido no artigo 2.º, n.º 2, do regulamento, pelo que pode ser declarada compatível com o mercado comum, sem que haja que lhe introduzir alterações. Consequentemente, ao contrário do que afirma o Governo francês, não se pode, sem contrariar esta premissa, exigir que, quanto ao mercado alemão, a Comissão faça acompanhar de uma qualquer condição a sua declaração de compatibilidade da operação de concentração.
- 125 Por conseguinte, deve ser negado provimento ao segundo fundamento.

C — Quanto à errada apreciação da operação de concentração no mercado comunitário com excepção da Alemanha

- 126 Com este fundamento, o Governo francês bem como a SCPA e a EMC acusam a Comissão, em primeiro lugar, de ter delimitado erradamente o mercado geográfico com excepção da Alemanha; em segundo lugar, de ter interpretado o regulamento no sentido de que se aplica às posições dominantes colectivas e, em terceiro lugar, de ter feito uma incorrecta aplicação do conceito de posição dominante colectiva.

#### 1. Quanto à delimitação do mercado geográfico em causa

- 127 No entender das recorrentes, a determinação da Comunidade com excepção da Alemanha como sendo um mercado geográfico em causa distinto no que respeita ao potássio não está suficientemente fundamentada e baseia-se numa análise errada e, em qualquer caso, parcial, dos elementos a ter em consideração. Acresce que a Comissão faz uma confusão entre situações de concorrência totalmente heterogéneas.

- 128 Assim, a Comissão colocou no mesmo plano Estados sem qualquer produção nacional, Estados produtores, em que a produção é estruturalmente superior ou equivalente ao consumo, como a Espanha e o Reino Unido, e Estados produtores, em que a produção é estruturalmente inferior ao consumo, como a França.
- 129 O Governo francês salienta que a quase totalidade das trocas intracomunitárias resulta de fluxos de sentido único e não de trocas recíprocas, que caracterizam um verdadeiro mercado homogêneo. A este respeito, recorda que os Estados-Membros não produtores apenas importam, que a Espanha só importa do Reino Unido e nada exporta para lá, que a França importa da Alemanha, da Espanha e do Reino Unido, mas para lá praticamente nada exporta e, por último, que o Reino Unido importa muito da Alemanha, mas exporta para lá apenas quantidades irrelevantes.
- 130 Por outro lado, as estratégias de compra dos Estados-Membros são diferentes. A França tem aprovisionamentos relativamente equilibrados entre os três outros Estados produtores e importa igualmente de países terceiros. Em contrapartida, as importações para o Reino Unido provêm essencialmente da Alemanha. De entre os Estados que não têm qualquer produção, a Irlanda e Portugal importam exclusivamente potássio de origem comunitária, enquanto a Dinamarca, a Bélgica e o Luxemburgo importam cerca de um quarto do que consomem de países terceiros e a Itália e os Países Baixos mais de metade.
- 131 Outra prova da falta de homogeneidade do mercado considerado resulta, segundo o Governo francês, da análise das quotas de mercado dos fornecedores, que variam consideravelmente de um Estado para outro. Efectivamente, apenas a K+S está presente em todos os Estados-Membros, com excepção, contudo, da Espanha.

- 132 Por outro lado, o grau de concentração da oferta é importante em Espanha, em França e no território belga-luxemburguês. Ora, este factor aponta, em princípio, para uma solução que consista em isolar os mercados em que essa concentração existe.
- 133 No entender do Governo francês, a própria análise das características da procura confirma a inexistência, no caso concreto, de um mercado geográfico constituído pelo conjunto dos Estados-Membros, com exclusão da Alemanha. Efectivamente, a apreciação da Comissão quanto à possibilidade de substituição dos produtos é errada, dado que a escolha de produtos à base de potássio depende da natureza geológica do solo, da área agrícola, dos hábitos dos consumidores e das políticas agrícolas, bem como da presença de indústrias de potássio no território. Assim, vende-se cerca de duas vezes mais potássio no Reino Unido do que em Itália e três vezes mais no território belga-luxemburguês do que nos Países Baixos, Estados de dimensões equiparadas. Em Portugal, vende-se doze vezes menos potássio do que na Dinamarca.
- 134 As recorrentes impugnam a exactidão da análise dos custos de transporte e dos preços do potássio no interior do mercado de referência, realizada pela Comissão. No que respeita aos primeiros, a Comissão limita-se essencialmente a afirmar que não se afigura que os custos de transporte constituam um obstáculo aos fluxos comerciais. Em especial, a circunstância de não existir qualquer fluxo comercial do Reino Unido para a Itália nem da Espanha para os Países Baixos ou para a Dinamarca permite duvidar da ausência de influência dos custos do transporte sobre os aprovisionamentos. No que respeita aos preços, a Comissão não procedeu à análise comparativa dos preços praticados pelos diferentes operadores em cada Estado-Membro. O Governo francês afirma que a Comissão baseou as suas apreciações quanto aos custos de transporte e aos preços apenas em alguns dados fornecidos pela K+S e em estatísticas de há cinco anos.
- 135 O Governo francês considera que a Comissão deveria ter isolado os mercados espanhol e francês, os quais, devido às suas características particulares, apresentam condições de concorrência que não são equiparáveis às que se verificam nos outros Estados-Membros. Em especial, o mercado espanhol apresenta características

análogas às do mercado alemão, enquanto o mercado francês se distingue nitidamente de todos os outros mercados nacionais por uma produção inferior ao consumo e pela presença de um grande operador largamente dominante.

- 136 A Comissão responde que o facto de incluir, no mesmo mercado, os Estados-Membros que não têm qualquer produção nacional ou uma produção nacional superior ou inferior ao consumo, não significa uma delimitação errada do mercado geográfico em causa. Por outro lado, a existência de fluxos comerciais de sentido único no mercado geográfico conforme foi delimitado não exclui, segundo a doutrina económica, que o mesmo seja homogêneo quanto às condições de concorrência.
- 137 No entender da Comissão, a presença mais ou menos significativa de produtores de determinada zona geográfica no mercado de outra zona geográfica explica-se por estratégias de venda dos fornecedores que, por diversas razões, optam por concentrar os seus esforços numa ou noutra zona geográfica. As alegadas estratégias de compra dos Estados-Membros, enquanto tais, não podem revelar uma falta de condições de concorrência suficientemente homogêneas.
- 138 Quanto ao argumento que consiste nas diferenças consideráveis, de um Estado para outro, entre as quotas de mercado dos fornecedores, a Comissão salienta que estas diferenças, enquanto tais, não podem ser consideradas uma prova de que os fornecedores não podem entrar nos mercados e, assim, que existem mercados geográficos distintos. Desta forma, este critério não constitui de modo algum um factor decisivo para a determinação do mercado geográfico relevante.
- 139 O grau relativamente elevado de concentração da oferta que existe em determinados Estados-Membros também não pode ser um critério determinante para definir um mercado distinto, designadamente, quando existem fluxos comerciais importantes entre estes Estados-Membros.

- 140 Quanto às características da procura dos produtos à base de potássio, a Comissão salienta que verificou já, por um lado, uma elevada possibilidade de substituição, dado que, em nenhum Estado, com excepção da Alemanha, os utilizadores têm uma preferência nítida pelos produtos locais e, dada, por outro lado, a capacidade de todos os produtores comunitários do sector em questão produzirem as diferentes espécies de potássio. Além disso, a Comissão salienta que, apesar das diferenças bastante significativas entre as quantidades de potássio consumidas nos diferentes Estados-Membros, o potássio vende-se em quantidade não desprezível em toda a Comunidade com excepção da Alemanha. Em definitivo, não existe no caso concreto qualquer elemento susceptível de demonstrar que a estrutura da procura revela mercados nacionais distintos.
- 141 A Comissão discorda de que a sua análise dos custos de transporte seja superficial ou errada, salientando que a ausência de fluxos de trocas comerciais entre países produtores e países importadores não é necessariamente causada pelos custos de transporte. Por outro lado, a existência de trocas comerciais entre determinados Estados não limítrofes mostra que os custos de transporte não são de modo algum proibitivos. Quanto aos preços do potássio nos Estados-Membros, com exclusão da Alemanha, a Comissão salienta que os mesmos apresentam diferenças irrelevantes. Efectivamente, a diferença máxima de preço entre os Estados-Membros com excepção da Alemanha é de 10%, enquanto, no que se refere à Alemanha, nunca é inferior a 15%.
- 142 Por último, a Comissão afirma que nem o mercado espanhol nem o francês podem ser considerados mercados relevantes distintos. No que se refere ao mercado espanhol, a Comissão salienta que, com os seus 16% de importações, é mais aberto que o mercado alemão, no qual as importações representam apenas 2% do mercado. Além disso, a quota de importações no mercado espanhol irá aumentar em prejuízo da quota de mercado detida pela Coposa. Por outro lado, os produtos espanhóis à base de potássio podem, em grande medida, substituir os dos outros Estados-Membros com excepção da Alemanha. Por último, não existem diferenças sensíveis entre os preços do potássio em Espanha e no resto da Comunidade com excepção da Alemanha. No que respeita ao mercado francês, a Comissão salienta que este é abastecido pelas importações até em maior medida do que o mercado espanhol. Por outro lado, as considerações que a Comissão teceu a respeito dos preços e da possibilidade de substituição dos produtos espanhóis à base de potássio

são válidas, *mutatis mutandis*, para os produtos franceses. A Comissão salienta também que os métodos de distribuição utilizados em ambos os Estados são idênticos aos utilizados no resto da Comunidade com excepção da Alemanha.

- 143 A título liminar, saliente-se que a definição adequada do mercado em causa é uma condição necessária e prévia a qualquer apreciação relativa ao impacto de uma operação de concentração sobre a concorrência. Quanto à aplicação do regulamento, tal como foi pensada no presente caso, o mercado geográfico em causa é uma zona geográfica definida, na qual o produto em causa é comercializado e onde as condições de concorrência são suficientemente homogêneas para todos os operadores económicos, de modo a ser possível apreciar razoavelmente os efeitos sobre a concorrência da concentração de empresas notificada (v., neste sentido, acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão*, 27/76, *Colect.*, p. 77, n.ºs 11 e 44).
- 144 É pacífico que todos os Estados-Membros, com excepção da Alemanha, importam quantidades apreciáveis de potássio de outros Estados-Membros e, por vezes, de países terceiros. Assim, a Espanha, cujo produtor nacional, a Coposa, é, de todos os produtores comunitários, o mais solidamente implantado no seu mercado nacional, importa potássio em medida que excede 15% do mercado espanhol. No que respeita à França, importa o produto para mais de 20% do seu mercado, enquanto o Reino Unido o importa para mais de 50% do respectivo mercado. Os restantes Estados da Comunidade, com excepção da Alemanha, não têm produção própria e estão, por isso, necessariamente dependentes das importações.
- 145 Como resulta dos n.ºs 53 e 56 da decisão controvertida, os produtores dos países terceiros têm, na Comunidade com excepção da Alemanha, uma quota do mercado livre de potássio de cerca de 15%. Este dado é, por outro lado, confirmado pelos números constantes do documento que pormenoriza a repartição das vendas de cada operador por Estado-Membro, apresentado durante a fase administrativa do processo e a que é feita referência nos n.ºs 78 e seguintes do presente acórdão.

- 146 Ora, uma área geográfica como a que é objecto do presente processo, na medida em que se revela sensivelmente permeável à circulação de potássio tanto de origem comunitária como extracomunitária, constitui, em princípio, uma zona aberta à concorrência.
- 147 Por outro lado, é pacífico que os utilizadores nos diferentes Estados-Membros com excepção da Alemanha se abastecem de produtos à base de potássio que podem, em larga medida, ser substituídos e não têm preferência notória por especialidades que só estejam disponíveis nos produtores locais.
- 148 Além disso, resulta dos dados fornecidos pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura que, durante o período de 1987-1989, os preços do potássio em cada Estado-Membro com excepção da Alemanha não diferiam significativamente, enquanto os preços alemães eram 20% mais elevados do que os praticados nos restantes Estados-Membros. Acresce que, segundo as informações fornecidas pelas partes, os preços praticados pela K+S, em 1992, para o «Korn-Kali» (produto à base de potássio que contém magnésio) e o granulado de potássio 40/8 eram, por exemplo, na Bélgica e nos Países Baixos, rigorosamente iguais, mas, comparados com os preços alemães dos mesmos produtos, eram, respectivamente, inferiores em 15% e 20% (v. n.º 43 da decisão controvertida). Estas informações, embora bastante aproximativas, como salientou o Governo francês, constituem, contudo, na ausência de qualquer prova em contrário, um indício de que os preços do potássio praticados na Comunidade com excepção da Alemanha são bastante homogêneos e diferem significativamente dos praticados na Alemanha.
- 149 Seguidamente, como a Comissão observou, não se afigura que os custos de transporte constituam um impedimento aos fluxos comerciais no interior da Comunidade com excepção da Alemanha. Para isto aponta o facto de existirem fluxos comerciais entre Estados não limítrofes, como o Reino Unido e a Espanha, a Espanha e a Irlanda, a Espanha e a Itália, a Espanha e a zona belga-luxemburguesa, a Alemanha e a Irlanda, a Alemanha e Portugal, a Alemanha e a Itália e a França e os Países Baixos.

150 Por último, a afirmação da Comissão de que, a nível da distribuição, não se afigura existirem barreiras à entrada dos produtos na Comunidade com excepção da Alemanha, semelhantes às que existem na Alemanha, não foi contestada pelas recorrentes.

151 Nestas condições, e na falta de elementos decisivos em sentido contrário, a apreciação económica feita pela Comissão, segundo a qual a Comunidade, com excepção da Alemanha, constitui um conjunto suficientemente homogêneo para ser considerado globalmente como um mercado geográfico distinto, revela-se suficientemente fundamentada juridicamente, designadamente, por oposição ao mercado alemão, no qual as importações são irrelevantes, dado que a K+S e a MdK detêm, com efeito, 98% do mercado nacional do potássio.

## 2. Quanto à aplicabilidade do regulamento às posições dominantes colectivas

152 O Governo francês e as sociedades recorrentes alegam que o regulamento não permite que a Comissão o aplique às situações de posição dominante colectiva. A este respeito, salientam que o texto do regulamento, em especial o artigo 2.º, diferentemente do artigo 86.º do Tratado CE, não se destina expressamente a regular a hipótese da posição dominante colectiva. Efectivamente, enquanto o artigo 86.º do Tratado proíbe «... o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante...», o artigo 2.º do regulamento considera, respectivamente, compatíveis e incompatíveis com o mercado comum, por um lado, as operações de concentração que não criem nem reforcem uma posição dominante contrária à concorrência, e, por outro, as que criam ou reforcem uma posição desse tipo.

153 Por outro lado, as bases jurídicas do regulamento não justificam a interpretação feita pela Comissão. Efectivamente, o regulamento não é um diploma de execução do artigo 86.º do Tratado. No entender do Governo francês, o regulamento baseia-se essencialmente no artigo 235.º do Tratado CE, e, embora se baseie

também no artigo 87.º do mesmo Tratado, que habilita o Conselho a adoptar os regulamentos ou directivas adequados conducentes à aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85.º e 86.º, isso sucede justamente porque, uma vez que o Tribunal tinha considerado possível utilizar o artigo 86.º para controlar determinadas operações de concentração (acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão, 6/72, Colect. 1973, p. 109), o âmbito de aplicação do regulamento ficou reduzido, ao dispor, designadamente no seu artigo 22.º, n.º 1, que «Apenas o presente regulamento se aplica às operações de concentração definidas no artigo 3.º»

- 154 Além disso, nada nos trabalhos que antecederam a adopção do regulamento permite afirmar que o legislador pretendeu também referir-se às posições dominantes colectivas. Ora, admitir-se que este tipo de situação é abrangido pelo regulamento, equivaleria a definir-se um âmbito de proibições ou de autorizações condicionais extremamente amplo e sobretudo muito incerto. O Governo francês considera por isso que, sendo uma das preocupações essenciais do legislador comunitário garantir a segurança jurídica das empresas, se ele tivesse pretendido introduzir este conceito no regulamento, tê-lo-ia feito expressamente, a exemplo do que sucede no artigo 86.º do Tratado.
- 155 A EMC e a SCPA afirmam que a interpretação do regulamento proposta pela Comissão tem por efeito falsear a economia do mesmo. Em apoio desta tese, alegam que a referida interpretação pode levar a aplicar o regulamento, mesmo quando a quota de mercado das empresas em causa não ultrapasse 25% no mercado comum ou numa parte substancial do mesmo, ao contrário do que prevê o décimo quinto considerando do regulamento. Nos termos deste considerando, existe a indicação de que as operações de concentração não são susceptíveis de criar obstáculos a uma concorrência efectiva e podem, por isso, ser consideradas compatíveis com o mercado comum, quando, designadamente, a quota de mercado das empresas em causa não ultrapasse 25% no mercado comum nem numa parte substancial deste.
- 156 Por último, a falta de garantias processuais adequadas para os terceiros, confirma, no entender das recorrentes, que o regulamento não está concebido para servir de quadro à utilização do conceito de posição dominante colectiva. Assim, as empresas alheias à operação de concentração analisada no âmbito do regulamento, mas que, conjuntamente com as empresas que participam nessa operação, constituam,

na óptica da Comissão, um oligopólio, não são à partida destinatárias de qualquer informação específica que lhes possa indicar quais as consequências que o processo em curso pode implicar para as mesmas. O Governo francês indica que, se é certo que, em aplicação do artigo 18.º, n.º 4, primeiro período, do regulamento, a Comissão e as autoridades competentes dos Estados-Membros podem ouvir terceiros relativamente à operação de concentração e, assim, se for caso disso, os representantes das sociedades alheias à referida operação, esta diligência não é, contudo, obrigatória e, quando tem lugar, assume carácter informal e não oferece as garantias previstas para a audição das partes na operação. Por outro lado, dado que os terceiros considerados como participantes numa posição dominante colectiva não são informados da decisão que a Comissão tem intenção de adoptar, nem sequer podem utilizar eficazmente a possibilidade, prevista no artigo 18.º, n.º 4, segundo período, do regulamento, de solicitar a sua audição.

- 157 A Comissão responde que o texto do regulamento não permite pôr de parte que este instrumento sirva também para evitar a constituição ou o reforço de posições dominantes colectivas. Em especial, o artigo 2.º, n.º 3, do mesmo regulamento relaciona a posição dominante com a operação de concentração, e não com as empresas em causa, e tem em vista as consequências da concentração projectada sobre a estrutura da concorrência, referindo-se, por isso, a uma situação objectiva.
- 158 Por outro lado, a utilização conjunta dos artigos 87.º e 235.º do Tratado como base jurídica do regulamento mostra que o objectivo do mesmo é, no que respeita ao controlo de posições dominantes por parte de oligopólios, colmatar uma lacuna dos artigos 85.º e 86.º do Tratado em matéria de concorrência.
- 159 No entender da Comissão, nada nos trabalhos preparatórios permite considerar que o Conselho pretendeu excluir que o regulamento possa servir para prevenir situações de domínio colectivo do mercado, ou seja, situações de domínio resultantes da presença de várias entidades económicas fortemente interdependentes. A Comissão recorda que, quando se tornou evidente que as delegações dos Estados-Membros estavam divididas quanto à questão do controlo dos oligopólios, foi alcançado um acordo com base numa fórmula neutra, que deixava a questão em aberto. Foi esta fórmula que foi afinal inscrita no artigo 2.º do regulamento.

- 160 Quanto ao mais, a interpretação defendida pelo Governo francês teria como resultado que, em consequência da adopção do regulamento, as operações de concentração, anteriormente sujeitas a um controlo dos oligopólios em determinados Estados-Membros, passariam a estar sujeitas ao controlo comunitário só no que respeita à existência de uma dominação individual.
- 161 No entender da Comissão, as vias processuais de aplicação do regulamento protegem amplamente os interesses dos terceiros, uma vez que lhes permitem fazer valer o seu ponto de vista. A Comissão salienta que, em qualquer caso, uma decisão de autorização de uma operação de concentração, mesmo acompanhada de condições e encargos, como permite o artigo 8.º, n.º 2, do regulamento, só vincula as partes na concentração. Efectivamente, estas condições e encargos destinam-se a garantir o respeito, pelas partes na concentração, dos compromissos que assumiram em relação à Comissão. A título subsidiário, a Comissão considera que, uma vez que o direito a ser ouvido é um princípio fundamental do direito comunitário, que deve ser aplicado mesmo independentemente de qualquer regulamentação expressa, não se pode concluir da ausência de uma referência ao direito de defesa dos terceiros que o regulamento pretendeu excluir as medidas que possam afectar os interesses destes.
- 162 Por último, a Comissão afirma que a possibilidade de proibir uma operação de concentração que reforce o carácter oligopolístico do mercado resulta, por um lado, da teoria económica segundo a qual, uma vez preenchidas determinadas condições, a concorrência não funciona de modo adequado num mercado oligopolístico e, por outro, da necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do regulamento.
- 163 No entender do Governo alemão, o regulamento é aplicável a casos de posição dominante colectiva, designadamente, porque constitui um instrumento que completa os artigos 85.º e 86.º do Tratado e porque foi adoptado para alcançar o objectivo geral enunciado no artigo 3.º, alínea f), do Tratado CEE [actualmente artigo 3.º, alínea g), do Tratado CE]. Efectivamente, o regulamento deve permitir um controlo eficaz das concentrações que se possam revelar incompatíveis com um regime de concorrência não falseado. Ora, a eficácia deste controlo implica a possibilidade de impedir qualquer operação de concentração que leve à criação ou ao reforço de uma posição dominante, quer esta provenha de uma ou de várias empresas.

- 164 O Governo alemão salienta que, se se interpretasse o regulamento no sentido de que o seu âmbito de aplicação se limita ao caso de posição dominante por parte de uma única empresa, isso teria como consequência que as concentrações ocorridas após a adopção do regulamento, que anteriormente estavam sujeitas ao controlo de um Estado-Membro, não seriam objecto de qualquer controlo.
- 165 Em primeiro lugar, deve declarar-se que não pode ser aceite o argumento das recorrentes de que a escolha das bases jurídicas aponta, em si mesma, no sentido da tese segundo a qual o regulamento não é aplicável às posições dominantes colectivas. Efectivamente, como salientou o advogado-geral no n.º 83 das suas conclusões, os artigos 87.º e 235.º do Tratado podem, em princípio, ser utilizados como base jurídica para uma regulamentação que permita intervir preventivamente nas operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante colectiva susceptível de causar prejuízo significativo ao funcionamento da concorrência.
- 166 Em segundo lugar, da redacção do artigo 2.º do regulamento não se pode concluir que apenas as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante individual, ou seja, uma posição dominante detida pelas partes na concentração, estão abrangidas pelo mesmo regulamento. Efectivamente, na medida em que se refere às «operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante», o artigo 2.º do regulamento não exclui, por si só, a possibilidade de aplicar o regulamento a casos em que as operações de concentração conduzam à criação ou ao reforço de uma posição dominante colectiva, ou seja, uma posição de domínio detida pelas partes na operação de concentração juntamente com uma entidade terceira em relação à concentração.
- 167 Em terceiro lugar, no que respeita aos trabalhos preparatórios, resulta do processo que não se pode considerar que os mesmos exprimam claramente a intenção dos autores do regulamento no que respeita ao alcance da expressão «posição dominante». Nestas condições, os trabalhos preparatórios não podem fornecer indicações úteis para a interpretação do conceito controvertido (v., neste sentido, acórdão de 1 de Junho de 1961, *Simon/Tribunal de Justiça*, 15/60, *Recueil*, p. 223, *Colect. 1954-1961*, p. 607).

- 168 Dado que as interpretações literal e histórica do regulamento, e em especial do artigo 2.º, não permitem apreciar o seu alcance exacto no que respeita ao tipo de posição dominante a que se refere, a regulamentação em causa deve ser interpretada com base tanto na respectiva finalidade como no elemento sistemático (v., neste sentido, acórdão de 7 de Fevereiro de 1979, Países Baixos/Comissão, 11/76, Recueil, p. 245, n.º 6).
- 169 A este respeito, deve salientar-se que, como resulta dos seus dois primeiros considerandos, o regulamento baseia-se na premissa de que o objectivo do estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum é essencial na perspectiva da realização do mercado interno prevista para 1992 e do seu posterior aprofundamento.
- 170 Por outro lado, resulta dos sexto, sétimo, décimo e décimo primeiro considerandos que o regulamento, diferentemente dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, se destina a ser aplicado a todas as operações de concentração de dimensão comunitária, na medida em que, devido aos seus efeitos sobre a estrutura da concorrência na Comunidade, se possam revelar incompatíveis com o regime de concorrência não falseada pretendido no Tratado.
- 171 Ora, uma operação de concentração, que crie ou reforce uma posição dominante das partes em questão juntamente com uma entidade terceira em relação à operação, é susceptível de se revelar incompatível com o regime de concorrência não falseada pretendido pelo Tratado. Assim, se se admitisse que só são abrangidas pelo regulamento as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante das partes na operação de concentração, a finalidade do mesmo, tal como resulta dos considerandos já referidos, seria parcialmente inviabilizada. Este regulamento estaria, assim, privado de uma parte não desprezível do seu efeito útil, sem que isso se imponha tendo em conta o sistema geral do regime comunitário de controlo das operações de concentração.
- 172 A este respeito, há que concluir que nem o argumento que assenta na falta de garantias processuais nem o que se baseia no décimo quinto considerando do regulamento são susceptíveis de pôr em causa a aplicabilidade do regulamento a casos de domínio colectivo resultante de uma operação de concentração.

- 173 Quanto ao primeiro dos referidos argumentos, deve declarar-se que o regulamento não prevê expressamente que as empresas alheias à operação de concentração, consideradas como o pólo externo do oligopólio dominante, devam poder dar a conhecer utilmente os seus pontos de vista quando a Comissão pretenda fazer acompanhar a «autorização» da referida operação de condições ou de encargos que as afectem especificamente. Ora, o mesmo sucede na hipótese de a Comissão pretender fazer acompanhar uma operação de concentração, que dá apenas lugar à criação ou ao reforço de uma posição dominante individual, de condições ou encargos que afectam empresas terceiras.
- 174 Em qualquer caso, mesmo pressupondo que a declaração da Comissão de que a operação de concentração projectada cria ou reforça uma posição dominante colectiva entre as empresas em causa, por um lado, e uma empresa terceira, por outro, possa, por si só, afectar esta, importa recordar que o respeito pelos direitos da defesa em qualquer processo susceptível de culminar num acto que afecte os interesses de determinada pessoa constitui um princípio fundamental de direito comunitário e deve ser garantido, mesmo na falta de qualquer regulamentação processual (v., neste sentido, acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Recueil, p. 461, e de 24 de Outubro de 1996, Comissão/Lisrestal e o., C-32/95 P, Colect., p. I-5373, n.º 21).
- 175 Perante este princípio e tendo em conta a finalidade do regulamento tal como foi anteriormente desenvolvida, o facto de o legislador comunitário, no âmbito do mesmo regulamento, não ter expressamente previsto um procedimento para garantir os direitos da defesa das empresas terceiras que possam ser consideradas em posição dominante colectiva juntamente com as empresas partes na operação de concentração, não pode ser considerado uma prova decisiva da inaplicabilidade do referido regulamento às posições dominantes colectivas.
- 176 No que respeita ao segundo argumento, deve recordar-se que a presunção de compatibilidade com o mercado comum de operações de concentração em que as empresas envolvidas totalizem uma quota de mercado inferior a 25%, tal como consta do décimo quinto considerando do regulamento, não foi desenvolvida de modo algum na parte dispositiva do regulamento.

- 177 Efectivamente, o décimo quinto considerando do regulamento, tendo em conta, designadamente, as realidades do mercado que lhe estão subjacentes, deve ser interpretado no sentido de que não se presume que crie nem reforce uma posição dominante contrária à concorrência uma operação de concentração que não proporcione ao conjunto das empresas participantes uma quota de, pelo menos, 25% do mercado de referência.
- 178 Resulta do que antecede que as posições dominantes colectivas não estão excluídas do âmbito de aplicação do regulamento.

### 3. Quanto à declaração da existência de uma posição dominante colectiva no caso em apreço

- 179 Na terceira parte do fundamento, tanto o Governo francês como a EMC e a SCPA alegam que a fundamentação da Comissão relativa à alegada criação de um duopólio dominante se baseia numa apreciação de facto e de direito errada e, em qualquer caso, insuficiente. A Comissão baseou a sua análise da posição dominante colectiva em critérios que não são os que a jurisprudência relativa ao artigo 86.º do Tratado tem em conta e, por outro lado, cometeu erros manifestos na aplicação dos critérios que ela própria definiu noutras decisões para determinar se foi constituída uma posição dominante colectiva.
- 180 A Comissão responde que os critérios que utilizou na decisão controvertida de modo algum estão em contradição com os que utilizou noutras decisões relativas a casos de posição dominante colectiva. Efectivamente, para demonstrar, no caso concreto, a existência de uma posição dominante colectiva, a Comissão afirma que se baseou essencialmente em três critérios: o grau de concentração do mercado, como resulta da operação de concentração, os elementos estruturais relativos à natureza do mercado e às características do produto e os laços estruturais entre as empresas interessadas. Por outro lado, a Comissão contesta que os critérios para determinação da existência de uma posição dominante colectiva devam ser idênticos no âmbito do artigo 86.º do Tratado e no do regulamento. No que se refere ao

artigo 86.º, trata-se de fazer referência ao passado, enquanto, no regulamento, a análise centra-se no futuro, dado que o seu objectivo é preservar uma estrutura de concorrência efectiva e não pôr termo ao abuso de uma posição dominante.

a) Quanto ao grau de concentração do mercado

181 O Governo francês e as sociedades recorrentes afirmam que o aumento do grau de concentração do mercado não é substancial, uma vez que as quotas de mercado da K+S e da SCPA passaram, devido à concentração, de 54% para 61%. No entender do Governo francês, a análise da Comissão é parcial, uma vez que, por um lado, não tem em conta o facto de que, em consequência da operação de concentração, os concorrentes no mercado passaram apenas de dez para nove e, por outro, não tem devidamente em consideração o papel de dois operadores importantes como a CPL e a Coposa.

182 A Comissão responde que a sua análise teve amplamente em conta as quotas de mercado de todos os produtores comunitários e dos intervenientes externos. De modo algum ignorou a existência da CPL e da Coposa, mas verificou que estes dois produtores comunitários já não podiam aumentar as suas vendas para conquistar uma quota de mercado à K+S/MdK e à SCPA.

b) Quanto às condições do concorrente eliminado

183 O Governo francês afirma que resulta da decisão Nestlé/Perrier, já referida, que a Comissão, na apreciação quanto à criação de uma posição dominante colectiva, atribui uma importância especial ao facto de a concentração implicar a eliminação de um concorrente que, pela sua dimensão e pela posição que ocupa no mercado, constitui um factor essencial de concorrência efectiva. No caso concreto, contudo,

é manifesto que a absorção da MdK pela K+S não implica a eliminação desse concorrente. Efectivamente, a MdK representa apenas 7% do mercado relevante. Por outro lado, a questão das «capacidades de produção impressionantes» da MdK que a Comissão refere na contestação não foi abordada na decisão controvertida.

184 No entender do Governo francês, dado que a Comissão, considerou, por outro lado, que a MdK estava em grandes dificuldades, deveria ter concluído que esta empresa não era um concorrente cuja eliminação implicasse uma alteração substancial das estruturas do mercado de que pudesse resultar a constituição de um duopólio.

185 A Comissão, remetendo para o n.º 120 da decisão Nestlé/Perrier, já referida, considera que, para determinar se a redução do número de produtores deve ser tida em consideração para efeitos do apuramento da existência de uma posição dominante colectiva, é essencial saber se esta redução é mais do que uma simples alteração formal da estrutura do mercado. Ora, é esse o caso no que respeita à absorção da MdK pela K+S. A este respeito, a Comissão refere que a MdK dispõe de capacidades produtivas impressionantes que, após uma reestruturação profunda, constituirão um potencial de concorrência muito importante. Alega que, por outro lado, a importância da MdK como concorrente no mercado comunitário com excepção da Alemanha resulta também do facto de não estar suficientemente demonstrado que a situação da concorrência seria praticamente a mesma, quer a MdK abandonasse o mercado quer se realizasse a operação de concentração.

c) Quanto à posição dos concorrentes

186 No entender do Governo francês, a análise da Comissão quanto ao grau de pressão da concorrência que pode ser exercido pelos concorrentes sobre o alegado duopólio constituído pela K+S/MdK e pela SCPA dá uma imagem falsa da situação real da concorrência no mercado comunitário com excepção da Alemanha. Efectiva-

mente, a Comissão procura minimizar a importância dos diversos operadores que podem contrabalançar a pretensa preponderância das empresas líderes.

187 Ora, no entender deste Governo, a análise da Comissão apresenta incoerências. A este respeito, salienta que, enquanto a Comissão põe a tónica nas capacidades de produção limitadas da CPL e da Coposa, quando se trata de definir o mercado geográfico, insiste na importância das exportações da Espanha e do Reino Unido para outros Estados-Membros. Além disso, a Comissão minimiza a importância das importações de países terceiros, salientando que a França é o consumidor de potássio mais importante da Comunidade e que as suas importações de países terceiros são canalizadas pela SCPA. Assim, de modo incoerente com a sua própria definição do mercado geográfico relevante, a Comissão aprecia a posição dos concorrentes quer em relação ao mercado francês quer em relação à Comunidade com excepção da Alemanha. O Governo francês afirma, por outro lado, que, ao contrário do que a Comissão pretende, continuam a existir importações de potássio da CEI e a quota de mercado que representam não diminuiu, como demonstra o início do reexame do Regulamento (CEE) n.º 3068/92 do Conselho, de 23 de Outubro de 1992, que cria um direito *antidumping* definitivo sobre as importações de cloreto de potássio originário da Bielorrússia, da Rússia e da Ucrânia (JO L 308, p. 41, a seguir «regulamento *antidumping*»). Por outro lado, segundo as fontes IFA e Aduaneiras, as importações da CEI representaram 11% das vendas na Comunidade em 1993.

188 No entender do Governo francês, o raciocínio da Comissão padece, na realidade, de um vício essencial, uma vez que se baseia na existência de um mercado geográfico que abrange todos os Estados da Comunidade com excepção da Alemanha, ao passo que é manifesto que a França, pelo menos, não deveria ter sido incluída, tendo em conta as suas características próprias em matéria de produção, importação e distribuição de produtos à base de potássio.

189 A Comissão considera que não existe contradição entre a verificação da existência de fluxos significativos de exportação de Espanha para outros Estados-Membros e a de que a Coposa não constitui um contrapeso em relação ao duopólio.

190 Segundo a Comissão, a canalização das importações de países terceiros por um dos membros do duopólio, a SCPA, numa parte importante do mercado geográfico relevante, a França, que é o mercado mais atractivo, implica que a pressão da concorrência dos países terceiros sobre o referido duopólio é necessariamente limitada.

191 A Comissão afirma que de modo nenhum se limitou a adoptar critérios relativos exclusivamente ao mercado francês. Quanto às importações da CEI, salienta que apenas verificou que a quota de mercado da K+S/MdK e da SCPA deveria ainda aumentar no futuro não apenas devido à esperada diminuição das importações da CEI mas também devido ao facto de o último produtor de potássio independente do Canadá, a PCA, ter sido absorvido pela PCS, membro do cartel de exportação Canpotex, cujos fornecimentos à França e à Irlanda passam através da SCPA. Por outro lado, o reexame das medidas *antidumping* não constitui uma prova de que as importações de potássio da CEI continuem. A este respeito, a Comissão lembra que, de facto, verificou que, após a adopção do regulamento *antidumping*, as vendas do principal distribuidor de potássio da CEI na Comunidade diminuíram, de modo a representar um oitavo do nível que tinham em 1992.

d) Quanto à posição no mercado da K+S/MdK e da SCPA

192 Em primeiro lugar, o Governo francês acusa a Comissão de, de entre os critérios aplicados para afirmar a existência de um domínio em regime de oligopólio, atribuir um peso excessivo à quota de mercado acumulada da K+S/MdK e da SCPA.

- 193 Em segundo lugar, o Governo francês acusa a Comissão de não ter tido em conta a inexistência de uma simetria entre as duas entidades que se pressupõe constituem o duopólio, quando, nas decisões anteriores, essa inexistência, pelo contrário, constituiu um elemento significativo para negar a existência de uma posição dominante em regime de oligopólio. O Governo francês salienta que existe uma diferença substancial entre as quotas de mercado da K+S/MdK (23%) e da SCPA (37%). Por outro lado, a Comissão não teve em conta numerosos elementos de facto que evidenciam um desequilíbrio manifesto entre a SCPA e a K+S/MdK, como as respectivas capacidades de produção, o seu poderio económico e a sua diferente integração vertical.
- 194 A Comissão recorda que, segundo jurisprudência constante, uma quota de mercado de cerca de 60% demonstra bem a existência de uma posição dominante colectiva, em especial quando, como no presente caso, existe uma diferença sensível relativamente às quotas de mercado detidas pelos concorrentes.
- 195 Embora admitindo que existem diferenças entre a K+S/MdK e a SCPA, a Comissão contesta a ideia de que um duopólio é apenas concebível nos casos em que as posições das empresas em questão são equiparáveis, tanto mais quando, como no presente processo, existem laços importantes entre as referidas empresas, que impedem uma concorrência efectiva no mercado.

e) Quanto ao poder económico da clientela

- 196 O Governo francês acusa a Comissão de não ter tido em conta o critério relativo ao poder económico da clientela. No seu entender, a análise deste elemento levaria a Comissão a verificar que os clientes constituem um contrapeso que pode pôr em causa a criação do alegado duopólio. Por outro lado, a baixa sensível da procura de potássio em consequência das alterações da Política Agrícola Comum constitui um factor de concorrência intensiva em relação aos produtores de potássio. Isto é tanto

mais verdade que, como indica o Governo francês, a procura de potássio baixou, de 1988 a 1993, cerca de 30% na Europa, ao passo que as importações diminuíram apenas 23% durante o mesmo período.

- 197 A Comissão responde que, embora em algumas das suas decisões tivesse concluído pela ausência de uma posição dominante tendo em conta o contrapeso existente do lado dos compradores, trata-se apenas de um factor entre outros que a Comissão toma em consideração. Quanto à diminuição da procura de potássio, a Comissão admite que essa diminuição se verificou, mas acrescenta que ela afecta todos os produtores comunitários. Além disso, a referida diminuição não é muito apreciável, dado que a elasticidade da procura é limitada, uma vez que o potássio é um adubo essencial para a agricultura, que não pode ser substituído por nenhum outro.

f) Quanto às barreiras à entrada de produtos à base de potássio na Comunidade

- 198 O Governo francês alega que, na parte da decisão relativa ao mercado geográfico, a Comissão salientou elementos que vão no sentido de um mercado aberto e «altamente vulnerável». Contudo, quando da declaração de existência de uma posição dominante colectiva da K+S/MdK e da SCPA, a Comissão ignorou totalmente o nível pouco elevado das barreiras à entrada de produtos à base de potássio na Comunidade.

- 199 No entender do Governo francês, os argumentos da Comissão, apresentados pela primeira vez na contestação e baseados nos direitos *antidumping* e no monopólio legal da SCPA, não provam que existam barreiras à entrada do mercado geográfico de referência. Quanto ao primeiro argumento, o Governo francês afirma que os direitos *antidumping* são medidas que se destinam a repor as condições de concorrência e não a criar uma medida restritiva das trocas transfronteiriças. Quanto ao outro argumento, relativo ao monopólio legal da SCPA, o Governo francês

considera que, embora este monopólio seja susceptível de criar uma barreira à entrada do mercado francês, não tem incidência sobre o acesso dos produtos de países terceiros aos mercados dos outros Estados-Membros que constituem, juntamente com o mercado francês, o mercado geográfico relevante.

200 A Comissão recorda que não existem barreiras à entrada no interior da Comunidade. Em contrapartida, existem dois tipos de barreiras à entrada de produtos provenientes de empresas de países terceiros: as medidas *antidumping* no que respeita às importações provenientes da CEI e o monopólio legal da SCPA, que faz com que todas as importações francesas provenientes de países terceiros tenham de transitar por seu intermédio. No entender da Comissão, os direitos *antidumping* constituem barreiras à entrada, uma vez que, juntamente com os custos de transporte, limitam a margem do preço disponível para os importadores. Salienta, por outro lado, que o facto de transitarem através da SCPA todas as importações de países terceiros para França, que é o mercado mais atractivo e com um consumo que representa três vezes o do segundo mercado, constitui uma barreira à entrada das importações no mercado comunitário em geral.

g) Quanto às características do mercado e do produto

201 O Governo francês considera que a análise feita pela Comissão, no n.º 57 da decisão controvertida, no que respeita aos factores objectivos que favorecem a criação de uma posição dominante colectiva e nos quais pôs o acento em anteriores decisões, como, designadamente, as decisões Nestlé/Perrier, já referida, e 94/359/CE, de 21 de Dezembro de 1993, que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum (Processo n.º IV/M.358 — Pilkington-Techint/SIV) (JO 1994, L 158, p. 24), é vaga e nada prova. A Comissão de modo nenhum teve em conta critérios de análise fundamentais, como os relativos aos preços, à sua evolução, ao grau de elasticidade da procura e aos custos das duas empresas que supostamente formam o duopólio. Por outro lado, o Governo francês contesta o fundamento de determinadas considerações da Comissão. Quanto à homogeneidade do produto, recorda que a denominação geral de potássio abrange uma grande variedade de produtos. No que respeita à afirmação da Comissão de que o mercado do potássio é transparente, a mesma está em

contradição com a dificuldade que a Comissão teve de obter uma visão clara e expedita do mercado expresso em valor e volume.

- 202 A Comissão responde desde logo que se referiu claramente aos elementos estruturais relativos às características do mercado e do produto. Salienta que a decisão controvertida diz respeito a uma situação distinta das que foram objecto das decisões invocadas pelo Governo francês. Efectivamente, esta decisão tem como pano de fundo uma situação em que, já antes da operação de concentração, não existia concorrência efectiva entre os dois maiores fornecedores de potássio na Comunidade. Nestas condições, os elementos que foram analisados nas decisões referidas pelo Governo francês são apenas um dos factores a ter em consideração. Além disso, quanto à homogeneidade do produto, a Comissão verifica que o potássio é idêntico tanto no plano químico como no da sua utilização. Por último, no que respeita à transparência do mercado, a Comissão afirma que cada produtor conhece a sua posição e a dos concorrentes. Com efeito, os números da produção e os preços são em geral conhecidos e existem estatísticas relativas ao consumo de potássio, bem como estudos detalhados sobre o mercado do potássio.

#### h) Quanto à existência de comportamentos paralelos

- 203 O Governo francês salienta que a Comissão procura demonstrar a persistência de comportamentos contrários à concorrência da parte da K+S e da SCPA, concluindo que, apesar da declaração de incompatibilidade com o artigo 85.º do Tratado de um acordo de cooperação celebrado nos anos 70 entre as duas empresas [Decisão 73/212/CEE da Comissão, de 11 de Maio de 1973 (JO L 217, p. 3)] e apesar do excesso da capacidade de produção na Alemanha, existe apenas um pequeno fluxo entre a Alemanha e a França que não passa pela SCPA. A este respeito, o Governo francês observa, em primeiro lugar, que o carácter recente dos comportamentos contrários à concorrência é essencial para a demonstração de uma posição dominante colectiva. Em segundo lugar, as práticas julgadas incompatíveis com o artigo 85.º respeitaram a toda a Comunidade. Ora, para afirmar que o acordo em

questão persiste, o único elemento de facto que a Comissão invoca limita-se às trocas da Alemanha para a França. Em terceiro lugar, a escassez das trocas que não passam pela SCPA é muito relativa. Com efeito, os fornecimentos à França representam apenas 87 000 toneladas, ou seja, 6% do consumo francês, das quais apenas 47 000 toneladas são canalizadas por meio da SCPA. Por último, o Governo francês contesta a tese da Comissão de que a diminuta presença da K+S no mercado francês basta para demonstrar a existência de um duopólio entre a K+S/MdK e a SCPA na Comunidade com excepção da Alemanha.

204 A Comissão salienta que, na decisão controvertida, não refere ter-se baseado num acordo de cooperação celebrado nos anos 70 para concluir pela existência de uma posição dominante colectiva. Lembra que verificou que a ausência substancial da K+S no mercado francês e a canalização de uma parte importante das suas importações pela SCPA indicam a existência de uma posição dominante colectiva.

i) Quanto à existência de ligações estruturais entre as empresas

205 No entender do Governo francês, os três laços verificados pela Comissão entre a K+S e a SCPA, ou seja, a empresa comum Potacan, a colaboração no seio do cartel de exportação Kali-Export e a canalização através da SCPA dos fornecimentos da K+S em França, não são de natureza a demonstrar a criação de um duopólio em resultado da aquisição da MdK pela K+S. Quanto ao cartel de exportação Kali-Export, o seu objectivo, segundo o Governo francês, é favorecer e coordenar a exportação do potássio produzido pelos seus membros para fora da Comunidade. Em contrapartida, o referido cartel não abrange as suas vendas no interior da Comunidade. O receio da Comissão de ver a colaboração no seio do cartel limitar a concorrência entre a K+S e a SCPA na Comunidade não é baseado em qualquer elemento de prova.

- 206 No que respeita à Potacan, as sociedades recorrentes afirmam que a Comissão não justificou a afirmação de que a estrutura actual da Potacan impede as suas accionistas, a K+S e a SCPA, de se abastecerem de modo independente na sua filial comum para aprovisionarem os mercados da Comunidade Europeia.
- 207 Na réplica, o Governo francês aponta quatro erros de apreciação. Em primeiro lugar, salienta que a Comissão, na sua análise dos laços entre a K+S e a SCPA, não demonstra a existência de qualquer relação entre estas e as respectivas consequências no que toca ao conjunto do mercado relevante, antes se limita a mostrar que os referidos laços só têm alcance em França. Assim, a Comissão, ao partir do princípio de que não existe concorrência entre a K+S e a SCPA no Estado que consome a maior quantidade de potássio produzido, concluiu que estas empresas estão em posição dominante no conjunto do mercado comunitário, com excepção da Alemanha. Ora, esta abordagem está em contradição com o argumento da Comissão segundo o qual as situações nacionais pouco importam desde que se demonstre que o mercado de referência é constituído pela Comunidade com excepção da Alemanha.
- 208 Em segundo lugar, o Governo francês observa que, para os fins da sua demonstração, a Comissão tão depressa considera que a Coposa exporta autonomamente volumes significativos para França (no âmbito da definição do mercado geográfico em causa) como afirma que a empresa espanhola está pouco presente em França e que uma parte importante das suas vendas é canalizada (a fim de demonstrar que a cooperação na Kali-Export influi sobre o comportamento contrário à concorrência dos membros do cartel na Comunidade). Por outro lado, tal como foram aplicados pela Comissão, os critérios poderiam também ter levado à conclusão da existência de um oligopólio K+S/MdK, SCPA e Coposa. A decisão controvertida está, pelo menos, insuficientemente fundamentada quanto a este ponto.
- 209 Em terceiro lugar, o Governo francês considera que a canalização pela SCPA em França de uma parte dos fornecimentos de potássio da K+S, que representa apenas 1,4% do consumo do mercado de referência, não pode ser considerada como um indício da criação de um duopólio no referido mercado em consequência da aquisição da MdK pela K+S. Do mesmo modo, o nível relativamente reduzido das

vendas da K+S em França não basta para concluir que existem ligações contrárias à concorrência entre a K+S e a SCPA, porque isso pode perfeitamente ter diferentes justificações. Assim, tal pode resultar das estruturas do mercado francês ou da estratégia industrial da K+S. A este respeito, o Governo francês refere que a política de exportação da K+S parece ser orientada para os países situados fora da Europa, para os Estados-Membros não produtores e para um Estado produtor, como o Reino Unido, onde existe procura de potássio.

- 210 Quanto a este ponto, as sociedades recorrentes alegam que a única relação de distribuição entre a K+S e a SCPA é constituída por um contrato relativo à distribuição de quiserite, ou seja, um produto não à base de potássio que pertence a um mercado de produtos distinto. As relações entre a K+S e a SCPA relativas aos produtos à base de potássio não implicam, em contrapartida, qualquer cooperação em matéria de distribuição e limitam-se estritamente a relações entre fornecedor e comprador nos termos das condições normais de mercado.
- 211 Em quarto lugar, o Governo francês afirma que a Comissão não demonstrou o nexo de causalidade entre a absorção da MdK e a alegada criação de um duopólio entre a K+S/MdK e a SCPA. Em seu entender, nem o facto de a quota de mercado cumulada da K+S e da SCPA passar de 54% para 61% em consequência da operação de concentração nem o facto de a MdK ser um dos mais importantes produtores comunitários são factores de criação de um duopólio no mercado relevante.
- 212 As sociedades recorrentes, por seu lado, afirmam que, uma vez que a Comissão, na análise dos efeitos da operação de concentração sobre o mercado alemão, verificou que a MdK ia de qualquer modo desaparecer do mercado, não podia concluir que a absorção da MdK pela K+S daria lugar à criação de uma posição dominante por parte da K+S/MdK e da SCPA.
- 213 No que respeita à Potacan, a Comissão salienta que resulta, designadamente, da sua estrutura organizativa que nenhuma decisão importante em matéria de política da empresa pode ser adoptada contra a vontade de um dos parceiros. Assim, o aprovisionamento do grupo francês em quantidades significativas de potássio não seria possível com a oposição da K+S.

- 214 Quanto à Kali-Export, a Comissão considera que não basta declarar que um cartel de exportação não abrange as vendas dos seus membros na Comunidade, para demonstrar que o mesmo não limita a concorrência entre estes na Comunidade. Refere que, devido às diversas interdependências entre a K+S e a SCPA, não existe concorrência efectiva entre os dois pólos do oligopólio na Comunidade com excepção da Alemanha. A Comissão refere que: i) embora o território francês seja o mais atractivo para os produtos à base de potássio na Comunidade e não exista qualquer barreira à entrada, a K+S está apenas presente de um modo marginal no mesmo mercado, apesar da sua capacidade de produção, susceptível de fornecer amplamente o conjunto do mercado comunitário; ii) embora a K+S tenha criado uma rede de distribuição muito desenvolvida em todos os Estados-Membros, não tem, até ao presente, qualquer rede de distribuição própria em França; iii) a CPL só pôde ter acesso ao mercado francês depois de ter abandonado a Kali-Export e, em seis anos, pôde alcançar uma quota do mercado francês de 13%; a Coposa, que é membro da Kali-Export, está pouco presente no mercado francês e uma parte importante do potássio que produz é vendido em França através da SCPA. Com base nestes elementos, a Comissão concluiu que existe uma interacção nítida entre a participação na Kali-Export e a venda em França.
- 215 Na tréplica, a Comissão afirma, em primeiro lugar, que estabeleceu uma relação evidente entre os laços que existem entre a K+S e a SCPA, que dizem respeito apenas à França, e a ausência de concorrência no conjunto do mercado comunitário com excepção da Alemanha (n.ºs 57, 59, 61 e 67 da decisão controvertida).
- 216 Em segundo lugar, a Comissão alega que de modo nenhum afirmou que a Coposa exporta de maneira significativa para França. Pelo contrário, verificou que, embora haja importações da Coposa na França, são limitadas e transitam em grande medida pela SCPA. No entender da Comissão, não se deve incluir a Coposa no duopólio juntamente com a K+S/MdK e a SCPA, uma vez que está apenas ligada à K+S e à SCPA através da sua participação na Kali-Export. Além disso, a Coposa exporta mais potássio para França do que a K+S, apesar da proximidade geográfica dos minérios alemães e do facto de, na Alemanha, a produção ser quatro vezes maior do que o consumo. Por outro lado, as relações de distribuição entre a K+S e a SCPA estão criadas há muito tempo.

- 217 Em terceiro lugar, a Comissão declara que as estruturas do mercado francês não impediram a CPL de penetrar no território francês, sem recorrer à SCPA. Além disso, a política comercial da K+S, que consiste em não vender em França, é incompreensível no plano comercial, tendo em conta que a França é também um Estado em que há procura de potássio e atendendo ao significativo excesso de capacidade na Alemanha bem como à proximidade geográfica dos minérios alemães.
- 218 Em quarto lugar, a Comissão verifica que a absorção da MdK alterou substancialmente as condições estruturais do mercado e levou à criação de uma posição dominante colectiva entre a K+S/MdK e a SCPA, pelas seguintes razões: i) a MdK assegura 25% da produção total de potássio na Comunidade (n.º 51 da decisão controvertida) e tem reservas substanciais de potássio; ii) a taxa de utilização da capacidade da MdK é actualmente apenas de 50% (n.º 73 da decisão controvertida), o que implica que a produção pode ser facilmente aumentada; iii) a quota de mercado de 7% da MdK é o factor crucial na criação da posição dominante colectiva (n.º 62 da decisão controvertida), tendo em conta o facto de que a oferta, fora do grupo K+S/MdK e da SCPA, está fraccionada (n.º 54 da decisão controvertida) e de que a quota de mercado da K+S/MdK e da SCPA deverá ainda aumentar (n.º 53 da decisão controvertida).
- 219 Antes de analisar as acusações das recorrentes no que respeita à aplicação que a Comissão faz no presente processo do conceito de posição dominante colectiva, deve recordar-se que, para concluir no sentido da criação de uma posição dominante colectiva por parte da K+S/MdK e da SCPA, susceptível de entravar de modo significativo a concorrência no mercado comunitário com excepção da Alemanha, a Comissão declarou na decisão controvertida, designadamente, que:
- o mercado do potássio é um mercado maduro, caracterizado por um produto bastante homogéneo e pela inexistência de inovações técnicas (n.º 57 da decisão controvertida);

- as relações existentes no mercado são amplamente transparentes, sendo, de uma forma geral, possível dispor de informações sobre a produção, a procura, as vendas e os preços (n.º 57 da decisão controvertida);
  
- existem, desde há muito tempo, laços extraordinariamente estreitos entre a K+S e a SCPA, que, por si só, levam a supor que não existe concorrência efectiva entre estas empresas que, além disso, representam cerca de 53% do mercado comunitário com excepção da Alemanha, calculado com base nas vendas, as quais incluem, para além das vendas a partir da produção própria da K+S e da SCPA, as vendas pela SCPA de potássio proveniente directamente de países terceiros, que tem de transitar por esta empresa, a qual pode, deste modo, controlar os fornecimentos que vêm do exterior da Comunidade (n.ºs 52, 56 e 57 da decisão controvertida);
  
- apesar da sobreprodução existente na Alemanha, continua a existir apenas uma pequena corrente de fornecimentos de potássio da K+S para França, que não transita através da SCPA, sendo a França, de longe, o mais importante Estado consumidor de potássio na Comunidade (n.ºs 56 e 57 da decisão controvertida);
  
- a K+S e a MdK, que em consequência da operação de concentração formarão uma empresa comum, e a SCPA asseguram, respectivamente, 35%, 25% e 20% da produção total de potássio na Comunidade (n.º 51 da decisão controvertida);
  
- a MdK é o segundo produtor de potássio da Comunidade, e isto apesar de a taxa de utilização das capacidades da empresa ser actualmente de apenas cerca de 50% (n.ºs 51 e 73 da decisão controvertida);
  
- em consequência da operação de concentração, o grupo K+S/MdK e SCPA deterá uma quota de mercado total, calculada a partir das vendas, de aproximadamente 60% (n.º 52 da decisão controvertida);

- a oferta fora do referido grupo está fragmentada (n.º 54 da decisão controvertida);
  
- os restantes produtores não têm a base necessária para sobreviver no referido mercado face a um duopólio constituído pela K+S/MdK e a SCPA (n.º 62 da decisão controvertida).

220 Como já anteriormente foi referido, nos termos do artigo 2.º, n.º 3, do regulamento, devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

221 Tratando-se de uma alegada posição dominante colectiva, a Comissão deve, por isso, apreciar, segundo uma análise prospectiva do mercado de referência, se a operação de concentração que lhe é notificada leva a uma situação em que sejam causados entraves significativos à concorrência efectiva no mercado em causa por parte das empresas que intervêm na operação de concentração e por uma ou mais empresas terceiras que, em conjunto, e designadamente em função dos factores de correlação que existam entre as mesmas, possam adoptar a mesma linha de acção no mercado e agir em medida apreciável, independentemente dos outros concorrentes, da sua clientela e, em última análise, dos consumidores.

222 Esta diligência exige uma análise atenta, designadamente, das circunstâncias que, segundo cada caso concreto, se mostrem relevantes para a apreciação dos efeitos da operação de concentração sobre o funcionamento da concorrência no mercado de referência.

- 223 A este respeito, deve, todavia, salientar-se que as regras materiais do regulamento, em especial o seu artigo 2.º, conferem à Comissão certo poder discricionário, designadamente, no que respeita às apreciações de ordem económica.
- 224 Consequentemente, o controlo, pelo órgão jurisdicional comunitário, do exercício desse poder, que é essencial na definição das regras em matéria de concentrações, deve ser efectuado tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações.
- 225 Isto referido, deve declarar-se que a análise da operação de concentração e dos respectivos efeitos no mercado em causa, tal como foi desenvolvida pela Comissão, contém certos vícios que afectam a apreciação económica da operação em causa.
- 226 A este respeito, deve recordar-se que, como resulta dos n.ºs 51 e 52 da decisão controvertida, as empresas K+S/MdK e SCPA terão, no mercado em causa, após a operação de concentração, quotas de mercado, calculadas com base nas vendas, respectivamente, de 23% e de 37%. Ora, uma quota total de mercado de cerca de 60%, repartida deste modo, não pode, por si só, constituir um indício decisivo da existência de uma posição dominante colectiva por parte das referidas empresas.
- 227 No que respeita aos alegados laços estruturais entre a K+S e a SCPA, que constituíram o factor essencial em que a Comissão se baseou para formular a sua própria apreciação, deve salientar-se que são procedentes algumas das acusações das recorrentes, formuladas no intuito de minimizar a importância dos referidos laços enquanto indício da criação de uma posição dominante colectiva por parte dos dois pólos em causa.

228 Assim, a conclusão da Comissão, de que a participação da K+S e da SCPA no cartel de exportação Kali-Export pode muito bem ter repercussões no seu comportamento em termos de concorrência na Comunidade, não se mostra apoiada em elementos suficientemente significativos e coerentes. Efectivamente, a Comissão limita-se a recordar, a este respeito, que o produtor britânico CPL só começou a comercializar os seus produtos de modo independente no mercado francês após ter abandonado o cartel, em 1987, dado que não podia conciliar a concorrência directa com a SCPA no mercado francês com o facto de pertencer ao cartel (v. n.º 60 da decisão controvertida). Ora, mesmo abstraindo do facto de que o argumento adiantado pela Comissão só respeita aos alegados efeitos da pertença ao cartel no que toca a uma parte apenas do mercado comunitário com excepção da Alemanha, há que salientar que o produtor espanhol Coposa, sendo embora também membro da Kali-Export, comercializa de modo independente em França uma quantidade de potássio que corresponde a um pouco mais de 5% do consumo francês. Esta quantidade representa, por sua vez, cerca de 47% das exportações da Coposa no mercado em causa e perto de dois terços das suas exportações para França e foi, de resto, considerada significativa no âmbito da definição do mercado geográfico relevante (v. n.º 38 da decisão controvertida). Nestas condições, afigura-se que a Comissão não demonstrou de forma juridicamente bastante a existência de uma relação causal entre a pertença da K+S e da SCPA ao cartel de exportação e o respectivo comportamento contrário à concorrência no mercado em causa.

229 No que respeita às alegadas ligações entre a K+S e a SCPA relativas aos fornecimentos da K+S em França, deve realçar-se que a Comissão, por um lado, exigiu à K+S que pusesse termo à actual cooperação com a SCPA enquanto distribuidor associado no mercado francês, e, por outro, admitiu que a K+S pudesse celebrar contratos de venda com a SCPA nas condições normais do mercado (v. n.º 63 da decisão controvertida). Daqui resulta que a Comissão considerou que entre a K+S e a SCPA existia uma relação de parceria para a distribuição de potássio alemão em França.

230 Ora, resulta do processo que as relações específicas de distribuição existentes entre as duas empresas dizem respeito apenas à quiserite, ou seja, um produto que não se

insere no mercado do produto em causa. Quanto ao restante, a SCPA limitava-se a adquirir à K+S, nas condições normais do mercado, potássio utilizado pela EMC ou destinado à venda fora do mercado francês.

231 Afigura-se, assim, que a K+S e a SCPA não tinham qualquer relação privilegiada no que toca à distribuição de produtos à base de potássio.

232 Resulta do que antecede que o feixe de laços estruturais que unem a K+S e a SCPA e que, segundo o que a própria Comissão afirma, constitui o núcleo da decisão controvertida, não é, tudo somado, assim tão denso e probatório como o pretendeu mostrar a instituição recorrida.

233 Por outro lado, deve recordar-se que, na decisão controvertida, a Comissão declarou que não existia concorrência efectiva entre a K+S e a SCPA no mercado em causa. Nos termos do n.º 57 da decisão controvertida, «a razão principal que leva a supor que não existirá uma concorrência efectiva entre a K+S e a SCPA reside nos laços extraordinariamente estreitos existentes, desde há muito tempo, entre as duas empresas».

234 Resulta ainda do referido número da decisão controvertida que a absorção da MdK pela K+S em consequência da operação de concentração implica para esta empresa o acréscimo da quota de mercado da MdK, acréscimo esse que a Comissão qualifica de importante nas suas observações.

235 A este respeito, deve recordar-se que, para além da quota de mercado de 7% que detém na Comunidade com excepção da Alemanha, a MdK, explorando embora as suas instalações apenas a 50% da respectiva capacidade, é o segundo produtor de potássio na Comunidade, depois da K+S (v. n.ºs 51, 52, 62 e 76 da decisão controvertida).

- 236 Deste modo, a operação de concentração terá como consequência reforçar consideravelmente a capacidade industrial da K+S. Efectivamente, a K+S e a MdK asseguram, respectivamente, 35% e 25% da produção total de potássio na Comunidade, enquanto a SCPA se limita a 20% e as suas reservas de potássio estarão completamente esgotadas antes de 2004 (v. n.<sup>os</sup> 51 e 66 da decisão controvertida).
- 237 Por outro lado, resulta do processo que a K+S é filial de uma das principais transformadoras de adubos, a BASF, cujo poder económico é muito superior à do grupo EMC, a que pertence a SCPA.
- 238 Por último, é pacífico que a procura de potássio, de 1988 a 1993, baixou cerca de 30% na Europa, designadamente, em consequência das alterações ocorridas na Política Agrícola Comum. Ora, considera-se geralmente que um mercado em baixa favorece, em princípio, a concorrência entre as empresas do sector em causa.
- 239 Nestas condições e tendo em conta o facto de a importância dos laços estruturais entre a K+S e a SCPA se revelar menor do que a Comissão afirma, o argumento subjacente à afirmação da criação de uma posição dominante colectiva entre a K+S/MdK e a SCPA, segundo o qual a «importante» agregação da MdK apenas à empresa K+S manterá, no que toca ao grupo alemão e à SCPA, um interesse comum de não concorrerem activamente um com a outra, não se afigura, na ausência de outros elementos decisivos, suficientemente fundamentado.

240 Quanto aos outros elementos adiantados pela Comissão em apoio da sua conclusão de que a absorção da MdK pela K+S levará à criação de uma posição dominante colectiva, há que remeter para o n.º 57 da decisão controvertida. Aí se refere que «... O mercado do potássio é um mercado maduro, caracterizado por um produto bastante homogéneo e pela inexistência de inovações técnicas. As relações existentes no mercado são amplamente transparentes, sendo de uma forma geral possível dispor de informações sobre a produção, a procura, as vendas e os preços praticados nesse mercado. Além disso, as quotas de mercado da K+S e da SCPA mantiveram-se estáveis nos últimos quatro anos... Por último, é de assinalar que existiu em tempos um acordo entre a K+S e a SCPA relativo, designadamente, a uma fixação comum das quantidades e da qualidade dos produtos à base de potássio exportados, respectivamente, por cada uma das partes. Este acordo foi declarado incompatível com o artigo 85.º do Tratado CE... Neste contexto, é igualmente de assinalar que, mesmo depois desta decisão e apesar da sobreprodução existente na Alemanha, o comércio transfronteiriço da Alemanha para França, não canalizado através da SCPA, continua a ser muito reduzido...»

241 Ora, no caso em apreço, estes dados não podem ser considerados como decisivos a favor da conclusão da Comissão. Em especial, o acordo entre a K+S e a SCPA, que, em 1973, foi declarado incompatível com o artigo 85.º do Tratado (JO 1973, L 217, p. 3), constitui, tendo em conta o período de vinte anos que decorreu entre a declaração de incompatibilidade e a notificação do projecto de concentração, um indício extremamente fraco, ou mesmo insignificante, para se presumir a ausência de concorrência entre a K+S e a SCPA e, por maioria de razão, entre a K+S/MdK e a SCPA. A este respeito, deve salientar-se que a alegação da Comissão, de que continua a ser muito reduzido o comércio transfronteiriço da Alemanha para a França não canalizado através da SCPA, não pode, no presente caso, servir de apoio ao valor de indício do já referido acordo no sentido pretendido pela instituição recorrida. Em primeiro lugar, o alegado reduzido comércio transfronteiriço representa, contudo, perto de metade das vendas de potássio da K+S em França. Em segundo lugar, a análise da Comissão, ao limitar-se unicamente ao mercado francês, é, em qualquer caso, incompleta, uma vez que o mercado em causa é o mercado comunitário com excepção da Alemanha.

242 Quanto à análise da Comissão relativa ao grau de pressão da concorrência que pode ser exercida pelos concorrentes sobre o alegado grupo constituído pela

K+S/MdK e a SCPA, deve recordar-se que a Comissão, na decisão controvertida, referiu que as importações da CEI, que, em 1992, representaram 8% do mercado comunitário com excepção da Alemanha (incluindo as importações que transitam através da SCPA), parecem ter diminuído depois da adopção do regulamento *anti-dumping* (v. n.º 53 da decisão controvertida).

243 Ora, segundo os dados fornecidos pelo Governo francês, que não foram impugnados pela Comissão, as referidas importações atingiram, em 1993, 11% das vendas no interior da Comunidade.

244 Assim, tendo em conta o facto de o mercado alemão ser muito pouco acessível aos produtores estrangeiros e de não se afigurar que a relação de grandeza de cerca de 4 para 1 entre o mercado comunitário com excepção da Alemanha e o mercado alemão se tenha, entretanto, alterado, pode concluir-se que, se as importações de potássio da CEI atingiram, em 1993, 11% das vendas no interior da Comunidade, certamente representaram uma percentagem superior das vendas na Comunidade com excepção da Alemanha.

245 Assim, a afirmação da Comissão, no n.º 53 da decisão controvertida, de que, no âmbito do mercado comunitário com excepção da Alemanha, as referidas importações parecem ter diminuído, pelo menos parcialmente, a partir da adopção do regulamento *antidumping*, não traduz a realidade, na medida em que oculta o facto de a quota de mercado da CEI ter aumentado no mercado de referência.

246 Além disso e tendo em conta a evolução, durante o ano de 1993, das importações da CEI para a Comunidade com excepção da Alemanha, a afirmação de que a pressão da concorrência que estas importações podem exercer sobre o grupo K+S/MdK e SCPA estará limitada por razões que se prendem com a qualidade dos produtos e as dificuldades de garantir fornecimentos rápidos e nos prazos previstos surge como apoiada numa fundamentação que, no mínimo, é pouco coerente. Ora, para apreciar com um grau de razoabilidade suficiente os efeitos que uma operação

de concentração pode produzir sobre o funcionamento da concorrência no mercado em causa, é indispensável tomar como base uma análise rigorosa do peso dos concorrentes.

247 No que respeita à Coposa, que detém uma quota de mercado na Comunidade com excepção da Alemanha de um pouco mais de 10%, a Comissão afirmou que a sua capacidade de produção seria consideravelmente reduzida, logo a partir do ano seguinte, devido ao encerramento de uma das suas minas. A este respeito, o Governo francês observou, sem ser contraditado pela Comissão, que o nível actual do excesso da capacidade da Coposa era de cerca de 70%. Assim, a conclusão de que a capacidade de produção da Coposa diminuiria consideravelmente a breve prazo, sem mais esclarecimentos, não permite, por si só, afirmar que a empresa espanhola não dispõe da base necessária para manter, ou mesmo aumentar, a sua quota de mercado e, assim, exercer pressão sobre o alegado duopólio, tanto mais que o mercado do potássio, como foi recordado no n.º 238 do presente acórdão, está em baixa.

248 Afigura-se, assim, que a Comissão não conseguiu demonstrar a ausência de um contrapeso concorrencial efectivo ao grupo alegadamente constituído pela K+S/MdK e pela SCPA.

249 Tendo em conta o que antecede, e sem que seja necessário decidir se as conclusões a que chegou a Comissão na decisão controvertida bastariam, na ausência dos vícios acima referidos, para concluir no sentido da existência de uma posição dominante colectiva, verifica-se que a Comissão não demonstrou, em todo o caso, de forma juridicamente bastante, que a operação de concentração acarretaria a criação de uma posição dominante colectiva por parte da K+S/MdK e da SCPA, susceptível de constituir um entrave significativo a uma concorrência efectiva no mercado em causa.

250 Procede, assim, a terceira parte do fundamento invocado pelas recorrentes.

**Quanto à anulação total ou parcial**

- 251 O Governo francês pediu, nas suas conclusões, a anulação total da decisão, ao passo que as recorrentes limitaram expressamente o objecto do seu pedido de anulação às condições que acompanham a declaração de compatibilidade constante da referida decisão.
- 252 No entender das sociedades recorrentes, a anulação parcial deixaria intacto o conteúdo da decisão controvertida, que se tornaria simplesmente incondicional.
- 253 A Comissão afirma que as condições que acompanham a decisão controvertida não são de modo algum susceptíveis de qualquer limitação, uma vez que fazem parte da própria essência da decisão.
- 254 Há que salientar que a parte do dispositivo que declara compatível com o mercado comum a operação em causa é favorável aos interesses das empresas formalmente destinatárias da decisão controvertida e não foi considerada pelas sociedades recorrentes como lesiva para as mesmas.
- 255 No que respeita ao Governo francês, embora tenha solicitado, nas suas conclusões, a anulação total da decisão controvertida, esclareceu em Tribunal que o seu objectivo não era obter a proibição da operação de concentração entre a K+S e a MdK.
- 256 Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a anulação parcial de uma decisão, limitada apenas às condições que esta impõe, é possível desde que as

referidas condições possam ser separadas da parte restante da decisão (v., neste sentido, acórdãos de 28 de Junho de 1972, *Jamet/Comissão*, 37/71, Recueil, p. 483, n.º 11, Colect., p. 169, e de 23 de Outubro de 1974, *Transocean Marine Paint/Comissão*, 17/74, Recueil, p. 1063, n.º 21, Colect., p. 463). Acresce que a anulação parcial de uma decisão da Comissão tomada em matéria do controlo das operações de concentração é uma das hipóteses expressamente previstas no artigo 10.º, n.º 5, do regulamento.

257 Ora, não se afigura que uma anulação limitada à parte do dispositivo da decisão controvertida que se refere às condições e obrigações constantes do n.º 63 seja possível sem que a própria essência da decisão seja alterada.

258 A este respeito, resulta da própria decisão e do processo no seu conjunto que as referidas condições constituem, juntamente com a declaração de compatibilidade constante da parte dispositiva, uma unidade indissociável. Efectivamente, estas condições decorrem de uma apreciação negativa, feita pela Comissão, da operação de concentração tal como foi notificada, e são consideradas pela própria Comissão indispensáveis para que a operação possa ser declarada compatível com o mercado comum.

259 Por conseguinte, há que anular na sua totalidade a parte dispositiva da decisão controvertida.

### Quanto às despesas

260 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

No processo C-68/94, deve, por isso, ser a Comissão condenada nas despesas. No processo C-30/95, deve também a Comissão ser condenada nas despesas, uma vez que a Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e a Entreprise minière et chimique (EMC) obtiveram, no essencial, vencimento. Nos termos do artigo 69.º, n.º 4, segundo parágrafo, do Regulamento de Processo, que prevê que o Tribunal de Justiça pode determinar que um interveniente suporte as respectivas despesas, a Kali und Salz GmbH e a Kali und Salz Beteiligungs-AG suportarão as respectivas despesas.

- 261 Nos termos do artigo 69.º, n.º 4, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, os Estados-Membros que intervenham no processo devem suportar as respectivas despesas. Assim, os Governos que intervieram nos presentes processos suportarão as respectivas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

## O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

- 1) É anulada a Decisão 94/449/CE da Comissão, de 14 de Dezembro de 1993, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (Processo n.º IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand).
- 2) No processo C-68/94, a Comissão das Comunidades Europeias é condenada nas despesas.

- 3) No processo C-30/95, a Comissão das Comunidades Europeias é condenada nas despesas. A Kali und Salz GmbH e a Kali und Salz Beteiligungs-AG suportarão as respectivas despesas.
- 4) A República Federal da Alemanha, que interveio no processo C-68/94, e a República Francesa, que interveio no processo C-30/95, suportarão as respectivas despesas.

Rodríguez Iglesias

Gulmann

Ragnemalm

Mancini

Moitinho de Almeida

Kapteyn

Murray

Edward

Puissochet

Hirsch

Jann

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 31 de Março de 1998.

O secretário

O presidente

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias