

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
(Sala Quinta ampliada)
de 25 de marzo de 1999 *

En el asunto T-102/96,

Gencor Ltd, sociedad sudafricana, con domicilio social en Johannesburgo (República de Sudáfrica), representada por los Sres. Paul Lasok, QC de Londres, James Flynn y David Hall, Solicitors de Londres, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e Marc Loesch, 11, rue Goethe,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Richard Lyal, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Carlos Gómez de la Cruz, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

apoyada por

* Lengua de procedimiento: inglés.

República Federal de Alemania, representada por los Sres. Ernst Röder, Ministerialrat del Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, y Bernd Kloke, Oberregierungsrat del citado Ministerio, en calidad de Agentes, Bonn (Alemania),

parte coadyuvante,

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión 97/26/CE de la Comisión, de 24 de abril de 1996, por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Asunto n° IV/M.619 — Gencor/Lonrho) (DO 1997, L 11, p. 30),

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

integrado por los Sres.: J. Azizi, Presidente; B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas, R.M. Moura Ramos y M. Jaeger, Jueces;

Secretarios: Sres. J. Palacio González y A. Mair, administradores;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 18 de febrero de 1998;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos que originaron el litigio

1. Operación de concentración controvertida

Partes en la operación de concentración

- 1 Gencor Ltd (en lo sucesivo, «Gencor») es una sociedad sudafricana. Es la sociedad matriz de un grupo de empresas cuyas actividades principales se desarrollan en los sectores minero y metalúrgico.
- 2 Impala Platinum Holdings Ltd (en lo sucesivo, «Implats») es una sociedad sudafricana en la que se agrupan las actividades de Gencor en el sector de los metales del grupo del platino. Gencor posee el 46,5 % de su capital, perteneciendo el 53,5 % restante al público, por lo que, a efectos del apartado 3 del artículo 3 del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1; versión corregida en DO 1990, L 257, p. 13; en lo sucesivo, «Reglamento n° 4064/89»), Implats está controlada por Gencor.

- 3 Lonrho Plc (en lo sucesivo, «Lonrho») es una sociedad inglesa. Es la sociedad matriz de un grupo de empresas que desarrolla actividades diversificadas en los sectores minero y metalúrgico, así como en la hostelería, la agricultura y el comercio en general.
- 4 Eastern Platinum Ltd (en lo sucesivo, «Eastplats») y Western Platinum Ltd (en lo sucesivo, «Westplats»), conocidas generalmente bajo la denominación de Lonrho Platinum Division (en lo sucesivo, «LPD»), son sociedades sudafricanas en las que se agrupan las actividades de Lonrho en el sector de los metales del grupo del platino. Lonrho posee el 73 % de su capital, y Gencor, por medio de Implats, el 27 % restante. Esta última participación va acompañada de un acuerdo de accionistas celebrado el 15 de enero de 1990 entre los grupos de empresas de Gencor y Lonrho (en lo sucesivo, «acuerdo de accionistas»). Este acuerdo establece que cada accionista puede designar el mismo número de consejeros en el Consejo de administración, que éstos poseen los mismos derechos de voto y que ninguno de ellos tiene voto de calidad. Es necesaria la aprobación del Consejo de administración para la adopción de determinadas decisiones, en particular en los siguientes ámbitos: la diversificación de las actividades de LPD, la cuantía de los dividendos por distribuir, el plan estratégico y el presupuesto anuales, la aprobación de las cuentas anuales y las modificaciones de la remuneración de los accionistas. Las decisiones relacionadas con grandes inversiones y desembolsos deben contar con la aprobación de los accionistas. En virtud de determinados acuerdos firmados por Eastplats y Westplats (en lo sucesivo, «acuerdos de gestión»), sus actividades de gestión las realiza Lonrho Management Services (en lo sucesivo, «LMS»), sociedad sudafricana controlada por Lonrho.

Proyecto de operación de concentración

- 5 Gencor y Lonrho proyectaban adquirir el control conjunto de Implats y, a través de esta empresa, de Eastplats y de Westplats (LPD), tras una operación que debía desarrollarse en dos fases. La primera fase debía conducir a la adquisición del control conjunto de Implats por parte de Gencor y Lonrho. La segunda fase perseguía el control exclusivo de Eastplats y de Westplats por parte de Implats. A cambio de la transmisión de su participación en el capital de Eastplats y de Westplats, Lonrho incrementaría su participación en Implats.

- 6 Al término de la operación, Implats tendría el control exclusivo de Eastplats y de Westplats. Gencor y Lonrho poseerían cada una un 32 % del capital de Implats, y el 36 % restante pertenecería al público. Por otra parte, un acuerdo sobre la designación de los consejeros y las modalidades de voto regiría el comportamiento de los dos principales accionistas respecto de las cuestiones más importantes de su vida societaria, lo que les conferiría el control conjunto de Implats.

2. *Procedimiento administrativo*

- 7 El 20 de junio de 1995, Gencor y Lonrho anunciaron la celebración de un acuerdo-marco destinado a poner en común sus respectivas actividades en el sector de los metales del grupo del platino. Ese mismo día remitieron a la Comisión una copia del comunicado de prensa que anunciaba la transacción.
- 8 El 22 de agosto de 1995, la Oficina sudafricana de la competencia (South African Competition Board) comunicó a las partes en la operación que, a la vista de los documentos que le habían facilitado el 14 de agosto de 1995, ésta no planteaba problema alguno desde el punto de vista del Derecho de la competencia sudafricano.
- 9 El 10 de noviembre de 1995, Gencor y Lonrho firmaron un serie de acuerdos sobre la operación de concentración. Entre estos documentos figuraba el acuerdo de compra, cuya ejecución quedaba sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, en particular la aprobación de la operación por la Comisión antes del 30 de junio de 1996, o, a más tardar, y previo acuerdo entre las partes, el 30 de septiembre, de conformidad con las cláusulas 3.1.8 y 3.3 del acuerdo de compra.
- 10 El 17 de noviembre de 1995, Gencor y Lonrho, de conformidad con el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 4064/89, notificaron conjuntamente a la Comisión estos acuerdos, así como sus anexos, por medio del formulario CO.

- 11 Mediante Decisión de 8 de diciembre de 1995, la Comisión ordenó la suspensión de la operación de concentración, en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 y en el apartado 2 del artículo 18 del mismo Reglamento, hasta que adoptase una decisión definitiva.

- 12 Mediante Decisión de 20 de diciembre de 1995, la Comisión consideró que la operación de concentración planteaba serias dudas respecto de su compatibilidad con el mercado común y, en consecuencia, incoó el procedimiento previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento nº 4064/89.

- 13 El 13 de marzo de 1996, la Anglo American Corporation of South Africa Ltd (en lo sucesivo, «AAC») adquirió una participación del 6 % en el capital de Lonrho, con un derecho de tanteo sobre otro 18 %. Es la principal competidora de Gencor y de Lonrho en el sector de los metales del grupo del platino, por medio de la sociedad Amplats, que está vinculada a ella y que es el primer proveedor mundial.

- 14 Tras una reunión organizada por la Comisión el 13 de marzo de 1996, la demandante y Lonrho iniciaron conversaciones con los servicios de la Comisión con el fin de analizar la posibilidad de proponer compromisos en aplicación del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento nº 4064/89.

- 15 El 27 de marzo de 1996, la Comisión comunicó a Gencor y a Lonrho que una de sus principales inquietudes respecto de la operación de concentración se refería a la posibilidad de que se produjera una limitación de la producción, que provocaría un aumento de los precios. A este respecto, la Comisión recordó que normalmente no acepta los compromisos de comportamiento.

- 16 El 1 de abril de 1996, tras una serie de reuniones y de propuestas a este respecto, Gencor y Lonrho presentaron la última versión de los compromisos que proponían. Estos compromisos tenían principalmente por objeto el volumen de producción de una determinada mina.
- 17 Mediante escrito de 2 de abril de 1996, la Comisión criticó dichas propuestas de compromisos, argumentando que no daban respuesta a sus preocupaciones. En particular, llamó la atención sobre las dificultades que conllevaría la realización de dichos compromisos y los problemas que ocasionaría la anulación de la operación si se incumplían. La Comisión añadió que dichas propuestas no tenían en cuenta la previsible evolución de la demanda.
- 18 El 9 de abril de 1996, el Comité consultivo para el control de operaciones de concentración entre empresas (en lo sucesivo, «Comité consultivo») emitió su dictamen sobre la operación de concentración y los compromisos propuestos por la demandante y por Lonrho. Manifestó su acuerdo con la propuesta de Decisión de la Comisión por lo que se refiere a la naturaleza de la concentración, a su dimensión comunitaria, al mercado de productos y al mercado geográfico de referencia, así como al carácter insuficiente de los compromisos presentados. La mayoría de sus miembros aceptó el análisis de la Comisión según el cual la operación de concentración crearía una posición dominante oligopolística en los mercados afectados, así como su conclusión de que la operación era incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «EEE»). Una minoría de sus miembros expresó sus dudas sobre la posibilidad de aplicar el Reglamento n° 4064/89 a las situaciones de dominio oligopolístico, lo que dio lugar a que se abstuvieran de pronunciarse sobre si la operación era incompatible o no con el mercado común y con el funcionamiento del EEE.
- 19 El 19 de abril de 1996, el Ministro Delegado de Asuntos Exteriores sudafricano comunicó oficialmente a la Comisión las observaciones de su Gobierno sobre la operación de concentración proyectada. En este escrito, se limitó a declarar que no pretendía cuestionar la postura de política de la competencia adoptada por la Comunidad en materia de concentraciones y de prácticas colusorias, pero que, teniendo en cuenta la importancia de los recursos minerales para la economía de Sudáfrica, deseaba dar prioridad a la actuación sobre los casos de colusión efectiva, cuando surgiesen. En el presente caso, el Gobierno sudafricano

consideraba que, en determinadas situaciones, era preferible que hubiese dos competidores de igual nivel a la situación existente entonces, con una sola empresa minera dominante en el sector. En su opinión, aunque lo esencial de las reservas de platino se hallase en su país, las que se encontraban en el extranjero podían, en teoría, satisfacer la demanda durante veinte años, sin tener en cuenta los importantes recursos potenciales de Zimbabwe. Por último, el Gobierno sudafricano manifestaba su deseo de examinar estas cuestiones con la Comisión, y solicitaba que la decisión se aplazase hasta la celebración de estas conversaciones.

- 20 Mediante la Decisión 97/26/CE, de 24 de abril de 1996 (DO 1997, L 11, p. 30; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»), la Comisión declaró, con arreglo al apartado 3 del artículo 8 del Reglamento n° 4064/89, la incompatibilidad de la operación de concentración con el mercado común y con el funcionamiento del EEE, ya que el resultado de la operación habría sido la creación de una posición dominante duopolística en favor de Amplats e Implats/LPD en el mercado mundial del platino y del rodio, que supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común.
- 21 Mediante escrito de 21 de mayo de 1996, Lonrho comunicó a la demandante que no tenía intención de ampliar del 30 de junio al 30 de septiembre de 1996 el plazo establecido en el acuerdo de compra para el cumplimiento de las condiciones suspensivas, al no haberse verificado en el plazo estipulado la condición de la aprobación de la operación por parte de la Comisión establecida en la cláusula 3.1.8 del acuerdo.

Procedimiento judicial

- 22 El 28 de junio de 1996, la demandante interpuso el presente recurso de anulación contra la Decisión controvertida.

- 23 El 3 de diciembre de 1996, la demandante presentó, con arreglo a los artículos 49, 64 y 65 del Reglamento de Procedimiento, una solicitud de diligencias de ordenación del procedimiento o de prueba, para que se determinase de manera precisa el estatuto jurídico y el alcance de los escritos oficiales procedentes de las autoridades sudafricanas de la competencia, así como el ámbito y los requisitos de aplicación del Derecho de la competencia sudafricano.
- 24 La Comisión presentó sus observaciones sobre esta solicitud los días 18 de diciembre de 1996, 24 de enero y 30 de julio de 1997.
- 25 La República Federal de Alemania y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte presentaron los días 25 de noviembre y 3 de diciembre de 1996 una demanda de intervención en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 26 La demandante solicitó el tratamiento confidencial de determinados elementos de los autos respecto de la República Federal de Alemania, el 11 de diciembre de 1996, y del Reino Unido, el 3 de enero de 1997.
- 27 El 19 de febrero de 1997, el Tribunal de Primera Instancia requirió a la demandante y a Lonrho para que respondiesen a determinadas preguntas sobre la admisibilidad del recurso y para que presentasen determinados documentos. La demandante y Lonrho respondieron a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia el 1 de abril y el 10 de marzo de 1997, respectivamente. La demandante presentó los documentos solicitados, en particular los acuerdos de gestión celebrados el 15 de enero de 1990 por Eastplats y Westplats con LMS, así como el acuerdo relativo al control de LPD conocido como acuerdo de accionistas, celebrado entre Gencor y Lonrho igualmente el 15 de enero de 1990.
- 28 Mediante auto de 3 de junio de 1997, el Presidente de la Sala Quinta ampliada del Tribunal de Primera Instancia admitió, por una parte, la intervención de la

República Federal de Alemania y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y, por otra, estimó parcialmente la petición de tratamiento confidencial.

- 29 El 27 de junio de 1997, la demandante presentó una petición complementaria de tratamiento confidencial de determinados datos de los autos.
- 30 Mediante auto de 16 de julio de 1997, el Presidente de la Sala Quinta ampliada del Tribunal de Primera Instancia estimó dicha petición.
- 31 El 22 de septiembre de 1997, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte renunció a su intervención. El 26 de septiembre de 1997 la República Federal de Alemania presentó su escrito de formalización de la intervención.
- 32 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia decidió iniciar la fase oral y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento previstas en el artículo 64 del Reglamento de Procedimiento, instó a la parte demandante y a la Comisión a presentar el texto completo de los compromisos propuestos en el procedimiento administrativo por las partes en la concentración. Las partes presentaron el documento solicitado los días 6 y 12 de febrero de 1998, respectivamente.
- 33 En la vista del 18 de febrero de 1998 se oyeron las alegaciones de las partes principales y sus respuestas a las preguntas orales planteadas por el Tribunal de Primera Instancia.
- 34 Mediante escrito de 17 de julio de 1998, el Tribunal de Primera Instancia preguntó a la demandante si renunciaba, a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión (asuntos acumulados

C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375), al motivo según el cual las concentraciones que crean una posición dominante colectiva no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 4064/89. La demandante respondió a la pregunta del Tribunal de Primera Instancia mediante escrito de 29 de julio de 1998.

Pretensiones de las partes

35 La demandante solicita del Tribunal de Primera Instancia que:

- Anule la Decisión controvertida.

- Condene en costas a la Comisión.

36 La Comisión solicita del Tribunal de Primera Instancia que:

- Declare la inadmisibilidad del recurso.

- Con carácter subsidiario, lo desestime por carecer de fundamento.

- Condene en costas a la demandante.

- 37 La República Federal de Alemania solicita del Tribunal de Primera Instancia que desestime el recurso.

Sobre la admisibilidad

Alegaciones de la parte demandada

- 38 La Comisión alega la inadmisibilidad del recurso, basándose en que la demandante carece de interés para ejercitar la acción. En efecto, la posición jurídica de la demandante no se vería modificada por una resolución favorable del Tribunal de Primera Instancia, en la medida en que la operación notificada ya no podría realizarse.
- 39 La Comisión destaca a este respecto que la operación proyectada por Gencor y Lonrho estaba sujeta a determinadas condiciones suspensivas, entre las que figuraba la obtención de una autorización de la Comisión, con arreglo a las letras a) o b) del apartado 1 del artículo 6 o al apartado 2 del artículo 8 del Reglamento nº 4064/89. La Comisión señala que esta condición debía realizarse a más tardar el 30 de junio de 1996, so pena de caducidad del acuerdo de compra en su conjunto, de conformidad con su cláusula 3.3, y afirma, por último, que Lonrho rechazó, mediante escrito de 21 de mayo de 1996, prorrogar hasta el 30 de septiembre de 1996 la fecha de expiración de dicho plazo, posibilidad que, mediando acuerdo escrito entre las partes, estaba prevista en la misma cláusula.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 40 Hay que recordar que un recurso de anulación interpuesto por una persona física o jurídica sólo es admisible en la medida que el demandante tenga interés en la

anulación del acto impugnado (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de noviembre de 1994, *Scottish Football/Comisión*, T-46/92; Rec. p. II-1039, apartado 14). Dicho interés sólo existe si la anulación del acto puede tener, por sí misma, consecuencias jurídicas (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 1986, *Akzo Chemie/Comisión*, 53/85, Rec. p. 1965, apartado 21).

- 41 A este respecto, hay que señalar que, según el artículo 176 del Tratado CE, la institución de la que emane el acto anulado está obligada a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. Dichas medidas no hacen referencia a la desaparición del acto del ordenamiento jurídico comunitario, ya que esta desaparición resulta de la propia anulación por parte del Juez. Hacen referencia, en particular, a la eliminación de los efectos producidos por dicho acto y que están afectados por las ilegalidades declaradas. La anulación de un acto que ya ha sido ejecutado o que ya ha sido derogado a partir de una determinada fecha todavía puede tener consecuencias jurídicas. En efecto, el acto puede haber producido efectos jurídicos durante el período en el que ha estado en vigor, y dichos efectos pueden no haber desaparecido necesariamente como consecuencia de la derogación del acto. Un recurso de anulación también es admisible si permite evitar que la ilegalidad que se alega se reproduzca en el futuro. Por estos motivos, una sentencia de anulación es la causa que puede llevar a la Institución de que se trate a reponer al demandante en la situación en que se encontraba inicialmente o a evitar que se adopte un acto idéntico (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1979, *Simmenthal/Comisión*, 92/78, Rec. p. 777, apartado 32, *Akzo Chemie/Comisión*, antes citada, apartado 21, y de 26 de abril de 1988, *Apesco/Comisión*, 207/86, Rec. p. 2151, apartado 16).
- 42 El hecho de que la demandante sea la destinataria de la Decisión controvertida por la que se declara la incompatibilidad de la operación de concentración con el mercado común le confiere un interés en ejercitar la acción y en que el Juez comunitario examine la legalidad de dicha Decisión.
- 43 Además, como ha destacado la demandante, la Decisión controvertida puede modificar su posición jurídica como adquirente potencial de la participación de Lonrho en LPD.

- 44 En efecto, en virtud del artículo 11 del acuerdo de accionistas (11.1 y 11.6, en particular), toda venta o todo proyecto de cotización en bolsa por Lonrho de una parte cualquiera de su participación del 73 % en LPD daría derecho a Gencor a adquirir toda o parte de ella. Gencor tendría igualmente derechos de adquisición en el caso de que una de las sociedades intermediarias con participación en LPD abandone el grupo de empresas de Lonrho y que un tercero adquiriera el 51 % del capital de Lonrho. Pues bien, hay que llegar necesariamente a la conclusión de que la Decisión controvertida sería un obstáculo para el ejercicio de estos derechos de tanteo.
- 45 Por último, la tesis de la Comisión conduciría a una situación en la que la legalidad de las Decisiones desfavorables adoptadas en el marco del Reglamento n° 4064/89 no podrían ser objeto de control jurisdiccional en los supuestos en que el fundamento contractual de la operación hubiese desaparecido antes de que este Tribunal se pronunciara. Ahora bien, la desaparición del fundamento de la operación no constituye en sí misma un elemento que excluya el control de legalidad de la Decisión de la Comisión.
- 46 De ello se deriva que debe desestimarse la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.

Sobre el fondo

- 4 En apoyo de su recurso, la demandante formula varios motivos referidos, respectivamente, a la incompetencia de la Comisión respecto de la operación de concentración controvertida y a la correlativa infracción del artículo 190 del Tratado, a la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, sobre la base de que las concentraciones que crean una posición dominante colectiva no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, y a la correlativa infracción del artículo 190 del Tratado, a la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, sobre la base de que la Comisión declaró incorrectamente que la concentración crearía una posición dominante colectiva, y a la correlativa infracción del artículo 190 del Tratado, así como, por último, a la infracción del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento n° 4064/89 y a la correlativa infracción del artículo 190 del Tratado.

I. *Sobre los motivos referentes, por una parte, a la infracción del Reglamento n° 4064/89, sobre la base de que no atribuye competencia a la Comisión para examinar la compatibilidad de la operación de concentración controvertida con el mercado común, y, por otra parte, a la infracción del artículo 190 del Tratado*

Alegaciones de las partes

- 48 La demandante alega, con carácter principal, que el Reglamento n° 4064/89 no atribuye competencia a la Comisión para examinar la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común. Alega, con carácter subsidiario, que, en el supuesto de que el Reglamento n° 4064/89 atribuyese dicha competencia, sería inaplicable, en virtud del artículo 184 del Tratado, por ser ilegal.
- 49 Considera que el Reglamento n° 4064/89 no es aplicable a la operación de concentración controvertida, puesto que ésta afecta a actividades económicas desarrolladas en el territorio de un país tercero, la República de Sudáfrica, y que ha sido aprobada por las autoridades de dicho país. El Reglamento se aplica únicamente a las operaciones de concentración realizadas en la Comunidad.
- 50 Según la demandante, este análisis se ajusta al principio de territorialidad, principio general de Derecho internacional público que la Comunidad debe respetar al ejercer sus competencias (sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, Åhlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, asuntos acumulados 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, Rec. p. 5193, en lo sucesivo «sentencia pasta de madera», apartado 18, y sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1992, Poulsen y Diva Navigation, C-286/90, Rec. p. I-6019, apartado 9).
- 51 Las bases jurídicas utilizadas por el Consejo para adoptar el Reglamento n° 4064/89, es decir, los artículos 87 y 235 del Tratado, no pueden ser interpretadas desconociendo este principio para establecer una competencia extraterritorial. En efecto, a juicio de la demandante los principios que figuran en

los artículos 85 y 86, a los que hace referencia el artículo 87, así como los objetivos de la Comunidad, a los que remite el artículo 235, sólo contemplan la competencia en el interior del mercado común y no la competencia entre empresas establecidas en el mercado común y empresas que no forman parte de él, ni la competencia entre empresas establecidas fuera del mercado común. Esta solución resulta tanto del requisito de que el comercio entre los Estados miembros se vea afectado, contemplado en los artículos 85 y 86, como de los objetivos de la Comunidad enumerados en el artículo 2 y en la letra g) del artículo 3 del Tratado.

52 A esta limitación del ámbito de aplicación de las normas del Tratado en materia de competencia se alude tanto en los considerandos primero a quinto y noveno a undécimo del Reglamento n° 4064/89 como en su artículo 2, al indicar estas disposiciones que el Reglamento sólo contempla las operaciones de concentración que producen efectos en el interior del mercado común.

53 Aunque el Reglamento n° 4064/89 no defina expresamente su ámbito de aplicación en función del lugar en el que se efectúa la operación, en su trigésimo considerando y en su artículo 24 se sobreentiende que una operación de concentración realizada en un país tercero, en la que participen empresas de la Comunidad, es competencia de las autoridades de dicho país y no de la Comisión.

54 La demandante precisa que su análisis no significa que el Reglamento n° 4064/89 pueda aplicarse únicamente a las operaciones de concentración entre empresas establecidas en la Comunidad. El lugar de establecimiento de las empresas de que se trate es en realidad menos importante que el lugar o los lugares en que se realiza la operación de concentración. La demandante invoca a este respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión* (6/72, Rec. p. 215), que reconoce la competencia de la Comisión para aplicar el artículo 86 del Tratado a una operación de concentración realizada por una empresa situada fuera de la Comunidad, puesto que se trataba, en ese caso, de la adquisición de una participación en una empresa de la Comunidad.

- 55 A su juicio el Reglamento n° 4064/89 sólo es aplicable, por lo tanto, a los supuestos en los que las actividades afectadas por la operación de concentración se desarrollan en la Comunidad. Más precisamente, como se indica en su undécimo considerando, se aplica a las empresas que desarrollan actividades sustanciales en la Comunidad. En el presente caso, la operación de concentración notificada a la Comisión se lleva a cabo en Sudáfrica, donde se encuentra el campo principal de actuación de las empresas que realizan la operación, a saber, la extracción y el refinado de los metales del grupo del platino. El hecho de que Lonrho disponga de una filial con una oficina en la Comunidad para vender la totalidad de su producción de metales del grupo del platino y el hecho de que desarrolle otras actividades en la Comunidad en los sectores de la hostelería y del comercio en general no permiten considerar que desarrolla actividades sustanciales en la Comunidad en el sentido del undécimo considerando antes mencionado.
- 56 La demandante pone en relación este análisis con el contenido en la sentencia pasta de madera, que confirmó, en el marco de un acuerdo sobre precios, que la Comunidad es competente para aplicar sus normas sobre competencia a las prácticas restrictivas desarrolladas en el mercado común por empresas situadas fuera de la Comunidad, desde el momento en que el acuerdo o la práctica concertada nace o se ejecuta en el territorio de la Comunidad. Ahora bien, en el presente caso la operación de concentración no nace ni se ejecuta en el territorio de la Comunidad, sino en el de la República de Sudáfrica. Afecta por lo tanto antes que nada a la política industrial y de la competencia de este país tercero. Por consiguiente, la Comisión carece de competencia territorial (sentencia pasta de madera, apartados 11 a 18, y conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en este mismo asunto, punto 20).
- 57 Aun suponiendo que el Reglamento n° 4064/89 establezca como criterio atributivo de competencia la existencia de un efecto inmediato y sustancial de la operación de concentración sobre la competencia en el interior de la Comunidad, dicho criterio no se cumple en el presente caso.
- 58 En primer lugar, la Comisión llegó a la conclusión (considerandos 206 y 210 de la Decisión controvertida) de que la operación de concentración podía crear, a medio plazo, una posición dominante duopolística en los mercados mundiales del platino y del rodio. Pues bien, esta conclusión no basta para justificar la

aplicación en el presente caso del criterio del efecto inmediato y sustancial. Para la demandante, la expresión «a medio plazo» es ambigua, ya que puede hacer referencia bien a la creación de una posición dominante a medio plazo, bien a su desaparición en un plazo determinado. En el primer supuesto, las consecuencias de la operación no serían inmediatas, ya que dependerían del comportamiento futuro tanto de la empresa surgida de la concentración como del otro integrante del duopolio, es decir, Amplats. En el segundo supuesto, las consecuencias de la operación no serían sustanciales, debido a su carácter transitorio.

59 En segundo lugar, la demandante considera que, al ser los mercados de referencia mundiales, la posición dominante eventualmente creada por la operación de concentración no concierne en mayor medida a la Comunidad que a cualquier otra autoridad, de manera que la operación carece de efecto sustancial. La Decisión controvertida (considerandos 16, 18 y 98) no reclama para la Comisión una competencia más amplia que la de la República de Sudáfrica o la de cualquier otro país tercero, en particular Japón o Estados Unidos, sino que se contenta con señalar que los mercados afectados son mundiales, que el consumo europeo representa cerca del 20 % de la demanda mundial de metales del grupo del platino (17 % de media para el platino) y que cualquier efecto sobre los mercados mundiales se reflejaría necesariamente en la Comunidad y en el EEE. Estos elementos no bastan para caracterizar la competencia de la Comisión y, en cualquier caso, para motivar la Decisión de conformidad con las exigencias del artículo 190 del Tratado.

60 A este respecto, la demanda tanto sectorial como geográfica de platino y de rodio a nivel mundial demuestra que Europa occidental (incluyendo a la Comunidad), cuyo consumo sólo representaba, en el período 1991-1995, entre el 17 y el 22 % de la demanda mundial, se vería escasamente afectada por una operación de concentración realizada fuera de su ámbito y que la afecta en menor medida que a Japón, donde el consumo representaba, en el mismo período, entre el 47 y el 51 % de la demanda mundial, o que a América del Norte (incluyendo a Estados Unidos), donde el consumo representaba, en el mismo período, entre el 19 y el 21 % de la demanda mundial. La demandante añade que el nivel relativamente bajo de las cuotas de mercado (alrededor del [...] ¹ % para el platino y del [...] % para el rodio en 1994) y de los volúmenes de negocios conjuntos (alrededor de [...] millones de ECU sólo para el platino en 1994) realizados, en la Comunidad,

1 — Datos confidenciales.

por las actividades del platino y el rodio de las dos empresas interesadas en la operación confirman este análisis. A este respecto, la determinación de la dimensión comunitaria de la operación de concentración obliga, para calcular el volumen de negocios de las empresas afectadas a efectos del artículo 5 del Reglamento n° 4064/89, a tomar únicamente en consideración el concepto de sociedad o de persona jurídica, y no el de empresa en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado (véase la Decisión controvertida, considerandos 24, 34, 44, 56, 98, 100 y 209, así como el cuadro 6 que figura en el considerando 96).

- 61 En tercer lugar, por lo que se refiere a la creación de una posición dominante duopolística en los mercados del platino y del rodio, la demandante afirma que el riesgo de una colusión o de un comportamiento paralelo entre los miembros del oligopolio al que alude la Comisión incumbe esencialmente a las autoridades sudafricanas de la competencia, salvo en el supuesto de que se cumplan los requisitos establecidos en la sentencia pasta de madera. Pues bien, el presente asunto se diferencia del que dio lugar a dicha sentencia, ya que este último no se refería a una operación de concentración realizada en un país tercero, sino a un acuerdo sobre precios directamente orientado a la Comunidad y que se ejecutó en ella (véase la sentencia pasta de madera, apartado 13). En cualquier caso, la Comisión no puede declararse competente respecto de una operación de concentración, que puede ser o no de su competencia en virtud del Tratado, basándose en un comportamiento futuro e hipotético de las empresas que actúan en el mercado afectado.
- 62 En último lugar, los acuerdos controvertidos fueron objeto el 22 de agosto de 1995 de una decisión de la autoridad sudafricana de la competencia, la Oficina sudafricana de la competencia. En esta decisión se admitió que la operación notificada no planteaba problema alguno desde el punto de vista de la política de la competencia sudafricana. Por consiguiente, dicha operación era conforme con el Derecho del lugar en el que se iba a realizar, de manera que si la Comisión la declarase ilegal crearía necesariamente un conflicto de competencias con las autoridades sudafricanas. A este respecto, el Ministro Delegado de Asuntos Exteriores sudafricano expuso claramente sus inquietudes en el escrito que dirigió a la Comisión el 19 de abril de 1996. El origen del conflicto de competencias reside en el hecho de que la operación de concentración constituye una modificación de la estructura industrial de un país tercero, en este caso la República de Sudáfrica, lo que entraña para las empresas interesadas, pero también para la economía del Estado afectado, consecuencias más importantes

que simples acuerdos. Por consiguiente, reclamar una competencia respecto de tales modificaciones constituye una injerencia en los asuntos internos de dicho Estado.

63 Finalmente, del impacto relativamente moderado de la operación de concentración en la Comunidad se puede deducir la ausencia de toda justificación legal y el carácter desproporcionado de la competencia que la Comisión se atribuye.

64 La Comisión señala que su competencia se fundamenta en dos bases esenciales. La primera es el principio de nacionalidad, en cuya virtud es competente *ratione personae* para conocer de la actuación de Lonrho, sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro. La segunda es el principio de territorialidad.

65 Con carácter preliminar, la Comisión señala que son las partes en la operación de concentración quienes le solicitaron que examinase la compatibilidad de su operación con el mercado común y el EEE, notificándole su acuerdo y convirtiendo la aprobación de éste por la Comisión en una condición previa para su ejecución. En estas circunstancias, no puede una de las partes, sin contradecir el principio «*nemo auditur [...]*» y «*venire contra factum proprium*», actuar como si no se hubiese sometido voluntariamente al Reglamento n° 4064/89.

66 La Comisión critica las alegaciones de la demandante sobre el criterio de la localización de la actividad económica afectada por la operación de concentración y sobre los criterios y modalidades de su competencia en el marco del Reglamento n° 4064/89.

67 Por lo que se refiere a la localización de la actividad económica afectada por la operación de concentración, la Comisión precisa que, si bien comparte el análisis

de la demandante según el cual el Reglamento n° 4064/89, al igual que los artículos 85 y 86 del Tratado, hacen referencia a la competencia en el interior del mercado común, no llega a la misma conclusión en el presente caso. En efecto, en la medida en que la Decisión controvertida se basa en la consideración de que la operación notificada, aunque se realice en Sudáfrica bajo la forma de un agrupamiento de medios de producción, extendería sus efectos a todo el mundo y modificaría la estructura de la competencia en los mercados de los productos afectados tanto a nivel mundial como comunitario debido a la dimensión mundial del mercado geográfico, es erróneo pretender, como hace la demandante, que dicha Decisión no tiene por objeto la regulación de actividades económicas en el territorio de la Comunidad. A este respecto, la Comisión señala que, si bien las partes en la operación no extraen platino en la Comunidad, no es menos cierto que una parte no insignificante de sus actividades se desarrolla en ella.

- 68 La Comisión encuadra su razonamiento en el marco de la sentencia pasta de madera y de las conclusiones presentadas en dicho asunto por el Abogado General Sr. Darmon, recordando que lo que en ese caso importaba no era tanto la localización de las empresas afectadas como el efecto contrario a la competencia en el territorio de la Comunidad. Procede por lo tanto en el presente asunto centrarse no en la localización de las empresas, sino en la modificación de la estructura de la competencia en el interior del mercado común. Dicha modificación no se refiere a la extracción o al refinado de los productos afectados, como quiere hacer creer la demandante, sino al mercado de la venta de platino en la Comunidad.
- 69 Por lo que se refiere a los criterios y modalidades de la competencia internacional de la Comunidad al amparo del Reglamento n° 4064/89, la Comisión considera que la Decisión controvertida es compatible con las soluciones consagradas en la sentencia pasta de madera, en la que el Tribunal de Justicia expuso los dos elementos de comportamiento necesarios, a saber, la adopción del acuerdo colusorio y su ejecución, y comprobó después que el acuerdo se había puesto en práctica dentro del mercado común. Pues bien, la concentración controvertida extiende sus efectos a todo el mundo, modificando la estructura de la competencia de éste. La competencia de la Comisión en este ámbito deriva pues de las normas clásicas sobre la competencia internacional, conclusión que se ve reforzada por el hecho de que las ventas mundiales de LPD se realizan a través de Western Metal Sales, filial belga de Lonrho, establecida en Bruselas.

- 70 Por lo que se refiere a la alegación de la demandante sobre el efecto sustancial e inmediato, la Comisión considera que carece de todo fundamento, en la medida en que la Decisión controvertida caracteriza correctamente el efecto sustancial e inmediato sobre la estructura de la competencia en el interior del mercado común y del EEE.
- 71 Por lo que se refiere a la posibilidad de un conflicto de competencias con las autoridades sudafricanas, los efectos de la concentración sobre la situación de la competencia en Sudáfrica son escasos, ya que la demanda de platino en dicho país es muy baja. En estas circunstancias, la Comisión asimila la operación proyectada a un cártel de exportación, que no tiene en principio ningún efecto sobre la estructura de la competencia de los países de las empresas participantes y cuyos efectos pueden incluso ser considerados benéficos por las autoridades de estos países.
- 72 El Gobierno alemán señala que el Reglamento n° 4064/89 permite apreciar la compatibilidad de la operación notificada con el mercado común y el EEE. Este análisis respeta tanto los principios derivados del Derecho internacional público como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 85 del Tratado.
- 73 En primer lugar, el propio Reglamento n° 4064/89 regula el régimen de su aplicación extraterritorial. En efecto, de la interpretación conjunta del undécimo considerando y de la letra b) del apartado 2 del artículo 1 se deriva una norma de conflicto para las empresas situadas fuera de la Comunidad. El undécimo considerando prevé, en particular, la aplicación del criterio establecido en la letra b) del apartado 2 del artículo 1, es decir, la realización en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la operación, de un volumen de negocios total que supere los 250 millones de ECU, a concentraciones protagonizadas por empresas que no tienen su campo principal de actuación en la Comunidad pero que desarrollan en ella actividades sustanciales. Pues bien, en el presente caso la operación supera dicho límite y la Comisión caracterizó de manera suficiente en su Decisión las consecuencias de la concentración en el mercado común.

- 74 En segundo lugar, por lo que se refiere a la conformidad de este análisis con el Derecho internacional público, el Gobierno alemán precisa que tanto la norma de conflicto incluida en el Reglamento n° 4064/89 como su aplicación en el presente caso cumplen los criterios derivados de la teoría de los efectos, también denominada principio de territorialidad objetiva. La realización en la Comunidad, por cada una de las dos empresas interesadas en la operación, de un volumen de negocios de al menos 250 millones de ECU es un punto de conexión adecuado. Los elementos fácticos señalados por la Comisión en su análisis de las incidencias de la operación en el EEE confirman, además, que la aplicación extraterritorial del Reglamento n° 4064/89 se ajusta al Derecho internacional.
- 75 En tercer lugar, el Gobierno alemán señala, suscribiendo lo alegado por la Comisión a este respecto, que la sentencia pasta de madera no contradice su interpretación del Reglamento n° 4064/89.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 76 Con carácter preliminar, hay que rechazar la alegación de la Comisión según la cual la demandante, al notificarle el acuerdo de concentración para que lo examinase y al convertir su aprobación en una condición previa para su ejecución, se sometió voluntariamente a su competencia. En efecto, la infracción de las obligaciones de notificación y de suspensión establecidas en los artículos 4 y 7 del Reglamento n° 4064/89 para toda operación de concentración de dimensión comunitaria lleva aparejada, en virtud de su artículo 14, graves sanciones pecuniarias. No puede por lo tanto deducirse de la notificación o de la suspensión de la ejecución del acuerdo de concentración sumisión voluntaria alguna de la demandante a la competencia de la Comunidad. Por otra parte, para apreciar la existencia de esta competencia respecto de una operación de concentración, la Comisión debe poder examinar previamente dicha operación, lo que justifica que se imponga a las partes en la concentración una obligación de notificación. Esta obligación no prejuzga la competencia de la Comisión para pronunciarse sobre dicha concentración.

77 En el presente caso deben examinarse dos cuestiones. En primer lugar, hay que comprobar si una concentración como la que aquí se analiza está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 4064/89, y, en caso afirmativo, si su aplicación a este tipo de concentraciones es contraria al Derecho internacional público sobre la competencia de los Estados.

1. Sobre la apreciación del ámbito territorial de aplicación del Reglamento n° 4064/89

78 Por lo que se refiere a la primera cuestión, hay que recordar que, de conformidad con su artículo 1, el Reglamento n° 4064/89 se aplica a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, es decir, a todas las concentraciones entre empresas que no realicen individualmente más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro, cuyo volumen de negocios total conjunto realizado a nivel mundial supere los 5.000 millones de ECU y cuyo volumen de negocios total realizado individualmente en la Comunidad por al menos dos de ellas supere 250 millones de ECU.

79 El artículo 1 del Reglamento no exige que, para que una operación de concentración se considere de dimensión comunitaria, las empresas afectadas estén establecidas en la Comunidad ni que las actividades de producción que sean objeto de la concentración se desarrollen en el territorio de la Comunidad.

80 Por lo que se refiere al criterio del volumen de negocios, hay que llegar a la conclusión de que, como señala el considerando 13 de la Decisión controvertida, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento n° 4064/89 la concentración es de dimensión comunitaria. En efecto, las empresas afectadas realizan un volumen de negocios total a nivel mundial de más de 10.000 millones de ECU, superior al límite de 5.000 millones previsto en el Reglamento n° 4064/89. Los resultados del último ejercicio financiero de Gencor y Lonrho muestran que tanto una como otra realizan un volumen de negocios en la Comunidad superior a los 250 millones de ECU. Por último, ni Gencor ni Lonrho

realizan, cada una, más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

- 81 Por lo que se refiere a la argumentación de la demandante que excluye la aplicación del Reglamento a la concentración controvertida, y que se apoya en las bases jurídicas del Reglamento n° 4064/89 así como en el tenor de sus considerandos y disposiciones, no puede acogerse.
- 82 En efecto, tanto las bases jurídicas del Reglamento n° 4064/89, a saber, los artículos 87 y 235 del Tratado, y más concretamente las disposiciones que éstos desarrollan, es decir la letra g) del artículo 3 y los artículos 85 y 86 del Tratado, como sus considerandos primero a quinto, noveno y undécimo, no hacen más que señalar la necesidad de asegurarse de que la competencia en el mercado común no sea falseada, especialmente mediante operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante. No excluyen en absoluto del ámbito de aplicación del Reglamento las operaciones de concentración que, aunque tengan por objeto actividades de extracción y/o de producción fuera de la Comunidad, tienen por efecto crear o reforzar una posición dominante que suponga un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado común.
- 83 Más en concreto, el undécimo considerando del Reglamento n° 4064/89, *in fine*, no puede servir de fundamento a la tesis de la demandante.
- 84 Según este considerando, « existe una operación de concentración de dimensión comunitaria [...] cuando las concentraciones las protagonizan empresas que no tienen su campo principal de actuación en la Comunidad, pero que desarrollan en ella actividades sustanciales. »

- 85 Al hacer así referencia de manera genérica al concepto de actividad sustancial, el Reglamento no da prioridad, a la hora de delimitar su ámbito territorial de aplicación, a las actividades de producción respecto de las actividades de venta. Al contrario, al establecer en su artículo 1 límites cuantitativos basados en el volumen de negocios mundial y comunitario de las empresas afectadas, da más bien preferencia a la actividad de venta en el interior del mercado común como punto de conexión de la concentración con la Comunidad. Pues bien, no existe discrepancia sobre el hecho de que Gencor y Lonrho realizan ventas no insignificantes en la Comunidad (por un valor superior a los 250 millones de ECU).
- 86 Además, la pertinencia del criterio basado en la localización de las actividades de producción no está confirmada por el trigésimo considerando ni por el artículo 24 del Reglamento nº 4064/89. Lejos de establecer un criterio de delimitación del ámbito territorial de aplicación del Reglamento, el artículo 24 del Reglamento no hace más que regular los procedimientos que han de seguirse para remediar situaciones en las que terceros países no dan a las empresas de la Comunidad un trato comparable al que ofrece la Comunidad a las empresas de estos terceros países en el ámbito del control de las concentraciones.
- 87 La demandante no puede, invocando la sentencia pasta de madera, valerse del criterio de la ejecución de un acuerdo colusorio en apoyo de su interpretación del ámbito territorial de aplicación del Reglamento nº 4064/89. El criterio de la ejecución de un acuerdo como punto de conexión de éste con el territorio de la Comunidad lejos de respaldar la tesis de la demandante, la descarta. En efecto, según la sentencia pasta de madera, el criterio de la ejecución del acuerdo se cumple con la mera venta en la Comunidad, independientemente de la localización de las fuentes de suministro y de las instalaciones de producción. Pues bien, no existe discrepancia sobre el hecho de que Gencor y Lonrho realizaban ventas en la Comunidad antes de la concentración y que habrían continuado haciéndolo después.
- 88 En estas circunstancias, la Comisión, al aplicar en el presente caso el Reglamento nº 4064/89 a un proyecto de concentración notificado por empresas que tienen su domicilio social y que desarrollan sus actividades de extracción y de producción fuera de la Comunidad, no apreció erróneamente el ámbito territorial de aplicación del Reglamento nº 4064/89.

2. Sobre la compatibilidad de la Decisión controvertida con el Derecho internacional público

- 89 A raíz de la celebración del acuerdo de concentración, habrían desaparecido las relaciones de competencia que existían previamente entre Implats y LPD, en especial por lo que respecta a sus ventas en la Comunidad. Esta circunstancia habría modificado la estructura de la competencia en el interior del mercado común, puesto que en lugar de tres proveedores sudafricanos de metales del grupo del platino, sólo habrían quedado dos. La realización de la concentración proyectada habría provocado no sólo la fusión de las actividades de extracción y de producción de metales del grupo del platino de las partes en la operación desarrolladas en Sudáfrica, sino también la de sus actividades de comercialización en todo el mundo y más en particular en la Comunidad, donde Implats y LPD realizaban ventas no insignificantes.
- 90 Hay que señalar que, cuando una concentración proyectada vaya previsiblemente a producir un efecto inmediato y sustancial en la Comunidad, la aplicación del Reglamento está justificada según el Derecho internacional público.
- 91 A este respecto, de la Decisión controvertida se desprende que el resultado de la operación habría sido la creación de una posición dominante duopolística en favor de Amplats e Implats/LPD en los mercados del platino y del rodio, que habría supuesto un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común a efectos del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89.
- 92 Por lo tanto, hay que comprobar si los tres criterios del efecto inmediato, sustancial y previsible se dan en el presente caso.
- 93 Por lo que se refiere en particular al criterio del efecto inmediato, a diferencia de lo que afirma la demandante, la expresión «a medio plazo» utilizada en los considerandos 206 y 210 de la Decisión controvertida respecto de la creación de una posición dominante duopolística carece de toda ambigüedad. Hace claramente referencia al plazo previsto para que se agoten las existencias rusas, que permitiría que Amplats e Implats/LPD pasasen a ocupar una posición

dominante duopolística en los mercados mundiales del platino y del rodio, y, en consecuencia, que se crease una posición dominante duopolística en la Comunidad, como parte sustancial de dichos mercados mundiales.

94 Esta posición dominante no dependería, como sostiene la demandante, del comportamiento futuro de la empresa resultante de la concentración y del de la sociedad Amplats, sino que sería el resultado, fundamentalmente, de las propias características del mercado y de la modificación de su estructura. Al hacer referencia al comportamiento futuro de los miembros del duopolio, la demandante no distingue los posibles abusos de posición dominante que los integrantes del duopolio podrían cometer en un futuro más o menos lejano, fenómeno que podría controlarse o no por medio de los artículos 85 y/u 86 del Tratado, de la modificación de la estructura de las empresas y del mercado que resultaría de la concentración. Es cierto que la existencia de un comportamiento abusivo no es necesariamente la consecuencia inmediata de la concentración, ya que depende de las decisiones que los integrantes del duopolio adopten en el futuro. No obstante, la consecuencia directa e inmediata de la concentración habría sido la creación de las condiciones que hacen que este tipo de comportamientos sean no sólo posibles sino también económicamente racionales, puesto que dicha concentración habría supuesto un obstáculo significativo para la competencia efectiva existente en el mercado, al modificar de manera duradera la estructura de los mercados afectados.

95 En consecuencia, la concentración habría producido un efecto inmediato en la Comunidad.

96 Por lo que se refiere al criterio del efecto sustancial, hay que señalar que, como se afirmará en el apartado 297 *infra*, la Comisión demostró de modo suficiente con arreglo a Derecho que la concentración habría creado una posición dominante duopolística duradera en los mercados mundiales del platino y del rodio.

97 La demandante no puede sostener que, habida cuenta del nivel poco significativo de las ventas y de la cuota de mercado en el EEE de las partes en la concentración, ésta no tendría un efecto sustancial en la Comunidad. En efecto, mientras que el

nivel de las ventas en Europa occidental (20 % de la demanda mundial) y la cuota de mercado en la Comunidad de la entidad surgida de la concentración ([...] % por lo que se refiere al platino) justificaban ya suficientemente la competencia de la Comunidad respecto de la concentración, el impacto potencial de la concentración se revelaba aun mayor de lo que representaban las cifras correspondientes. En efecto, teniendo en cuenta que la concentración habría creado una posición dominante duopolística en los mercados mundiales del platino y del rodio, es evidente que las ventas en la Comunidad, potencialmente afectadas por la concentración, habrían englobado no sólo las de la empresa Implats/LPD sino también las de Amplats (entre el 35 y el 50 %, aproximadamente), lo que habría representado una parte más que sustancial de las ventas de platino y de rodio en Europa occidental y una cuota de mercado conjunta de Implats/LPD y de Amplats mucho mayor (entre el [...] y el 65 %, aproximadamente).

- 98 Por último, no puede acogerse la alegación de la demandante según la cual la creación de la posición dominante que la Comisión contempla en la Decisión controvertida no concierne en mayor medida a la Comunidad que a cualquier otra entidad competente, e incluso le concierne en menor medida. En efecto, el hecho de que, en el contexto de un mercado mundial, otras partes del mundo se vean afectadas por la concentración no puede impedir que la Comunidad ejerza su control sobre una operación de concentración que, por crear una posición dominante, afecta sustancialmente a la competencia en el interior del mercado común.
- 99 Por lo tanto, deben rechazarse las alegaciones de la demandante que cuestionan la existencia de un efecto sustancial de la operación de concentración en la Comunidad.
- 100 En cuanto al criterio del efecto previsible, de todo lo anterior se deriva que era efectivamente previsible que la creación de una posición dominante duopolística en un mercado mundial supondría también un obstáculo significativo para la competencia en la Comunidad, parte integrante de dicho mercado.

- 101 De ello resulta que la aplicación del Reglamento nº 4064/89 a la concentración proyectada se ajustaba al Derecho internacional público.
- 102 Procede examinar a continuación si el ejercicio de esta competencia por parte de la Comunidad vulneró un principio de no intervención y el principio de proporcionalidad.
- 103 Por lo que se refiere a la alegación de la demandante según la cual la Comunidad debería haberse abstenido, en virtud de un principio de no intervención, de prohibir la concentración para evitar un conflicto de competencias con las autoridades sudafricanas, debe rechazarse, sin que sea necesario indagar la existencia de una norma de esta naturaleza en el Derecho internacional. A estos efectos, basta comprobar que no existía conflicto entre el comportamiento prescrito por el Gobierno sudafricano y el prescrito por la Comunidad, puesto que, en su escrito de 22 de agosto de 1995, las autoridades sudafricanas de la competencia se limitaron a declarar que los acuerdos de concentración no planteaban problema alguno desde el punto de vista de la política de la competencia, sin imponer la celebración de dichos acuerdos (véase, en este sentido, la sentencia pasta de madera, apartado 20).
- 104 A este respecto, en su escrito de 19 de abril de 1996, el Gobierno sudafricano, lejos de cuestionar la competencia de la Comunidad para pronunciarse sobre la concentración examinada, no hizo, en primer lugar, más que expresar una preferencia general, teniendo en cuenta la importancia estratégica de las explotaciones mineras en Sudáfrica, en favor de intervenciones *ad hoc* en casos específicos de colusión, sin aportar precisiones sobre los méritos industriales o de otro tipo de la operación de concentración proyectada entre Gencor y Lonrho. Se limitó, a continuación, a manifestar la opinión de que la concentración proyectada podría no suponer un obstáculo para la competencia, habida cuenta del potencial económico de Amplats, de la existencia de otras fuentes de suministro de metales del grupo del platino y de las posibilidades de introducción de otros productores en el mercado sudafricano mediante el otorgamiento de nuevas concesiones de explotación.

- 105 Por último, ni la demandante ni, por otra parte, el Gobierno sudafricano en su escrito de 19 de abril de 1996 demostraron, más allá de simples declaraciones de principio, en qué afectaría la concentración proyectada a los intereses vitales de la economía y/o del comercio de la República de Sudáfrica.
- 106 Por lo que se refiere a la alegación según la cual la Comunidad no puede declararse competente respecto de una operación de concentración sobre la base de un comportamiento futuro e hipotético, a saber, un comportamiento paralelo de las empresas que actúan en el mercado afectado, que puede ser o no de la competencia de la Comunidad en virtud del Tratado, hay que señalar, como se ha destacado con anterioridad en el marco del análisis del efecto inmediato de la concentración, que, si bien la eliminación del riesgo de futuros comportamientos abusivos puede constituir una preocupación legítima para cualquier autoridad competente en la materia, el principal objetivo del control de las concentraciones a nivel comunitario es asegurarse de que los fenómenos de reestructuración de las empresas no dan lugar a la creación de posiciones de poder económico que puedan suponer un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado común. La competencia de la Comunidad se basa por lo tanto, en primer lugar, en la necesidad de evitar la creación de estructuras de mercado que puedan crear o reforzar una posición dominante, y no en la necesidad de controlar directamente posibles abusos de posición dominante.
- 107 Por consiguiente, no es necesario pronunciarse sobre si en el escrito de 22 de agosto de 1995 la Oficina sudafricana de la competencia adoptó una posición definitiva sobre la concentración, si el Gobierno sudafricano es o no una autoridad responsable de las cuestiones de competencia, y, por último, sobre el alcance del Derecho de la competencia sudafricano. No procede por lo tanto estimar la solicitud de diligencias de ordenación del procedimiento o de prueba planteada por la demandante en su escrito de 3 de diciembre de 1996.
- 108 En estas circunstancias, la Decisión de la Comisión no es contraria ni al Reglamento nº 4064/89 ni a las normas de Derecho internacional público invocadas por la demandante.

- 109 Por las mismas razones, debe desestimarse la excepción de ilegalidad planteada, al amparo del artículo 184 del Tratado, contra el Reglamento n° 4064/89 por atribuir competencia a la Comisión respecto de la concentración entre Gencor y Lonrho.
- 110 Por lo que se refiere a la motivación, en la Decisión controvertida, de la competencia de la Comunidad para aplicar el Reglamento a la concentración, hay que señalar que las explicaciones contenidas en los considerandos 4, 13 a 18, 204 a 206, 210 y 213 de la Decisión controvertida son conformes a las obligaciones que incumben a la Comisión, en virtud del artículo 190 del Tratado, de motivar sus decisiones para permitir al Juez comunitario ejercer su control jurisdiccional, dar a las partes la posibilidad de defender sus derechos y permitir a toda parte interesada conocer las condiciones en las que la Comisión ha aplicado el Tratado y sus normas de aplicación.
- 111 Por lo tanto, deben desestimarse los dos motivos de anulación examinados, sin que proceda estimar la solicitud de diligencias de ordenación del procedimiento o de prueba planteada por la demandante en su escrito de 3 de diciembre de 1996.

II. Sobre los motivos referentes, por una parte, a la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, sobre la base de que la Comisión no tiene la facultad de impedir las operaciones de concentración que crean o refuerzan una posición dominante colectiva, y, por otra parte, a la infracción del artículo 190 del Tratado

Alegaciones de la demandante

- 112 La demandante sostiene que el Reglamento n° 4064/89 no permite prohibir que se cree o se refuerce una posición dominante colectiva.

- 113 El análisis del texto del Reglamento n° 4064/89 revela, según ella, que el concepto de posición dominante colectiva está excluido de su ámbito de aplicación. A diferencia del artículo 86 del Tratado, el apartado 3 del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89 no menciona en absoluto el concepto de posición dominante colectiva. La Comisión no es por lo tanto competente para prohibir una concentración por este motivo.
- 114 Además, en el decimoquinto considerando del Reglamento n° 4064/89, según el cual puede presumirse la compatibilidad cuando, en particular, la cuota de mercado de las *empresas afectadas* no supere el 25 %, se sobreentiende que dicho Reglamento descarta la posibilidad de oponerse a una operación de concentración sobre la base de que crea una posición dominante colectiva. En efecto, según la demandante en mercados oligopolísticos una operación de concentración entre dos de los operadores puede no dar lugar a la aparición de una entidad fusionada que posea una cuota de mercado superior al 25 %. Pues bien, los participantes en la presunta posición dominante colectiva que no participen en la operación de concentración no pueden ser considerados «empresas afectadas» en el sentido del Reglamento n° 4064/89.
- 115 La demandante señala, refiriéndose a los trabajos preparatorios, que la cuestión de la posición dominante colectiva se debatió en el momento de la adopción del Reglamento n° 4064/89. El hecho de que este Reglamento no cubra los oligopolios no es, por lo tanto, consecuencia de un olvido, sino que se trata de una omisión intencionada, en la medida en que los Estados miembros representados en el Consejo no llegaron a un acuerdo sobre esta cuestión. En este contexto, sería inoportuno e inútil interpretar el Reglamento n° 4064/89 de manera inconciliable con el resultado de intensas negociaciones realizadas en el Consejo en el momento de su adopción.
- 116 En el Reino Unido, en Alemania y en Francia las disposiciones sobre el control de las operaciones de concentración cubren específicamente la posición dominante colectiva, lo que, según la demandante, no sucede en absoluto en el Reglamento n° 4064/89. Estos regímenes prevén, además, un procedimiento especial en el que participen todas las sociedades que presuntamente integran el oligopolio.

- 117 Si se interpretase el apartado 3 del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89 de manera que se incluyese en él el concepto de posición dominante colectiva, se crearían dos problemas jurídicos particulares, al violarse los principios fundamentales del Tratado, a saber, el principio de seguridad jurídica y los derechos procedimentales de los terceros.
- 118 Esta interpretación sería incompatible con el principio de seguridad jurídica, habida cuenta, en particular, de las sanciones a que se exponen las empresas en el marco del Reglamento n° 4064/89.
- 119 Por lo que se refiere a los derechos procedimentales de los terceros, la demandante afirma que, si bien en la práctica la Comisión consulta, en el marco del procedimiento, a los terceros que operan en el mercado afectado y los autoriza a presentar sus observaciones y a asistir a la audiencia, dichos terceros no tienen los mismos derechos ni reciben el mismo trato que las empresas que participan en la operación de concentración, lo que demuestra que el Reglamento n° 4064/89 no cubre las situaciones de posición dominante colectiva.
- 120 Es importante aplicar el Reglamento n° 4064/89 literalmente cuando las operaciones de concentración sólo afectan a actividades desarrolladas en el territorio de un país tercero, en particular cuando el Gobierno de este país, como en el presente caso el Gobierno sudafricano, insiste en la necesidad de controlar la colusión en el momento de su aparición y no de manera anticipada.
- 121 La demandante señala que, en su Decisión 92/553/CEE, de 22 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (Asunto n° IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (DO L 356, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión Nestlé/Perrier»), la Comisión interpretó el artículo 2 del Reglamento n° 4064/89 en el sentido de que la ausencia de control de las operaciones de concentración que crean y/o refuerzan una posición dominante colectiva podría poner en peligro el objetivo fundamental, recogido en la letra g) del artículo 3 del Tratado, de una competencia no falseada en el mercado interior. Según ella, la Comisión admitió en su *Decimosexto Informe sobre la política de competencia* que no existía este riesgo. En este Informe, la Institución consideró que podía

controlar comportamientos abusivos de las empresas en posición dominante colectiva por medio del artículo 86 del Tratado. De cualquier modo, en el presente caso las facultades de la Comisión están delimitadas por el Reglamento nº 4064/89 y no por un objetivo de política general consistente en la prevención de comportamientos potencialmente restrictivos. Por lo tanto, la Comisión sólo es competente cuando la operación de concentración crea o refuerza una posición dominante, obstaculizando así la competencia efectiva, y no cuando simplemente pueda suponer un obstáculo para una situación de competencia efectiva.

- 122 Por último, la aplicación del Reglamento a una operación de concentración que implica la creación de una posición dominante colectiva, sin ninguna motivación respecto de la base jurídica que justifica dicha solución, constituye, a juicio de la demandante, una infracción del artículo 190 del Tratado.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 123 El apartado 3 del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 establece:

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

- 124 Se plantea pues la cuestión de si la expresión «al crear o reforzar una posición dominante» sólo alude a las situaciones en las que se crea o se refuerza una posición dominante individual, o si se refiere también a las situaciones en las que se crea o se refuerza una posición dominante colectiva, es decir, una posición ocupada por dos o más empresas.

- 125 Del tenor del artículo 2 del Reglamento no se puede deducir que únicamente las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante individual, es decir, una posición dominante ocupada por las partes en la concentración, están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento. En efecto, el artículo 2 del Reglamento, en la medida en que se refiere a las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante, no excluye en sí mismo la posibilidad de aplicar el Reglamento a casos en que las operaciones de concentración lleven a crear o a reforzar una posición dominante colectiva, a saber, una posición dominante que ocupan las partes en la concentración con una o varias entidades terceras respecto a dicha concentración (sentencia Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 166).
- 126 La demandante no puede sostener que, en la medida en que en el momento de la adopción del Reglamento n° 4064/89 existían en otros regímenes nacionales disposiciones destinadas específicamente al control de las concentraciones que creaban o reforzaban una posición dominante colectiva, el hecho de que el Consejo haya optado deliberadamente por no incluir una disposición de este tipo en dicho Reglamento significa necesariamente que éste no cubre las situaciones de posición dominante colectiva. En efecto, la elección de una fórmula neutra como la que figura en el apartado 3 del artículo 2 del Reglamento no excluye *a priori* de su ámbito de aplicación las situaciones en las que se crea o se refuerza una posición dominante colectiva.
- 127 Por último, hay que señalar que, independientemente de su precisión, las legislaciones nacionales que, con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento n° 4064/89, eran aplicables a las situaciones en las que se creaba o se reforzaba una posición dominante colectiva no son ya aplicables a este tipo de concentraciones, de conformidad con el apartado 2 del artículo 21 de dicho Reglamento. Si se aceptase la tesis de la demandante, habría pues que admitir que todos los Estados miembros que aplicaban sus sistemas de control de las concentraciones a las situaciones en las que se creaba o se reforzaba una posición dominante colectiva, es decir, la República Francesa, la República Federal de Alemania y el Reino Unido, entre otros, habrían renunciado a este tipo de control por lo que se refiere a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria. Pues bien, a falta de claros indicios en este sentido, no puede presumirse que ésa fuese la voluntad de los Estados miembros.

- 128 Por lo que se refiere a las alegaciones de la demandante sobre los trabajos preparatorios, este Tribunal considera que, a la hora de interpretar un acto legislativo, debe concederse menos importancia a las posiciones defendidas por uno u otro Estado miembro en el momento de su elaboración que al tenor literal y a la finalidad de dicho acto.
- 129 No puede considerarse que los trabajos preparatorios expresen claramente la intención de los autores del Reglamento n° 4064/89 sobre el alcance de la expresión «posición dominante». En tales circunstancias, estos trabajos no pueden proporcionar indicaciones útiles a efectos de la interpretación del concepto controvertido (sentencia Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 167, y la sentencia citada en él).
- 130 En cualquier caso, el hecho de que, con posterioridad a la adopción del Reglamento, determinados Estados miembros, y más en particular la República Francesa, hayan cuestionado la aplicabilidad del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas, no implica que el Reglamento no cubra estos supuestos. En efecto, al no estar vinculados los Estados miembros por las posiciones que hayan podido aceptar durante las deliberaciones en el Consejo, no puede excluirse que uno de ellos cambie de parecer tras la adopción de un acto legislativo, o simplemente decida someter la cuestión de su legalidad al Juez comunitario.
- 131 Procede, a continuación, interpretar el Reglamento n° 4064/89, y en particular su artículo 2, sobre la base de su sistema general.
- 132 Hay que examinar la alegación de la demandante según la cual el sistema del Reglamento excluye su aplicación a situaciones de posición dominante colectiva. A este respecto, la demandante señala que la referencia al límite del 25 % que se hace en el decimoquinto considerando del Reglamento n° 4064/89 parece excluir la aplicación del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas.

133 Este decimoquinto considerando establece:

«[...] las operaciones de concentración entre empresas con cuotas de mercado limitadas no suponen un obstáculo para una competencia efectiva y pueden, por tanto, considerarse compatibles con el mercado común; [...] ello puede presumirse sin perjuicio de los artículos 85 y 86 del Tratado, en particular cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supere el 25 % ni en el mercado común ni en una parte sustancial del mismo.»

134 Como fundadamente destaca la Comisión, esta referencia al límite del 25 % de cuota de mercado no puede servir de base a una interpretación restrictiva del Reglamento. En la medida en que los mercados oligopolísticos en los que una de las empresas en posición dominante conjunta posee menos del 25 % son relativamente raros, dicha presunción no puede servir para excluir los casos de posición dominante conjunta del ámbito de aplicación del Reglamento. En efecto, es más frecuente encontrar mercados oligopolísticos en los que las empresas en posición dominante poseen una cuota de mercado superior al 25 %. Así, las estructuras de mercado más favorables a la aparición de comportamientos oligopolísticos son las caracterizadas por la presencia de dos, tres o cuatro proveedores con aproximadamente la misma cuota de mercado cada uno, por ejemplo dos proveedores que poseen, cada uno, el 40 % del mercado, tres proveedores que poseen, cada uno, entre el 25 y el 30 % del mercado, o cuatro proveedores que poseen, cada uno, alrededor del 25 % del mercado. Pues bien, todas estas situaciones son compatibles con el límite del 25 % previsto en el decimoquinto considerando del Reglamento.

135 Además, este límite se cita a título meramente indicativo, como por otra parte precisa el propio considerando decimoquinto, y no fue desarrollado en absoluto en la parte dispositiva del Reglamento (sentencia Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 176).

136 En consecuencia, la interpretación del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89 a la luz de su decimoquinto considerando no puede justificar la tesis de la demandante según la cual el Reglamento no es aplicable a las posiciones dominantes colectivas.

- 137 Procede examinar, a continuación, la alegación de la demandante basada en el principio de seguridad jurídica y en los derechos de defensa.
- 138 Según la demandante, teniendo en cuenta en particular las sanciones a las que se exponen las empresas en el marco del Reglamento n° 4064/89, es incompatible con el principio de seguridad jurídica forzar la interpretación normal del apartado 3 de su artículo 2 para ampliar su alcance a las situaciones de posición dominante colectiva.
- 139 Pues bien, la cuestión que se plantea en el marco del motivo examinado es precisamente si la interpretación del Reglamento defendida por la Comisión es la correcta. En tal caso, la Decisión sería, desde este punto de vista, legal, y no existiría infracción del principio de seguridad jurídica. Si, por el contrario, la interpretación exacta del Reglamento es la defendida por la demandante, la Decisión estaría afectada por un vicio de incompetencia, y en ese caso no sería necesario pronunciarse sobre una posible violación del principio de seguridad jurídica.
- 140 En consecuencia, la alegación de la demandante es inoperante.
- 141 Por lo que se refiere al respeto de los derechos de defensa, hay que recordar que el artículo 18 del Reglamento n° 4064/89 establece:

«1. Antes de adoptar las decisiones previstas en los apartados 2 y 4 del artículo 7, en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 8, en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 8, así como en los artículos 14 y 15, la Comisión ofrecerá a las personas, empresas y asociaciones de empresas interesadas la oportunidad de ser oídas en todas las fases del procedimiento hasta la consulta al Comité consultivo en relación con las objeciones formuladas respecto a ellas.

[...]

3. La Comisión basará sus decisiones únicamente en las objeciones sobre las que los interesados hayan podido formular sus alegaciones. En el curso del procedimiento quedarán plenamente garantizados los derechos de la defensa de los interesados. El acceso al expediente será posible al menos para las partes directamente interesadas, siempre y cuando se respete el interés legítimo de las empresas de que no se divulguen sus secretos comerciales.

4. Si la Comisión o las autoridades competentes de los Estados miembros lo juzgaran necesario podrán oír también a otras personas físicas o jurídicas. Si otras personas físicas o jurídicas que justifiquen un interés suficiente, y, en particular, los miembros de los órganos de administración o de dirección de las empresas afectadas o los representantes reconocidos de los trabajadores de dichas empresas, solicitaran ser oídos, deberá accederse a su solicitud.»

142 A diferencia de lo que pretende la demandante, estas disposiciones no excluyen *a priori* la posibilidad de que los miembros del oligopolio que no participan en la concentración disfruten, en materia de audiencia, de los mismos derechos que las empresas que participan en dicha concentración.

143 En efecto, el nivel de protección de los derechos de defensa de una determinada empresa sólo depende, en el sistema del artículo 18 del Reglamento, de su caracterización como empresa interesada, como parte directamente interesada o como tercero con un interés suficiente, cuestión que, a su vez, depende de si la Decisión que la Comisión pretende adoptar puede causarle un perjuicio. De ello se deriva que si las empresas que forman parte del oligopolio pero que no participan en la concentración fueran consideradas partes directamente interesadas en la Decisión de la Comisión, disfrutarían de los mismos derechos procedimentales que las empresas que participan en la concentración.

- 144 Por el contrario, si la Decisión de la Comisión no causase perjuicio a las empresas que no participan en la concentración, éstas tendrían derecho a ser oídas en la medida en que, con arreglo al apartado 4 del artículo 18 del Reglamento n° 4064/89, justificasen un interés suficiente, lo que se ajustaría a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en materia de derechos procedimentales de los terceros.
- 145 Aun suponiendo que la constatación por parte de la Comisión de que la operación de concentración proyectada crea o refuerza una posición dominante colectiva entre las empresas afectadas y una empresa tercera pueda por sí misma lesionar los intereses de esta última, hay que recordar que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda terminar en un acto lesivo para una persona determinada constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe quedar garantizado aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate (véase, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461; de 24 de octubre de 1996, Comisión/Lisrestal y otros, C-32/95 P, Rec. p. I-5373, apartado 21, y Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 174).
- 146 A la luz de este principio, el hecho de que el legislador comunitario no haya previsto expresamente, en el marco del Reglamento, un procedimiento que garantice el derecho de defensa de las empresas terceras que se supone que ocupan una posición dominante colectiva con las empresas que participan en la concentración no puede considerarse como una prueba decisiva de la inaplicabilidad de dicho Reglamento a las posiciones dominantes colectivas (sentencia Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 175).
- 147 De ello se deriva que no puede acogerse la alegación basada en los derechos procedimentales de los terceros.
- 148 Dado que las interpretaciones literal, histórica y sistemática del Reglamento, y en especial de su artículo 2, no permiten apreciar su alcance exacto en cuanto al tipo de posición dominante a que se refiere, procede interpretar la normativa en

cuestión basándose en su finalidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de febrero de 1979, Países Bajos/Comisión, 11/76, Rec. p. 245, apartado 6; de 5 de diciembre de 1996, Merck y Beecham, asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95, Rec. p. I-6285, apartados 19 a 25, y Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 168).

149 A este respecto, como resulta de sus cinco primeros considerandos, el Reglamento se fija como objetivo principal, para la realización de los fines del Tratado, y en especial de lo previsto en la letra f) del artículo 3, actualmente letra g) del artículo 3 tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, garantizar que el proceso de reestructuración de las empresas que resulta en particular de la consecución del mercado interior no cause un perjuicio permanente a la competencia. Así, el quinto considerando *in fine* del Reglamento n° 4064/89 destaca que «el Derecho comunitario debe, por consiguiente, incluir disposiciones que regulen las operaciones de concentración que puedan impedir de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo» (véase, en este sentido, la sentencia Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 169).

150 Por otra parte, de los considerandos sexto, séptimo, décimo y undécimo del mismo Reglamento se desprende que éste, a diferencia de los artículos 85 y 86 del Tratado, tiene la finalidad de aplicarse a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria en la medida en que, en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad, puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado (sentencia Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 170).

151 Pues bien, una operación de concentración que crea o refuerza una posición dominante de las partes afectadas con una entidad tercera respecto a la operación puede resultar incompatible con el régimen de competencia no falseada previsto por el Tratado. Por tanto, si se admitiese que el Reglamento sólo contempla las operaciones de concentración que crean o refuerzan una posición dominante de las partes en la concentración, su finalidad, tal como resulta de los considerandos citados, se vería parcialmente frustrada. De este modo, se privaría al Reglamento de una parte considerable de su efecto útil, sin que ello viniera impuesto atendiendo al sistema general del régimen comunitario de control de las concentraciones (sentencia Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 171).

- 152 Por lo que se refiere a las alegaciones basadas, por una parte, en que el Reglamento puede aplicarse a operaciones de concentración entre empresas que no tengan su centro de actividad principal en la Comunidad, y, por otra parte, en que la Comisión podría en su caso controlar el comportamiento restrictivo de los miembros de un oligopolio por medio del artículo 86 del Tratado, no pueden servir para cuestionar la aplicabilidad del Reglamento a casos de posición dominante colectiva que resulten de una operación de concentración.
- 153 Por lo que respecta a la primera de estas alegaciones, hay que destacar que la aplicabilidad del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas no puede depender de su ámbito territorial de aplicación.
- 154 Por lo que se refiere a la posibilidad de aplicar el artículo 86 del Tratado, ésta no permite considerar que el Reglamento no se aplica a una posición dominante colectiva, puesto que el mismo razonamiento serviría para las situaciones de dominio por parte de una sola empresa, lo que llevaría a la conclusión de que el Reglamento no es en absoluto necesario.
- 155 Además, al permitir el artículo 86 del Tratado únicamente el control de las situaciones en las que se refuerza una posición dominante, y no en las que se crea (sentencia *Europemballage y Continental Can/Comisión*, antes citada, apartado 26), la no aplicabilidad del Reglamento a las concentraciones crearía una laguna en el sistema comunitario de control de las concentraciones que comprometería el buen funcionamiento del mercado común.
- 156 De cuanto precede resulta que las posiciones dominantes colectivas no están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento n° 4064/89, como por otra parte declaró el propio Tribunal de Justicia, con posterioridad a la vista del 18 de febrero de 1998, en la sentencia *Francia y otros/Comisión*, antes citada (apartado 178).

157 En consecuencia, la Comisión no estaba obligada a incluir en el texto de la Decisión ninguna motivación sobre la aplicabilidad del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas, teniendo en cuenta además que ya había expresado su opinión a este respecto tanto en los informes anuales sobre la política de competencia como en otros casos de concentración, en particular en la Decisión Nestlé/Perrier. Por consiguiente, la alegación basada en la infracción de la obligación de motivación contemplada en el artículo 190 del Tratado carece de fundamento.

158 De ello se deriva que deben desestimarse los motivos examinados.

III. Sobre los motivos referentes, por una parte, a la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, sobre la base de que la Comisión declaró incorrectamente que la operación de concentración crearía una posición dominante colectiva, y, por otra parte, a la infracción del artículo 190 del Tratado

A. Decisión controvertida

159 Para llegar a la conclusión de que el resultado de la operación sería la creación de una posición dominante colectiva en favor de Implats/LPD y Amplats, que supondría un obstáculo significativo para la competencia en el mercado común (considerando 219 de la Decisión controvertida), la Comisión observó (considerandos 74 a 214), en particular, que:

- a pesar de que los metales del grupo del platino (platino, paladio, rodio, iridio, rutenio y osmio) se encuentran, en estado natural, en el mismo yacimiento, no son lo suficientemente intercambiables entre sí para ser considerados como parte integrante de un único mercado de productos, y que, en consecuencia, cada metal del grupo del platino considerado por separado constituye un mercado de producto;

- los metales del grupo del platino constituyen bienes de gran valor que se venden en todo el mundo en las mismas condiciones, y que, por lo tanto, existe un mercado mundial integrado para cada metal del grupo del platino;

- los mercados del platino y del rodio se caracterizan por una homogeneidad del producto, por una gran transparencia del mercado, por la inelasticidad de la demanda en relación con el nivel de los precios actuales, por un crecimiento moderado de la demanda, por tecnologías de producción consolidadas, por considerables barreras a la entrada en el mercado, por un elevado nivel de concentración de las empresas, por vínculos financieros y contactos entre proveedores en numerosos mercados, por la inexistencia de poder de negociación por parte de los compradores así como por el escaso grado de competencia y por la escasez de elementos de competencia existentes hasta el momento;

- tras la operación de concentración, el grupo Implats/LPD y Amplats poseerían, cada uno, una cuota de mercado mundial en el mercado del platino de alrededor del 35 % (cuota de mercado conjunta en torno al 70 %) que, tras el previsible agotamiento de las existencias rusas en un plazo de dos años, pasaría a ser del 40 % (cuota de mercado conjunta en torno al 80 %), y un porcentaje total de las reservas mundiales estimadas de metales del grupo del platino del 89 %, a razón de un 50 % cada uno;

- tras la operación de concentración, Implats/LPD y Amplats tendrían estructuras de costes similares;

- la concentración eliminaría definitivamente la amenaza competitiva que LPD representaba con anterioridad para el mercado;

- tras la operación de concentración, Rusia pasaría a desempeñar un papel menor en el mercado;

- las fuentes marginales de suministro, es decir, los proveedores ajenos al oligopolio, las empresas de reciclado, los poseedores de existencias distintas de las rusas y la sustitución del platino por el paladio no podrían hacer frente al potencial económico del duopolio constituido por Implats/LPD y Amplats.

- era poco probable que se produjesen nuevas entradas en los mercados del platino y del rodio.

B. *Consideraciones generales*

- 160 La demandante alega que los elementos de prueba y la motivación contenidos en la Decisión controvertida no bastan en el presente caso para justificar la declaración de la existencia de una posición dominante colectiva y, además, no constituyen, a la vista de la jurisprudencia sobre el artículo 190 del Tratado, una motivación suficiente.
- 161 La demandante sostiene que, si la Comisión hubiese aplicado correctamente a las características objetivas de los mercados del platino y del rodio los criterios utilizados en anteriores Decisiones, no habría llegado a la conclusión de que el resultado de la operación de concentración sería la creación de una posición dominante colectiva.
- 162 Hay que recordar que, según el apartado 3 del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, se declararían incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

- 163 Al apreciar la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión tiene pues que determinar, mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia, si la operación de concentración que es objeto de examen llevaría a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sería obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores (sentencia Francia y otros/Comisión, antes citada, apartado 221).
- 164 A este respecto, las normas materiales del Reglamento, y en especial su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico (misma sentencia, apartado 223).
- 165 Por consiguiente, el control por parte del Juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe efectuarse teniendo en cuenta el margen de apreciación basado en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (misma sentencia, apartado 224).
- 166 A la luz de estas consideraciones, procede examinar las diferentes alegaciones formuladas por la demandante.

C. Sobre la pretendida existencia de un control conjunto por parte de Gencor y de Lonrho sobre LPD antes de la operación de concentración

Alegaciones de las partes

- 167 La demandante alega que la Comisión parece no haber tomado suficientemente en consideración todos los elementos de prueba presentados en cuanto a la situación anterior a la operación de concentración, en la que la demandante tenía, junto con Lonrho, el control de LPD. Los factores que llevaron a la Comisión a considerar que la concentración proyectada era incompatible con el mercado común existían ya con anterioridad al proyecto. Es por lo tanto difícil entender en qué habría modificado la concentración el grado de competencia en el mercado común o en una parte sustancial de éste.
- 168 La Comisión sostiene que, a diferencia de lo que afirma la demandante, LPD no era objeto de un control conjunto por parte de Gencor y de Lonrho antes del proyecto de concentración. Según ella, la demandante sostiene exactamente lo contrario de lo que sostuvo en el escrito de contestación al pliego de cargos, a saber, que Implats y LPD eran entidades completamente distintas y que Implats sólo estaba vinculada a LPD en su condición de accionista minoritario.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 169 Este Tribunal destaca que, en los considerandos 114 a 121 y 186 a 191 de la Decisión controvertida, la Comisión lleva a cabo un análisis detallado de los vínculos estructurales existentes entre Implats y LPD con anterioridad a la operación de concentración, así como del impacto de ésta en la estructura de la competencia en el mercado del platino. Así, según la Decisión controvertida, la

existencia de estos vínculos no impidió que LPD continuase siendo un competidor independiente frente a Implats, independencia que habría desaparecido tras la operación de concentración.

- 170 Procede pues examinar si la operación de concentración podía modificar de manera sensible el grado de influencia que la demandante podía ejercer sobre LPD y, en consecuencia, las condiciones y la estructura de la competencia en los mercados del platino y del rodio, o si, al no añadir la operación de concentración nada sustancial a la estructura de mercado preexistente, la Comisión debería haberla autorizado.
- 171 A este respecto, hay que señalar que, según el artículo 8.2 del acuerdo de accionistas de 1990, la gestión y el control ordinarios de las actividades y de los negocios de Eastplats y de Westplats, es decir, de LPD, quedan bajo control exclusivo de Lonrho a través de su filial LMS.
- 172 En efecto, este artículo establece:

«Se transferirá la gestión y el control ordinario y cotidiano de las actividades y compromisos de cada sociedad a LMS [Lonrho Management Services] mediante acuerdos de gestión, y las partes deberán procurar que en el momento de la firma las sociedades hayan celebrado acuerdos de gestión con LMS, en virtud de los cuales LMS gestione las actividades de las sociedades. LSA [Lonrho South Africa] deberá procurar que LMS mantenga informado al Consejo de administración de cada sociedad de manera regular y completa de todo aspecto material de las actividades de cada una de las sociedades por medio (entre otros) de informes de gestión mensuales.»

173 Por otra parte, según el artículo 8.5 del acuerdo de accionistas, la comercialización y la venta de la producción de LPD queda igualmente bajo el control exclusivo de Lonrho a través de su filial Western Metal Sales (considerando 117 de la Decisión controvertida).

174 En efecto, este artículo dispone:

«La producción de WPL [Westplats] y de EPL [Eastplats], incluida la producción de la mina adquirida por WPL en virtud del acuerdo principal, se comercializará a través de WMS [Western Metal Sales] [...]»

175 Además, según el artículo 6.3 del acuerdo de accionistas, «mientras el grupo Lonrho posea globalmente un 50 % o más del capital suscrito de cada una de las sociedades, el presidente y el administrador de cada una de las sociedades y el presidente de las reuniones del Consejo de administración será un director nombrado por LSA». A este respecto, no existe discrepancia sobre el hecho de que LMS, en la medida en que prestaba servicios de gestión a LPD, se encontraba en una posición de fuerza y en una situación privilegiada tanto para conocer y gestionar las actividades de LPD como para ejercer una gran influencia sobre las consecuencias de todas las decisiones de ésta (considerando 118 de la Decisión controvertida).

176 Además, la falta de influencia del grupo Gencor sobre las estrategias competitivas de LPD está confirmada por las declaraciones de las propias partes en la concentración en su contestación al pliego de cargos (véase el anexo 5 del escrito de contestación de Gencor y de Lonrho al pliego de cargos, apartados 6, 7 y 8: control de LPD por parte de Gencor y de Lonrho, párrafo cuarto), en las que sostienen que «Implats y LPD eran, y siguen siendo en la actualidad, entidades totalmente distintas y gestionadas de manera separada, por lo que se refiere a su gestión ordinaria, por sus respectivos órganos de dirección, sin relacionarse una con otra», y que «la participación de Implats era y sigue siendo [...] la de un accionista que posee el 27 % del capital de LPD» (considerando 118 de la Decisión). El artículo 17 del acuerdo de accionistas también confirma esta falta de influencia, ya que establece que «este acuerdo regula las relaciones de los

accionistas (los grupos Gencor y Lonrho), y ningún elemento contenido en él debe ser considerado como constitutivo de una asociación, una empresa común o asimilada [...]».

- 177 Por último, no se discute que, por una parte, LPD e Implats, al conservar sus respectivos servicios comerciales, competían entre sí antes de la operación de concentración y vendían sus productos a algunos clientes comunes en condiciones diferentes, por ejemplo por lo que se refiere a los descuentos que les concedían (considerando 117 de la Decisión controvertida), ni que, por otra parte, durante el último decenio LPD fue, junto con Rusia, el principal elemento de competencia en el mercado (considerandos 174 a 177).
- 178 De ello se deriva que Lonrho podía controlar, a título individual, sin el acuerdo de Gencor, un aspecto muy importante de la estrategia competitiva de LPD, a saber, su política de comercialización.
- 179 Pues bien, tras la concentración este aspecto de la política comercial de LPD ya no habría estado bajo el control exclusivo de Lonrho, sino bajo el control conjunto de Lonrho y de Gencor. En efecto, la operación habría provocado la absorción de Western Metal Sales y de LMS por la nueva entidad, así como la centralización de todas las actividades de extracción, de elaboración, de refinado y de comercialización en Implats/LPD, bajo una dirección única (considerandos 120 y 186 de la Decisión controvertida).
- 180 En estas circunstancias, a diferencia de lo que sostiene la demandante, la operación de concentración podía modificar de manera sensible las posibilidades de LPD de competir en el ámbito de la comercialización de los metales del grupo del platino.

181 Por lo que se refiere a la política en materia de producción, hay que señalar que, según los siguientes artículos del acuerdo de accionistas, tanto las decisiones sobre cualquier gran inversión que excediese del programa ya aprobado, como el plan estratégico anual y el presupuesto de cada una de las sociedades que integran LPD estaban sujetos al acuerdo previo de Gencor y de Lonrho:

«6.1 LSA e Implats tendrán la misma representación y los mismos derechos de voto en los Consejos de administración de las sociedades [...]

[...]

8.3 Toda gran inversión que exceda del programa ya aprobado, relacionada con las actividades de alguna de las sociedades, incluidas su financiación y las decisiones de desinversión, precisará de un acuerdo entre los accionistas. En el supuesto de que los accionistas no pudiesen llegar a un acuerdo en esta materia, solicitarán el dictamen de un experto independiente aceptado por todos, cuya opinión se tomará en consideración.

8.4 A pesar de las disposiciones contenidas en los estatutos de cada una de las sociedades, las facultades y funciones del Consejo de administración de cada una de las sociedades comprenderán el examen y, en su caso, la aprobación de las siguientes materias:

[...]

8.4.3 el plan estratégico anual y el presupuesto de cada una de las sociedades.»

- 182 A este respecto, no se discute que Lonrho puede, sin la participación de Gencor, aumentar el nivel actual de producción de LPD a aproximadamente [...] onzas por año a partir de los pozos existentes y de otros incrementos adicionales obtenidos gracias a mejoras continuas en los procedimientos de producción y a la reducción del estrangulamiento del suministro (apartado 5.1 del informe realizado en el mes de marzo de 1996 por el gabinete National Economic Research Associates, consultores económicos; en lo sucesivo, «informe NERA»).
- 183 No obstante, la demandante alega que la concentración no habría modificado sus posibilidades de impedir la expansión futura de la capacidad de producción de LPD por encima de esta cantidad, puesto que según el acuerdo de accionistas de 1990 era ya necesaria su aprobación para la realización de cualquier gran inversión, incluidas las inversiones indispensables para la expansión del pozo minero conocido como [...]. En efecto, según ella, su derecho de veto respecto de la aprobación del plan estratégico anual y de los presupuestos anuales le posibilitaba impedir que LPD obtuviera la financiación necesaria (por medio de préstamos bancarios o de una financiación facilitada por los consumidores) para la expansión del filón [...] (apartado 5.1 del informe NERA).
- 184 A este respecto, hay señalar que, según los datos proporcionados por las partes y el análisis facilitado por el Sr. R.W. Rowland, antiguo presidente de Lonrho, LPD podía, a pesar de su endeudamiento, autofinanciar su proyecto de expansión y que un gasto de capital adicional limitado debía permitirle alcanzar una producción de 900.000 onzas por año (considerandos 115 *in fine*, 121 y 191 de la Decisión controvertida).
- 185 Pues bien, según el artículo 8.3 *in fine* del acuerdo de accionistas de 1990, en caso de desacuerdo sobre la expansión futura de LPD, Gencor y Lonrho debían solicitar el dictamen de un experto independiente. De ello resulta que, como destaca la Comisión, Gencor no podía impedir indefinidamente, por razones ajenas al buen funcionamiento de la empresa, que en materia de inversión se tomaran las decisiones indispensables para el desarrollo de la capacidad de producción de LPD y favorables para el conjunto de los accionistas (considerando 191 de la Decisión controvertida).

186 Pues bien, tras la concentración habría sido menos probable que se diese este tipo de conflicto de intereses, dada la modificación de los intereses económicos de las partes.

187 En efecto, antes de la operación de concentración Gencor controlaba Implats y poseía una participación minoritaria del 27 % en el capital de LPD, acompañada del acuerdo de accionistas. Por su parte, Lonrho poseía el 73 % del capital de LPD, pero no participaba en el capital de Implats. En estas circunstancias, y aunque Gencor pudiese tener interés, antes de la concentración, en imponer decisiones favorables a la expansión de las actividades que controlaba a título individual (y que generaban, en proporción, un beneficio mayor), es decir, las actividades de Implats, en detrimento, en su caso, de LPD, no era éste el caso de Lonrho, que, al operar en los mercados de los metales del grupo del platino únicamente a través de LPD, tenía objetivamente como único interés la expansión más racional posible de las actividades de su filial LPD.

188 Por el contrario, tras la concentración esta situación habría podido cambiar radicalmente, en la medida en que tanto Gencor como Lonrho habrían tenido la misma participación en el capital de la nueva entidad Implats/LPD y, por ello, habrían podido compartir los mismos objetivos e intereses económicos, al menos en lo que se refiere a las decisiones estratégicas relacionadas con el desarrollo de la nueva entidad. En otras palabras, la operación de concentración podía pues modificar el equilibrio de intereses de los dos accionistas principales de LPD, al incrementar la convergencia de objetivos de Gencor y Lonrho respecto del desarrollo de la capacidad de producción de la nueva entidad, y posibilitar de esta manera la creación de una estructura duopolística del mercado constituida por Gencor y Lonrho, por una parte, y Implats, por otra.

189 Las propias partes, por otro lado, confirman este extremo.

190 A este respecto, el considerando 187 de la Decisión controvertida expone:

«[...] Según se señalaba en la circular dirigida a los accionistas de Lonrho con ocasión de la fusión:

“Hasta el momento, Implats y Lonrho no han logrado llegar a un acuerdo sobre determinadas cuestiones entre las que se incluyen los planes propuestos por la segunda para ampliar la actividad de LPD. Los directores creen que, a raíz de la fusión, los intereses de Lonrho y Gencor en aumentar el valor de Implats tras su ampliación coincidirán en beneficio de los accionistas de ambas.”»

191 El apartado 188 de la Decisión controvertida añade:

«Por otra parte, según las previsiones presentadas al [...], esta coincidencia de intereses tras la fusión supondrá un recorte de los planes de expansión que supondrá así un aumento de los precios en comparación con la situación en que la fusión estaba paralizada y ambas empresas mantenían sus planes para el futuro. Concretamente, el [...] ha tenido conocimiento de dos hipótesis diferentes que destacaban la repercusión sobre la producción de Implats y LPD según se llevase o no a cabo la operación:

a) [...]

b) [...]»

192 Por último, según el considerando 189 de la Decisión controvertida, [...] creía, según el informe de agosto de 1994 titulado [...], que, desde el punto de vista del mercado, la fusión produciría dos beneficios fundamentales (además del posible ahorro de costes):

« [...]

“[...] si se mantienen los actuales niveles de producción se influiría positivamente sobre los precios claves del metal]”.

Además:

“[...] el valor de capitalización del mercado del grupo resultante de la fusión será mayor que el valor subyacente de las entidades fusionadas debido a su dimensión y capacidad para ejercer una mayor influencia sobre el mercado...].” »

193 En estas circunstancias, a pesar de los vínculos estructurales que existen entre la demandante y Lonrho en virtud del acuerdo de accionistas de 1990, la Comisión estaba facultada para considerar que la concentración proyectada podía eliminar definitivamente la amenaza competitiva que representaba LPD para las actividades de alto coste de Implats y de Amplats, tanto en el plano de la comercialización como en el plano de la producción, y ejercer así una influencia sustancial sobre la estructura del mercado preexistente.

194 En consecuencia, debe desestimarse la alegación examinada.

D. Sobre la caracterización por parte de la Comisión de la posición dominante colectiva

1. Sobre el criterio de la cuota de mercado

Alegaciones de las partes

195 La demandante señala que las cuotas de mercado de las partes en el mercado mundial del platino en las que se basó la Comisión son, respectivamente, del [...] % (para Implats) y del [...] % (para LPD), lo que representa una cuota de mercado conjunta del [...] %. En el mercado comunitario, estas cuotas alcanzarían, respectivamente, el [...] % (LPD), el [...] % (Implats) y el [...] % (cuota conjunta). Pues bien, en otros asuntos sobre control de operaciones de concentración en los que se llegó a la conclusión de que existía una posición dominante colectiva, como los que dieron lugar a la Decisión Nestlé/Perrier y a la Decisión 94/449/CE de 14 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (Asunto n° IV/M.308 — Kali+Salz/MdK/Treuhand) (DO 1994, L 186, p. 38) (en lo sucesivo, «Decisión Kali+Salz/MdK/Treuhand»), las cuotas de mercado conjuntas eran muy superiores a las del presente caso, y sin embargo la Comisión autorizó las operaciones de concentración proyectadas.

196 En el asunto que dio lugar a la Decisión Nestlé/Perrier, Nestlé y BSN poseían conjuntamente una cuota del 82 % en el mercado afectado, a saber, el mercado francés de aguas minerales (considerando 119 de la Decisión). La operación de concentración fue autorizada con sujeción al cumplimiento de determinadas condiciones.

- 197 En el asunto que dio lugar a la Decisión Kali+Salz/MdK/Treuhand, la cuota de mercado de Kali+Salz pasó del 17 al 25 % del mercado comunitario, exceptuando a Alemania, y dio lugar a una situación de monopolio de hecho consistente en una cuota del 98 % del mercado alemán, que fue considerado un mercado geográfico de referencia distinto. También en ese caso la Comisión autorizó la operación de concentración con sujeción al cumplimiento de determinadas condiciones.
- 198 La Comisión sostiene que la comparación que hace la demandante entre las cuotas de mercado de las partes en la concentración y la cuota de mercado total de los miembros del oligopolio en el asunto que dio lugar a la Decisión Nestlé/Perrier (82 %) es incorrecta, al igual que la comparación que establece con el asunto que dio lugar a la Decisión Kali+Salz/MdK/Treuhand.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 199 La prohibición contenida en el apartado 3 del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 es la expresión del objetivo general previsto en la letra g) del artículo 3 del Tratado, a saber, el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común (considerandos primero y séptimo del Reglamento nº 4064/89). Dicha prohibición se refiere a las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
- 200 Dicha posición dominante hace referencia a una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores.

- 201 La existencia de una posición dominante puede deberse a varios factores que, considerados por separado, no serían necesariamente determinantes. Entre esos factores, uno muy significativo es la existencia de cuotas de mercado muy altas. Sin embargo, el hecho de tener una cuota de mercado alta, como prueba de la existencia de una posición dominante, no es un dato inmutable. Su importancia varía de un mercado a otro según la estructura de éstos, especialmente en lo que se refiere a la producción, a la oferta y a la demanda (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada, apartados 39 y 40).
- 202 Además, la comparación entre las cuotas de mercado de las empresas que participan en la concentración y las de sus competidores, en particular las de los más inmediatos, constituye un indicio válido de la existencia de una posición dominante. En efecto, este factor permite evaluar la capacidad de los competidores de la empresa afectada en el terreno de la competencia (misma sentencia, apartado 48).
- 203 En estas circunstancias, el hecho de que la Comisión se haya basado, en otros casos de concentración, en cuotas de mercado más o menos altas para fundamentar su apreciación sobre la posibilidad de que se crease o se reforzase una posición dominante colectiva no puede vincularla a la hora de realizar su apreciación en otros asuntos en los que, en particular, los mercados se caracterizan por una estructura de la oferta y de la demanda y por unas condiciones de competencia distintas.
- 204 En consecuencia, y a falta de elementos de prueba que demuestren que el mercado de aguas minerales y/o el mercado del potasio examinados en los asuntos que dieron lugar a las Decisiones Nestlé/Perrier y Kali+Salz/MdK/Treuhand, por un lado, y el del platino y del rodio examinados en el presente asunto, por otro, poseen características fundamentalmente similares, la demandante no puede invocar las posibles diferencias en las cuotas de mercado de los miembros del oligopolio tomadas en consideración por la Comisión en uno de estos dos asuntos para cuestionar la cuota de mercado considerada como indicativa de la existencia de una posición dominante en el presente caso.

- 205 Además, si bien la importancia de las cuotas de mercado puede variar de un mercado a otro, puede considerarse fundadamente que cuotas de mercado muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, Akzo/Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 60). En efecto, el hecho de tener una cuota de mercado muy alta coloca a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y de oferta que representa —sin que aquellos que posean cuotas sensiblemente más bajas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrían apartarse de la empresa que tiene la cuota más alta—, en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, ya sólo por eso, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada, apartado 41).
- 206 Es cierto que, en el contexto de un oligopolio, la posesión de altas cuotas de mercado por parte de los miembros del oligopolio no tiene necesariamente, en relación con el análisis de una posición dominante individual, la misma importancia desde el punto de vista de las posibilidades de dichos miembros de comportarse, como grupo, con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. Pero no es menos cierto que la posesión, en especial en los casos de duopolio, de una alta cuota de mercado puede constituir también, salvo que existan elementos que lo contradigan, un indicio muy importante de la existencia de una posición dominante colectiva.
- 207 En el presente caso, hay que observar que, como señala la Comisión en la Decisión controvertida (considerandos 81 y 181), tras la operación de concentración las empresas Implats/LPD y Amplats tendrían, cada una, una cuota de mercado de entre el 30 y el 35 %, aproximadamente, es decir, una cuota de mercado conjunta en el mercado mundial de los metales del grupo del platino de entre el 60 y el 70 %, aproximadamente, y en torno al 89 % de las reservas mundiales de metales del grupo del platino. Rusia tenía una cuota de mercado del 22 % y en torno al 10 % de las reservas mundiales, los productores de América del Norte tenían una cuota de mercado del 5 % y un 1 % de las reservas mundiales, y las empresas de reciclado tenían una cuota de mercado del 6 %. Pues bien, era probable que, tras el agotamiento de las existencias rusas, es decir, previsiblemente en el curso de los dos años siguientes a la Decisión controvertida,

las empresas Implats/LPD y Amplats tuvieran, cada una, una cuota de mercado en torno al 40 %, es decir, una cuota de mercado conjunta del 80 %, lo que habría representado una cuota de mercado muy alta.

- 208 Así, teniendo en cuenta el reparto entre las partes en la concentración de sus cuotas de mercado, y la diferencia en las cuotas de mercado que surgiría, tras esta concentración, entre, por una parte, la entidad resultante de la fusión y Amplats, y, por otra parte, los demás proveedores de platino, la Comisión llegó fundadamente a la conclusión de que la operación proyectada podía crear una posición dominante de las empresas sudafricanas.
- 209 Hay que señalar que la comparación que hace la demandante entre las cuotas de mercado de las partes en la concentración y la cuota de mercado total de los miembros del oligopolio en el asunto que dio lugar a la Decisión Nestlé/Perrier (82 %) es incorrecta. En efecto, como destaca la Comisión, habría que comparar la cuota del 82 % con el conjunto de las cuotas de mercado de las partes en la concentración y de Amplats tras la eliminación virtual del productor ruso (Almaz) como operador significativo en el mercado, es decir, una cuota total en torno al 80 %. Por lo que se refiere al asunto que dio lugar a la Decisión Kali+Salz/MdK/Treuhand, la demandante comparó también de manera incorrecta las cuotas de mercado de las partes en la concentración en dicho asunto y las de Kali+Salz y de MdK (98 %) en Alemania, donde no se suscitaba ninguna cuestión sobre posición dominante colectiva. Pues bien, en el asunto que dio lugar a la Decisión Kali+Salz/MdK/Treuhand, la Comisión llegó a la conclusión de que existía una posición dominante colectiva en el mercado europeo, exceptuando a Alemania, al tener la empresa resultante de la concentración, junto con el otro miembro del duopolio, una cuota de mercado total en torno al 60 %. La demandante debería pues haber hecho la comparación con este último porcentaje, claramente inferior a la cuota de mercado conjunta de Amplats y de Implats/LPD tras la concentración.
- 210 Por lo que se refiere a la alegación de la demandante según la cual la cuota de mercado conjunta de Implats/LPD tras la concentración habría alcanzado únicamente el [...] % en la Comunidad, hay que señalar, por una parte, que el mercado geográfico de referencia es una zona geográfica definida, caracterizada por la existencia de condiciones de competencia suficientemente homogéneas para todos los operadores económicos. En esta zona, la empresa o las empresas en posición dominante habrían podido eventualmente llevar a cabo prácticas

abusivas que supusiesen un obstáculo para una competencia efectiva (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, 27/76, Rec. p. 207, apartados 11 y 44). Por ello, la Comisión podía apreciar razonablemente los efectos de la concentración sobre la competencia en dicha zona. Hay que señalar, por otra parte, que, debido a las características de los mercados de los metales del grupo del platino, descritas en los considerandos 68 a 72 de la Decisión controvertida, el mercado geográfico de referencia en el presente caso tiene una dimensión mundial, extremo sobre el que no existe discrepancia entre las partes.

211 En estas circunstancias, no puede hablarse de «cuotas de mercado» de las partes en la Comunidad. En efecto, en un mercado mundial, como el del platino y el rodio, el poder económico de un conjunto como el que habrían constituido *Implats/LPD* y *Amplats* tras la concentración habría sido el poder ligado a su cuota de mercado mundial, y no a su cuota de mercado en una parte del mundo.

212 A este respecto, la existencia de diferencias regionales en el reparto de las cuotas de mercado de los miembros del oligopolio que domina el mercado de un producto fungible, fácil de transportar y cuyos precios se fijan a nivel mundial, no refleja más que relaciones comerciales tradicionales, que podrían desaparecer fácilmente si las empresas en posición dominante decidiesen aplicar precios predatorios para eliminar a sus competidores, o que difícilmente podrían quedar interrumpidas frente a prácticas de precios abusivos, si las fuentes marginales de suministro no pudiesen satisfacer holgadamente la demanda de los clientes de las empresas en posición dominante que aplicasen dichos precios abusivos.

213 Pues bien, como reconoce la propia demandante en el apartado 4.24 de su demanda, nada demuestra que las empresas ajenas al duopolio identificado por la Comisión que operan en los mercados del platino, como tampoco los miembros del propio duopolio, puedan aislar el mercado común, por ejemplo para hacer frente, de manera selectiva, a una decisión de los miembros del oligopolio dominante de aumentar los precios a nivel mundial.

- 214 Aun suponiendo que, en el contexto de un mercado mundial como el del platino y el rodio, sea necesario examinar también el nivel exacto de las ventas en la Comunidad de los operadores afectados en el presente caso, hay que llegar a la conclusión de que la cuota de mercado del conjunto Implats/LPD-Amplats en la Comunidad no era sustancialmente diferente de la que tenían en el mercado mundial del platino.
- 215 En efecto, según los datos proporcionados por las partes en la concentración en el formulario de notificación CO, la cuota de mercado conjunta de Implats/LPD en la Comunidad se situó en torno al [...] % de media durante el período 1992-1995 (véase el formulario CO, apartado 6.1.10, anexo 6 de la demanda), mientras que la cuota de mercado de Amplats se estimó en 1994 entre el 35 y el 50 %, aproximadamente, y la de Rusia entre el 25 y el 35 %, aproximadamente. En otras palabras, la cuota de mercado conjunta de Implats/LPD-Amplats en la Comunidad era, en el momento de la concentración, aproximadamente del [...] al 65 %, y debía alcanzar, tras el agotamiento de las existencias rusas, entre el [...] y el 78 %, aproximadamente, ya que, según informaciones proporcionadas por las propias partes en la concentración, Rusia había realizado, a partir de 1994, en torno al 50 % de sus ventas a partir de sus existencias (véase el formulario CO, apartado 7.3.2, anexo 7 de la demanda).
- 216 En consecuencia, debe desestimarse en su conjunto la alegación basada en el criterio de la cuota de mercado.

2. Sobre la similitud de las estructuras de costes de Implats/LPD y de Amplats tras la concentración

Alegaciones de las partes

- 217 En opinión de la demandante, la Comisión consideró erróneamente que la entidad fusionada y Amplats actuarían inevitablemente en el mercado de manera

concertada, debido a sus estructuras de costes similares. El análisis de la Institución no tiene en cuenta la gran diversidad de los niveles de costes de explotación de distintos pozos mineros tanto en Implats y LPD como en Amplats. A este respecto, es engañoso tomar en consideración únicamente los costes medios, puesto que las decisiones de producción se toman pozo por pozo y que la competencia opera en el ámbito de los costes marginales.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 218 La comparación de costes hecha por la Comisión se basa en los gráficos reproducidos en el Anexo II de la Decisión controvertida, que reflejan las curvas de los costes de explotación de los tres productores sudafricanos, tal y como fueron establecidas por las propias partes en la operación.
- 219 En la letra b) del considerando 138 de la Decisión controvertida, la Comisión señala, sin que lo haya discutido la demandante, que la estructura de los costes de la industria del platino se caracteriza por su rigidez y por costes fijos muy elevados, lo que implica que, en las minas de platino, la producción no puede variar significativamente, aun cuando una serie de pozos en explotación sean poco o nada rentables. Señala igualmente que, en este contexto, una estrategia de cierre de los pozos poco rentables en beneficio de los más rentables provocaría un reparto de los costes fijos entre los pozos restantes, lo que haría disminuir la rentabilidad de cada pozo marginal y haría continuamente necesarios nuevos cierres.
- 220 La Comisión pudo, por lo tanto, llegar fundadamente a la conclusión de que, en la industria del platino, un productor debe tener en cuenta la situación de sus

costes de explotación en su conjunto para determinar su nivel de producción adecuado, y no tomar exclusivamente en consideración los costes de explotación de cada uno de sus pozos. En estas circunstancias, la comparación de los costes de la entidad fusionada y de Amplats basada en los costes de explotación del conjunto de sus pozos estaba plenamente justificada.

- 221 La demandante no puede sostener que el análisis de la Comisión ignoró la gran diversidad de los niveles de costes de explotación de distintos pozos mineros tanto en Implats y LPD como en Amplats. En este punto, hay que señalar, a la vista de los gráficos que reflejan las curvas de los costes de explotación de los tres productores de platino sudafricanos antes y después de la operación, establecidas por las partes en la operación (Anexos II y IV de la Decisión controvertida), que, a pesar de las diferencias existentes, puestas de manifiesto por la Comisión en la Decisión controvertida (considerando 182) y ligadas a la calidad del mineral extraído, al coste de las operaciones de elaboración y de refinado y a los costes administrativos, la concentración habría dado lugar a la creación de una nueva empresa cuyos costes de explotación de las minas habrían tenido una estructura análoga a la de Amplats.
- 222 Por consiguiente, habida cuenta de la similitud de las cuotas de mercado de las empresas afectadas, de sus respectivos porcentajes de las reservas mundiales y de sus estructuras de costes, la Comisión pudo fundadamente llegar a la conclusión de que tras la concentración habría existido una mayor convergencia de intereses entre Amplats e Implats/LPD respecto de la evolución del mercado, y que esta convergencia podía incrementar el riesgo de que se produjesen comportamientos paralelos contrarios a la competencia, como por ejemplo restricciones de producción.
- 223 En consecuencia, deben desestimarse las alegaciones examinadas.

3. Sobre las características del mercado

a) Sobre la transparencia del mercado

Alegaciones de las partes

- ²²⁴ La demandante afirma que el análisis de las características del mercado realizado por la Comisión es erróneo. Según ella, aunque el platino sea un producto homogéneo respecto del que existe una gran transparencia de precios, ésta no implica automáticamente una transparencia de los niveles de venta, las decisiones de producción y los recursos de los competidores, como lo demuestra el hecho de que, en 1994, Amplats pudo ocultar sus problemas de producción durante meses procediendo al leasing del platino para poder respetar sus compromisos de entrega.
- ²²⁵ La Comisión señala que, en los considerandos 145 y 146 de la Decisión, expuso las razones por las que existía una gran transparencia no sólo respecto de los precios, sino también de la producción, las ventas, las reservas y las nuevas inversiones. Pues bien, la demandante no aporta ningún elemento que contradiga el contenido de la Decisión. Además, la transparencia en materia de precios es el elemento más importante para determinar el nivel de transparencia del mercado en una situación de oligopolio. Por último, la Comisión señala que, según Lonrho, Amplats no podía ocultar al mercado sus problemas de producción, a diferencia de lo que se indica en el informe NERA.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 226 La demandante no discute que el platino es un producto homogéneo, para el que el mercado posee un mecanismo transparente de fijación de precios.
- 227 Pues bien, la transparencia en materia de precios constituye un elemento fundamental para determinar el nivel de transparencia del mercado en una situación de oligopolio. A través del mecanismo de precios, los miembros de un oligopolio pueden, en particular, detectar inmediatamente las decisiones de otros miembros del oligopolio de aumentar su cuota de mercado en detrimento del *statu quo ante*, y pueden, en su caso, adoptar las medidas de represalia necesarias para hacer fracasar este tipo de comportamiento.
- 228 En el presente caso, como se expuso en la Decisión (considerandos 144 a 146), la transparencia del mercado es relativamente elevada, debido en particular a la cotización del platino en las bolsas de metales, a la publicación de las estadísticas de la producción y de las ventas, al número limitado y conocido de clientes directos en el mercado, al hecho de que el sector del platino está constituido por un pequeño grupo relativamente cerrado de empresas con vínculos estrechos, a la especificidad de los contratos que se utilizan principalmente, a saber, contratos a largo plazo que prohíben la reventa del producto comprado, y al hecho de que todo aumento de la capacidad de producción se lleva a cabo normalmente mediante proyectos de inversión cuyos detalles generalmente son conocidos por los círculos interesados.
- 229 En estas circunstancias, hay que llegar a la conclusión de que la Comisión consideró fundadamente que existía una transparencia muy grande no sólo en materia de precios, sino también en materia de producción, de ventas, de reservas y de nuevas inversiones.
- 230 En consecuencia, debe desestimarse la alegación examinada.

b) Sobre las perspectivas de crecimiento del mercado del platino

Alegaciones de las partes

- 231 Según la demandante, el análisis de las características del mercado realizado por la Comisión es erróneo. El hecho de que la evolución de la demanda sea lenta no supone un obstáculo para una fuerte competencia y para las variaciones de cuotas de mercado resultantes. En apoyo de su afirmación, la demandante se remite al informe NERA. Según su apartado 4.1.4, cuando, como en el presente caso, la industria de que se trata se caracteriza por una situación de exceso de capacidad, los productores deben competir entre sí, en particular mediante la reducción de sus costes de producción, para evitar la desaparición de su capacidad de producción excedente. Pues bien, en opinión de la demandante, la evolución de las cuotas de mercado y las reducciones de los precios reales del platino durante el período 1985-1995, así como la reacción de Amplats, que aumentó su producción de bajo coste, y de Implats, que llevó a cabo importantes medidas de racionalización, demuestran que la estructura del mercado del platino no ha dado lugar a una cooperación oligopolística entre los productores más importantes.
- 232 La Comisión sostiene que, tras la concentración proyectada, los dos principales productores habrían tenido estructuras de costes en gran medida similares, de manera que un comportamiento paralelo, incluso en materia de reducción de costes, habría sido una estrategia inteligente. Por otra parte, es cierto que un mercado caracterizado por un crecimiento lento no alienta nuevas entradas ni una fuerte competencia.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 233 La demandante no discute que, en principio, un mercado caracterizado por un crecimiento lento no alienta nuevas entradas ni una fuerte competencia. Se limita

a poner en duda, basándose para ello en la evolución pasada del mercado, que este principio pueda aplicarse al mercado del platino.

- 234 No rebatió el análisis de la Comisión (considerandos 160 a 172 de la Decisión controvertida) sobre la existencia en el pasado de una tendencia a una posición dominante oligopolística, basado en el examen del crecimiento del mercado y de la evolución de las cuotas de mercado durante el último decenio, en la escasa competencia directa de precios en los contratos a largo plazo con los compradores, en la persistencia de precios elevados y en el comportamiento de los principales operadores en el mercado.
- 235 El razonamiento de la demandante se basa en unas premisas, en términos de crecimiento de la demanda, que no son comparables con las previsiones de crecimiento de la demanda para el período 1995-2000. En efecto, en el período 1985-1995, durante el que, como señala la demandante, se produjeron los fenómenos de fluctuación de las cuotas de mercado y de los precios, así como las reacciones de Amplats y de Implats, la demanda casi se duplicó, pasando de 2.830.000 a 5.205.000 onzas por año (véase el informe NERA, cuadro 3.1, p. 15), mientras que en el período 1995-2000 la demanda no debería aumentar sustancialmente, debiendo pasar de 4.705.000 a 5.570.000 onzas por año (véase el considerando 127 de la Decisión controvertida).
- 236 Por último, el análisis de la demandante no tiene en cuenta el efecto de la concentración sobre la estructura del mercado y de la nueva entidad en relación con su principal competidor, la sociedad Amplats. Pues bien, aun suponiendo que el análisis de la demandante sea correcto por lo que se refiere al pasado, no deja de ser cierto que la concentración habría tenido como resultado unas estructuras de costes de los dos principales productores en gran medida similares, y que, teniendo en cuenta la estructura del mercado del platino, un comportamiento paralelo contrario a la competencia habría constituido una estrategia más racional desde el punto de vista económico que competir entre sí en vez de maximizar los beneficios conjuntos.

- 237 En estas circunstancias, teniendo en cuenta la estabilidad del mercado del platino, cuya previsión de crecimiento anual medio se situaba en torno al 3 % para el período 1995-2000, la Comisión pudo llegar fundadamente a la conclusión de que no existirían incentivos para que nuevos competidores entrasen en este mercado o para que los competidores existentes adoptasen una estrategia agresiva con el fin de apropiarse de esta demanda adicional.
- 238 Procede por lo tanto desestimar la alegación formulada por la demandante.

c) Sobre el equilibrio entre la oferta y la demanda

Alegaciones de la demandante

- 239 La demandante alega, a continuación, que la inquietud de la Comisión respecto de un posible aumento de los precios del platino fue también manifiestamente provocada por la idea injustificada de la probable aparición de un déficit de la oferta (considerando 136 de la Decisión).
- 240 Pues bien, en opinión de la demandante, el punto de vista sostenido por la Comisión era contrario a la opinión de la mayoría de los industriales, que habían destacado la existencia de un *excedente* en la oferta que podría equilibrarse en el curso de los años siguientes.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 241 En el considerando 127 de la Decisión controvertida la Comisión expone las diferentes previsiones proporcionadas por las partes sobre la evolución futura de la demanda, a saber, las de las propias partes y las realizadas por las sociedades Anderson, Wilson & Partners Inc., BOE Nat West Securities, SBC Warburg y Engelhard, previsiones que varían de una sociedad a otra.
- 242 No obstante, la Comisión realizó también, en los considerandos 128 a 131 de la Decisión, un análisis detallado de los factores en los que se basaban las previsiones según las cuales la demanda tendría tendencia a aumentar de forma moderada durante los años siguientes, análisis que, por otra parte, no ha sido rebatido por la demandante.
- 243 Estos factores eran:
- el aumento de la producción de catalizadores para automóviles, debido al endurecimiento y/o a la introducción prevista de una legislación sobre contaminación en Estados Unidos, en Europa, en Brasil y en Argentina de aquí a final de siglo, y al aumento de la utilización del platino en los catalizadores para vehículos con motor diesel;
 - el crecimiento de la demanda de platino en el sector de la joyería en Japón, en Estados Unidos y probablemente en China;
 - por lo que se refiere a las aplicaciones industriales, las operaciones de sustitución en las industrias petroleras y químicas, debido a la puesta de nuevo en funcionamiento de instalaciones cerradas durante el período de recesión;

— el aumento del uso del ordenador personal, al aumentar la utilización de platino para los revestimientos de los discos y para otros componentes;

— por último, la utilización, a más largo plazo, de pilas de combustible.

244 Además, independientemente de la cuestión de cuál de las previsiones proporcionadas por las partes sobre la evolución de la oferta es más exacta, la Comisión expuso en los considerandos 134 a 136 de la Decisión controvertida que, tras la operación de concentración, la oferta mundial de platino habría estado dominada por las empresas sudafricanas y que, en consecuencia, cualquier déficit de la oferta en relación con la demanda sólo podría haber sido compensado por dichas empresas.

245 A la vista de estas indicaciones, que la demandante no cuestiona, hay que llegar a la conclusión de que no existe error manifiesto de apreciación en el análisis de la Comisión sobre la evolución de la oferta y de la demanda de platino.

246 En consecuencia, debe desestimarse la alegación examinada.

d) Sobre las fuentes marginales y alternativas de suministro

Alegaciones de las partes

- ²⁴⁷ La demandante alega que la Comisión, al examinar los obstáculos para el acceso al mercado, no tuvo suficientemente en cuenta:
- el efecto *acumulado* de las distintas fuentes marginales y alternativas de suministro, y en especial el creciente potencial del platino reciclado;
 - los cuatro millones de onzas de las existencias de platino acumuladas desde 1985;
 - la creciente sustitución del platino por el paladio;
 - la producción de Rusia y las ventas de sus existencias;
 - los proyectos de proveedores marginales, como Stillwater en Estados Unidos y Hartley en Zimbabwe, dirigidos a una producción nueva de considerable magnitud.

- 248 A este respecto, la demandante señala que el escrito del Gobierno sudafricano de 19 de abril de 1996 indica que las reservas mundiales, exceptuando las de Sudáfrica y Zimbabwe, podrían, en teoría, satisfacer la demanda mundial durante veinte años.
- 249 La Comisión omitió, fundamentalmente, apreciar el impacto que habrían tenido las diferentes fuentes marginales de suministro y otros elementos capaces de influir en la competencia en el caso de un aumento de los precios, por ejemplo del 10 o del 20 %. Dicho aumento, de haber podido mantenerse, habría efectivamente indicado que la entidad fusionada, actuando de manera concertada con Amplats, podía comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores.
- 250 La Comisión, por lo tanto, no valoró debidamente cuál habría sido la evolución de los precios en ausencia de los elementos invocados por la demandante, y menos aún la importancia creciente que habrían adquirido estos elementos en el futuro, si el hipotético aumento de precios, principal preocupación de la Comisión, se hubiese producido. Ello constituye una falta de motivación que supone una infracción del artículo 190 del Tratado, en la medida en que, a juicio de la demandante, es manifiesto que el 37 % del mercado, representado por las fuentes marginales de suministro, junto con otros elementos, habría permitido contener los aumentos de precios.
- 251 Por su parte, la Comisión remite a los considerandos 91 a 95 de la Decisión controvertida, relativos al reciclado; a los considerandos 29 a 32, relativos a la sustitución del platino por el paladio; a la letra c) del considerando 138, que trata de las existencias; a los considerandos 122 a 125, 134, 135 y 173, que hacen referencia a la producción rusa y a las ventas de las existencias; a los considerandos 85 a 90 y a la letra c) del considerando 138, que hacen referencia a las nuevas producciones, y a los considerandos 193 a 204, dedicados al análisis económico presentado por las partes. Al final del considerando 138 de la Decisión controvertida, la Comisión llegó a la conclusión de que las respuestas de las fuentes secundarias de suministro, constituidas por las existencias, las nuevas minas y el reciclado, no podrían evitar un abuso de posición dominante. Asimismo, en el considerando 203 estimó que era muy improbable que las fuentes de suministro ajenas al oligopolio, las existencias distintas de las rusas y el

reciclado pudiesen ofertar cantidades suficientes para impedir un abuso de posición dominante conjunta. Pues bien, esta última conclusión tuvo en cuenta la posición de Rusia como fuente principal, exceptuando a LPD, de competencia en el mercado.

- 252 Por lo que se refiere a la alegación de la demandante según la cual el 37 % del mercado, representado por las fuentes marginales de suministro, junto con otras influencias, habría frenado los aumentos de precios, la Comisión señala que los productores sudafricanos representaban ellos solos el 63 % del mercado en 1995, y que este porcentaje debía aumentar considerablemente (para alcanzar un nivel cercano al 80 %) cuando Rusia, a partir de 1997, dejase de vender sus existencias. Sostiene, por otro lado, que una parte importante de la competencia marginal era hipotética, y que de todas formas no habría podido ejercer una presión sobre el mercado antes de varios años.
- 253 Por último, señala que la demandante no justificó la afirmación según la cual las reservas distintas de las de Sudáfrica habrían podido satisfacer, teóricamente, la demanda mundial durante los veinte próximos años. La demandante no precisa tampoco cuáles habrían podido ser las consecuencias para el mercado de esas otras reservas «teóricamente» suficientes.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 254 Debe llegarse a la conclusión de que la tesis de la demandante carece de fundamento fáctico.
- 255 En los considerandos 93, 94 y 95 de la Decisión controvertida, la Comisión examina los límites del crecimiento potencial de la actividad de reciclado del platino a partir, en particular, de los catalizadores para automóviles, actividad cuyos límites dependen de los costes de la recogida de residuos, de la exportación de los vehículos al tercer mundo, que por lo tanto no son reciclados, así como de otros elementos.

- 256 En la letra c) del considerando 138, la Comisión toma debidamente en consideración la cuestión de los cuatro millones de onzas de las existencias de platino acumuladas desde 1985.
- 257 En los considerandos 29 a 32, señala los límites de la tendencia a la creciente sustitución del platino por el paladio.
- 258 Por lo que se refiere a la producción de Rusia y a las ventas de sus existencias, la Comisión las examina en el considerando 81. En los considerandos 123 a 125, 134 y 173, evalúa las posibilidades de aumento de la producción rusa. En los considerandos 171 y 173, toma en consideración, para finalmente excluirla, la posibilidad de una utilización selectiva por parte de Rusia de sus existencias para un eventual intento monopolístico de reducción de la producción.
- 259 Por lo que se refiere a los proyectos de proveedores marginales como Stillwater en Estados Unidos y Hartley en Zimbabwe, se examinan en el considerando 88.
- 260 Por lo que se refiere al efecto acumulado de las distintas fuentes marginales y alternativas de suministro, se analiza en la letra c) del considerando 138 y en el considerando 202.
- 261 Resulta, por lo tanto, que, a diferencia de lo que sostiene la demandante, la Comisión tuvo suficientemente en cuenta estos elementos de apreciación, y que en este punto motivó debidamente su Decisión.
- 262 Por lo que se refiere a la alegación de la demandante según la cual la Comisión no valoró debidamente cuál habría sido la evolución de los precios en ausencia de los elementos invocados, basta señalar que la Comisión, a la hora de apreciar el impacto previsible de una operación de concentración en el mercado, no está

obligada a examinar cuál habría sido la evolución del mercado en el pasado de no haber existido uno u otro elemento de competencia. En efecto, en el marco de su examen, la Comisión sólo debe verificar si, en particular, como consecuencia de la evolución en el pasado de las condiciones de competencia en el mercado afectado, la operación de concentración puede dar lugar a la creación de una situación de poder económico de una o varias empresas que les permita llevar a cabo comportamientos abusivos, en particular en términos de aumento de precios.

263 De ello se deriva que deben desestimarse las alegaciones formuladas por la demandante.

e) Sobre los vínculos estructurales

Alegaciones de las partes

264 La demandante señala que la Comisión no tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia (sentencia de 10 de marzo de 1992, SIV y otros/ Comisión, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Rec. p. II-1403, en lo sucesivo, «sentencia vidrio plano»), que, en el marco del artículo 86 del Tratado, supeditaba la declaración de una posición dominante colectiva a la existencia de vínculos estructurales entre las dos empresas, por ejemplo mediante el disfrute en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiera la posibilidad de comportarse de manera independiente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. En el presente caso, la Comisión no demostró que existiesen vínculos estructurales ni que la entidad fusionada y Amplats fuesen a comportarse como si formasen una sola entidad dominante, lo que constituye también una infracción de la obligación de motivación recogida en el artículo 190 del Tratado.

265 A este respecto, la demandante destaca que la Comisión señala, en la Decisión controvertida, los siguientes vínculos estructurales entre la entidad fusionada y Amplats (considerandos 156 y 157):

— vínculos en industrias, en particular una empresa común en el sector del acero;

— la reciente adquisición del 6 % del capital de Lonrho por parte de AAC, con un derecho de tanteo sobre un 18 % suplementario.

266 Pues bien, este análisis es insuficiente en tres aspectos.

267 Por una parte, ninguno de estos elementos afecta directamente a la industria de los metales del grupo del platino. El primero hace referencia específicamente a vínculos establecidos con otras industrias, y tanto el primero como el segundo se refieren a AAC y no a su socio en la industria del platino, a saber, Amplats.

268 Por otra parte, no se trata en absoluto del tipo de vínculos estructurales que, según la sentencia vidrio plano, bastan para crear una posición dominante común a efectos del artículo 86 del Tratado.

269 Por último, la reciente participación de AAC en el capital de Lonrho fue una operación hostil a Gencor y a la concentración. Constituye en sí misma el indicio de que los vínculos existentes entre las diferentes sociedades no suponían obstáculo alguno para que compitiesen entre sí de manera agresiva.

- 270 La Comisión señala que, en sus Decisiones anteriores, no siempre invocó la presencia de vínculos económicos para llegar a la conclusión de que existía una posición dominante colectiva, y, por otra parte, que el Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia vidrio plano (apartado 358), no consideró la existencia de vínculos económicos como un elemento necesario, ni redujo el concepto de vínculos económicos al de vínculos estructurales invocado por la demandante. La Comisión se considera por lo tanto legitimada para entender que este concepto incluye la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho.
- 271 Por otra parte, aun suponiendo que el Tribunal de Primera Instancia haya exigido, en el marco del artículo 86 del Tratado, que existan vínculos económicos, esto no significa que esta misma exigencia deba existir en el marco del control de las concentraciones.
- 272 Además, aunque se interpretase el concepto de vínculos económicos más estrictamente, habrían existido, a pesar de la tendencia de la demandante a subestimarlos, varios vínculos de este tipo entre las partes en la concentración proyectada y Amplats, que habrían podido reforzar los intereses comunes de los miembros de un oligopolio estrecho (considerandos 155 a 157 de la Decisión controvertida).

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 273 En su sentencia vidrio plano, el Tribunal de Primera Instancia no consideró la existencia de vínculos de tipo estructural, a los que sólo se refirió como ejemplo, como un criterio necesario para llegar a la conclusión de que existe una posición dominante colectiva.
- 274 El Tribunal se limitó a destacar (apartado 358 de la sentencia) que, como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por vínculos económicos y que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Añadió (mismo apartado)

que ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores.

275 Tampoco puede deducirse de dicha sentencia que el Tribunal de Primera Instancia haya reducido el concepto de vínculos económicos al de vínculos estructurales mencionado por la demandante.

276 Por otra parte, no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios.

277 Esta conclusión es aún más evidente en el ámbito del control de las concentraciones, cuyo objetivo es impedir que aparezcan o se refuercen estructuras de mercado contrarias a la competencia. Estas estructuras pueden resultar tanto de la existencia de vínculos económicos en el sentido estricto que defiende la demandante como de las estructuras de los mercados de tipo oligopolístico, donde cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada.

278 En el presente caso, la alegación formulada por la demandante según la cual la Comisión no demostró la existencia de vínculos estructurales es pues inoperante.

- 279 La Institución pudo fundadamente llegar a la conclusión, basándose en la modificación de la estructura del mercado prevista y en la similitud de los costes de Amplats y de Implats/LPD, de que la operación proyectada crearía una posición dominante colectiva y daría lugar, en realidad, a un duopolio constituido por estas dos empresas.
- 280 Pudo también llegar a la misma conclusión basándose en los vínculos económicos descritos en los considerandos 156 y 157 de la Decisión controvertida.
- 281 La demandante carece de fundamento para cuestionar la pertinencia de dichos vínculos basándose en que no afectan directamente a la industria de los metales del grupo del platino y que se refieren a AAC y no a Amplats. En efecto, la Comisión tuvo en cuenta los vínculos entre los principales productores de platino en actividades distintas de la producción de metales del grupo del platino (considerando 156 de la Decisión) no como elementos que demuestran la existencia de vínculos económicos en el sentido estricto que la demandante atribuye a este concepto, sino como factores que contribuyen a disciplinar a los miembros de un oligopolio, al incrementar el riesgo de represalias en el caso de que uno de los miembros actúe de una manera considerada inaceptable por los demás. Confirma este análisis, por otra parte, el estudio de un consultor sobre las posibles reacciones, en el plano de la competencia, de Implats frente a LPD, y que figura entre los documentos procedentes del comité de dirección de Gencor y de Implats, fechadas el 6 de mayo de 1994, citados en la Decisión (considerando 158): según este consultor, una de las posibles hipótesis era «agresiones ordenadas y señales centradas en la guerra de precios, por ejemplo Rh (rodio)».
- 282 El hecho de que dichos vínculos se refieran a AAC y no directamente a Amplats no desvirtúa el razonamiento de la Comisión. Al estar controlada la sociedad Amplats por AAC, la Comisión podía considerar fundadamente que los vínculos que existen entre esta última y otras empresas que operan o no en los mercados de los metales del grupo del platino podían repercutir favorable o desfavorablemente en Amplats.

283 Por lo que se refiere a la alegación según la cual la reciente participación de AAC en el capital de Lonrho fue una operación hostil a Gencor y a la concentración, y constituyó en sí misma el indicio de que los vínculos existentes entre las diferentes sociedades no suponían obstáculo alguno para que compitiesen entre sí de manera agresiva, hay que señalar, por una parte, que la demandante no aportó prueba del carácter hostil de esta operación y, por otra parte, que independientemente de las razones que hayan dado lugar a la misma, dicha operación estrechó los vínculos que existían entre los dos competidores más importantes del mercado.

284 En consecuencia, debe desestimarse la alegación examinada.

f) Sobre los medios de competencia distintos del desarrollo tecnológico

Alegaciones de las partes

285 La demandante señala que, a pesar de la consolidación de la tecnología de producción y extracción minera, la Comisión no tuvo en cuenta los demás aspectos no técnicos de las ventajas competitivas, como las reservas mineras disponibles, la gestión de la actividad y las diversas ayudas a los distintos productores, que sitúan a las empresas en una posición muy diferente respecto de la competencia.

286 La Comisión no niega que sea posible la competencia en un sector en el que la tecnología está consolidada. No obstante, la ausencia de cambios tecnológicos provoca la desaparición de una importante fuente de competencia. Por otra parte, la alegación de la demandante pone de manifiesto la importancia que reviste la diferencia existente entre los estilos de gestión y las bases de recursos. Pues bien, una de las características más importantes del proyecto de concentración, desde el

punto de vista de su efecto sobre la competencia, es que habría eliminado a un competidor (LPD), cuyo estilo de gestión y estructura de costes eran muy diferentes de los de Implats y Amplats.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 287 A diferencia de lo que sostiene la demandante, la Comisión tuvo en cuenta en los considerandos 152 y 153 de la Decisión controvertida el hecho de que, incluso en un sector en el que la tecnología está consolidada, la competencia puede seguir existiendo mediante la aplicación de nuevos métodos de trabajo y de nuevas técnicas de producción, así como el hecho de que existían diferencias de gestión entre los cuatro grandes productores de platino, que los avances en las técnicas de extracción del platino son relativamente lentos y que probablemente ningún progreso tecnológico importante iba a introducir cambios fundamentales en la estructura de producción de la industria del platino.
- 288 La Decisión tuvo pues en cuenta los demás aspectos no técnicos de las ventajas competitivas. En consecuencia, procede desestimar la alegación formulada por la demandante.

g) Sobre la toma en consideración de la reacción de los terceros interesados

Alegaciones de la demandante

- 289 Según la demandante, la Comisión ignoró la reacción neutra o positiva ante la operación de concentración de la mayoría de los clientes y demás terceros con los que contactó, reacción que se describe en los apartados 2.17 a 2.21 del escrito de contestación al pliego de cargos. Pues bien, si estos operadores no hubiesen

pensado que en ese mercado habrían actuado factores marginales y demás sobre la competencia para contener un posible aumento de los precios, seguramente habrían reaccionado negativamente.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

290 La demandante no aporta ningún elemento que pruebe su afirmación. El hecho de que la Comisión, tras su propio análisis del mercado, se haya sumado a la opinión de los clientes y de los demás terceros interesados que habían tenido una reacción negativa respecto del proyecto de concentración no demuestra que no haya tomado en consideración el punto de vista de los que habían tenido una reacción positiva o neutra.

291 En cualquier caso, a pesar de que la opinión de los clientes y demás terceros pueda constituir una importante fuente de información sobre el previsible impacto en el mercado de una operación de concentración, no puede vincular a la Comisión a la hora de realizar su apreciación autónoma del impacto de la concentración en dicho mercado.

292 En consecuencia, debe desestimarse la alegación examinada.

h) Sobre las tendencias oligopolísticas en el pasado

Alegaciones de las partes

- 293 La demandante señala que la Comisión, al aceptar la existencia de una tendencia en el pasado de la industria del platino a la creación de una posición dominante colectiva, ignoró el hecho de que las cuotas de mercado habían variado con el tiempo (la demandante se remite al cuadro de la página 15 del informe NERA) y que, como reconoce ella misma, la disminución progresiva de las cuotas de mercado de los principales productores había revelado la existencia de cierta competencia en el mercado. Además, los precios descendieron en términos reales durante el último decenio (se remite al informe NERA, cuadro 3.2, p. 18, y al anexo 10, figura 3, del escrito de contestación al pliego de cargos, que se adjunta como anexo 11 a la demanda).
- 294 La Comisión señala que, a pesar de que la propia Decisión admita que existió competencia en el pasado, también existieron comportamientos paralelos o similares a los de empresas pertenecientes a un cártel.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 295 A diferencia de lo que alega la demandante, de los considerandos 166 y 173 así como de los considerandos 168 a 172 y 204 de la Decisión controvertida se desprende que la Comisión tomó debidamente en consideración tanto las fluctuaciones de las cuotas de mercado como la evolución de los precios en su análisis del marco competitivo particular en el que los proveedores sudafricanos habían actuado antes de la operación de concentración.
- 296 En consecuencia, debe desestimarse la alegación formulada por la demandante.

i) Conclusión

- 297 De cuanto precede se desprende que la Decisión controvertida llegó fundamentada a la conclusión (considerando 219) de que el resultado de la operación de concentración habría sido la creación de una posición dominante duopolística de Amplats e Implats/LPD en el mercado del platino y del rodio, que habría supuesto un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común según lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento n° 4064/89. También se desprende que la motivación de la Decisión cumple las exigencias del artículo 190 del Tratado.
- 298 Al haberse desestimado todas las alegaciones formuladas por la demandante, deben igualmente desestimarse los motivos examinados.

IV. Sobre los motivos referentes, por una parte, a la infracción del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento n° 4064/89, sobre la base de que la Comisión no aceptó los compromisos propuestos por las partes en la concentración, y, por otra parte, a la infracción del artículo 190 del Tratado

Alegaciones de las partes

- 299 La demandante afirma que la Comisión incurrió en un error de Derecho al negarse a aceptar los compromisos propuestos por las partes en la concentración, y que no motivó su negativa de modo suficiente con arreglo a Derecho, infringiendo así el artículo 190 del Tratado.
- 300 La demandante recuerda que, según el considerando 215 de la Decisión controvertida, las partes propusieron a la Comisión un proyecto de compromisos cuyo objetivo era resolver los problemas de competencia planteados por la

operación. Dichos compromisos se sometieron a los Estados miembros y se discutieron durante la reunión del Comité consultivo de 9 de abril de 1996.

301 Estos compromisos eran tres:

- a) el incremento de la capacidad de producción del pozo [...] en [...] onzas;
- b) el mantenimiento de la producción en el nivel actual de [...] onzas [...];
- c) la creación de un nuevo proveedor en el mercado.

302 La Comisión (considerando 216 de la Decisión controvertida) rechazó injustificadamente dichos compromisos por considerar que eran de comportamiento y que por lo tanto no podían aceptarse en el marco del Reglamento n° 4064/89. Pues bien, la demandante afirma que en el pasado la Comisión aceptó, en el marco de este Reglamento, compromisos de comportamiento. A este respecto, cita una serie de Decisiones en cuyo marco la Comisión aceptó claramente este tipo de compromisos.

303 La demandante señala que en el considerando 216 de la Decisión se rechazan los compromisos sobre la base de que «se podría reducir la producción de otros pozos pertenecientes a la entidad fusionada, simplemente para mantener la producción en el nivel de [...] onzas, reduciendo así la oferta global». Considera que este argumento carece de sentido. En su opinión, el compromiso consistía en desarrollar una capacidad suplementaria de [...] onzas en el pozo de [...] y en mantener la producción en los niveles existentes. Por consiguiente, no habría

podido tener lugar ninguna reducción de la producción antes de disponer de la capacidad suplementaria.

- 304 La demandante rechaza igualmente el argumento de la Comisión (considerando 216 de la Decisión controvertida) según el cual, si alguno de los proveedores hubiese mantenido su producción en un nivel determinado, Amplats, el otro miembro del oligopolio, lo habría sabido, lo que habría ejercido una presión al alza sobre los precios. Afirma que el compromiso no preveía ningún límite a la producción de la entidad fusionada. Amplats no podía suponer, por lo tanto, que la entidad fusionada reaccionaría ante un incremento de la demanda manteniendo su producción en el nivel existente. En cualquier caso, las empresas tienen derecho a obtener un beneficio razonable de sus actividades económicas, siempre que su volumen no sea inaceptable o desleal desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Pues bien, según la demandante, todo comportamiento de la entidad fusionada y de Amplats que diese lugar a tal beneficio podría ser objeto de una intervención por parte de las autoridades sudafricanas.
- 305 La demandante sostiene igualmente que la Comisión no tuvo en absoluto en cuenta la conclusión a la que habían llegado las autoridades sudafricanas, según la cual Amplats ocupaba ya una posición dominante, que habría quedado expuesta a la competencia efectiva por parte de la entidad surgida de la concentración. La actitud de la Comisión no fue por lo tanto compatible con la inquietud que, con conocimiento de causa, manifestaron las autoridades sudafricanas respecto de la estructura existente entonces en el mercado.
- 306 Por lo que se refiere a la creación de un nuevo proveedor, que, según la Comisión, habría producido un efecto insignificante, la demandante señala que, si sus otras críticas dirigidas a la Comisión sobre su enfoque del compromiso son fundadas, no puede defenderse este aspecto de la Decisión controvertida.
- 307 Por otra parte, discute la afirmación de la Comisión según la cual el compromiso no reflejaba el crecimiento del mercado, en lo que coincidían todos los comentarios (considerando 216 de la Decisión controvertida). Considera que

este punto de vista era contrario a la opinión de la mayoría de los industriales, que habían destacado la existencia de un *excedente* en la oferta que podría equilibrarse al cabo de algunos años. Este punto de vista se apoyaba en al menos tres informes independientes que se adjuntaron al escrito de contestación de las partes al pliego de cargos, al que la Comisión sólo se refirió brevemente en la Decisión controvertida. En este contexto, el compromiso de las partes consistente en mantener la producción en el nivel existente es un modo de actuación adecuado para disipar la principal inquietud de la Comisión.

308 Además, la demandante sostiene que habría sido posible velar por el cumplimiento de los compromisos propuestos. En particular, habría sido posible comprobar el mantenimiento del nivel de la producción mediante una obligación de facilitar trimestralmente a la Comisión las cifras sobre la producción. Dichas cifras podrían entonces haberse comparado cada año con las cifras sobre producción publicadas en el informe anual y las cuentas, que están certificados. Por lo que se refiere al cumplimiento del otro compromiso propuesto, a saber, el desarrollo del proyecto [...], la demandante considera que, a pesar de su carácter estructural, habría podido en cualquier caso verificarse fácilmente, mediante certificados de estado periódicos y visitas anuales a las instalaciones de producción. Por lo tanto, el control del cumplimiento de estos compromisos no habría sido más difícil que el de los compromisos aceptados en otros asuntos.

309 Por último, la Comisión no podía, para rechazar los compromisos propuestos, apoyarse en el hecho de que habría sido más difícil verificar su cumplimiento, ya que todas las infraestructuras de producción del grupo creado habrían estado en Sudáfrica. En efecto, según la demandante, si bien la Comisión dispone, según el Derecho comunitario y el Derecho internacional, de la facultad de impedir una operación de concentración realizada íntegramente fuera de la Comunidad, debe al menos aplicar a dicha fusión las mismas normas y criterios que aplicaría a una fusión dentro de la Comunidad.

310 La Comisión pone en duda que el compromiso consistiese en mantener la producción y en desarrollar el proyecto [...], es decir, en *aumentar* la producción.

Según ella, el compromiso propuesto sólo consistía en *mantener* el nivel de producción existente al tiempo que se desarrollaban nuevas capacidades de producción. Pues bien, en la Decisión controvertida (considerando 216) se explicó por qué de todos modos, en un mercado en expansión, esto no habría sido suficiente. Además, la alegación de la demandante, según la cual Amplats no podía imaginar que la entidad resultante de la concentración se abstendría de aumentar la producción como reacción ante el aumento de la demanda, equivale a negar la existencia de una situación de oligopolio. Por último, por las razones expuestas en el marco del primer motivo de anulación, es absurdo, a este respecto, sugerir que las autoridades sudafricanas de la competencia tendrían interés en intervenir en caso de restricción deliberada de la producción.

311 La Comisión considera que no pueden aceptarse compromisos de comportamiento. Según ella, en el contexto del Reglamento n° 4064/89 la solución a la concentración de poder económico en el mercado, resultante de una concentración, debe ser ella misma de naturaleza estructural. Al ser el objetivo del Reglamento impedir que se produzcan situaciones en las que se lleven a cabo comportamientos contrarios a la competencia sin concertación, sólo pueden tomarse en consideración los compromisos que contribuyan a eliminar la posibilidad de abuso. Por otra parte, el artículo 2 del Reglamento impide específicamente que la Comisión autorice una concentración que cree o refuerce una posición dominante. En estas circunstancias, la promesa de no realizar una explotación abusiva de una posición dominante es insuficiente y no cumple las exigencias del Reglamento.

312 La Comisión no comparte el análisis que hace la demandante de los compromisos propuestos y aceptados en determinados asuntos anteriores. Un compromiso puede considerarse estructural cuando resuelve un problema estructural, por ejemplo el acceso al mercado. No es necesario, a este respecto, discutir si el compromiso de desarrollo del proyecto [...] propuesto era estructural, puesto que en modo alguno solucionaba el problema de competencia planteado.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

313 Hay que examinar en primer lugar qué tipo de compromiso puede aceptarse en el marco del Reglamento n° 4064/89, y más concretamente si la tesis de la Comisión según la cual no pueden aceptarse compromisos de comportamiento está jurídicamente fundamentada.

314 A la luz de su séptimo considerando, según el cual «es preciso crear un instrumento jurídico nuevo [...] que haga posible un control efectivo de todas las operaciones de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad», el Reglamento n° 4064/89 tiene como objetivo principal el control de las estructuras del mercado y no el del comportamiento de las empresas, que queda esencialmente reservado a los artículos 85 y 86 del Tratado.

315 El apartado 2 del artículo 8 del Reglamento establece:

«Si la Comisión constata que una operación de concentración notificada, en su caso tras las modificaciones practicadas por las empresas interesadas, responde al criterio que se define en el apartado 2 del artículo 2, declarará mediante decisión que la concentración es compatible con el mercado común.

La Comisión podrá acompañar su decisión de condiciones y cargas destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión con miras a modificar el proyecto inicial de concentración [...]»

316 De estas disposiciones y del apartado 3 del artículo 2 del mismo Reglamento resulta que, si la Comisión llega a la conclusión de que la operación de concentración puede crear o reforzar una posición dominante, está obligada a prohibirla, aun cuando las empresas afectadas por la operación proyectada se comprometan ante la Comisión a no abusar de ella.

- 317 En efecto, al ser el objetivo del Reglamento impedir que se creen o se refuercen estructuras de mercado que puedan suponer un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado común, no puede aceptarse la aparición de este tipo de situaciones so pretexto de que las empresas afectadas se comprometen a no abusar de su posición dominante, y esto aunque se pueda comprobar fácilmente el cumplimiento de estos compromisos.
- 318 En consecuencia, la Comisión, en el marco del Reglamento nº 4064/89, está únicamente facultada para aceptar compromisos que hagan posible declarar la operación notificada compatible con el mercado común. En otras palabras, los compromisos propuestos por las empresas afectadas deben permitir que la Comisión llegue a la conclusión de que la operación de concentración de que se trate no crearía ni reforzaría una posición dominante en el sentido de los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento.
- 319 Por consiguiente, es indiferente que el compromiso propuesto pueda calificarse de compromiso de comportamiento o de compromiso estructural. Es cierto que los compromisos de carácter estructural, como la reducción de la cuota de mercado de la entidad surgida de la concentración mediante la venta de una filial, son en principio preferibles desde el punto de vista del objetivo perseguido por el Reglamento, en la medida en que impiden definitivamente, o al menos de manera duradera, que aparezca o se refuerce la posición dominante previamente identificada por la Comisión, sin requerir, por otra parte, medidas de control a medio o largo plazo. No obstante, no puede excluirse *a priori* que compromisos que a primera vista sean de comportamiento, como la no utilización de una marca durante un período determinado o la puesta a disposición de los terceros competidores de una parte de la capacidad de producción de la empresa surgida de la concentración, o, más genéricamente, el acceso a una infraestructura esencial en condiciones no discriminatorias, puedan también impedir que aparezca o se refuerce una posición dominante.

- 320 En estas circunstancias, procede examinar caso por caso los compromisos propuestos por las empresas afectadas.
- 321 En el presente asunto, la demandante, a pesar de calificar el desarrollo del proyecto [...] de compromiso estructural, no discute que, como señala la Comisión en la Decisión controvertida (considerando 216), este compromiso, al igual que los demás compromisos propuestos, a saber, el de mantener la producción en un nivel determinado y el de crear un nuevo proveedor, no resolvía el problema de la estructura oligopolística del mercado creada por la concentración.
- 322 En efecto, los dos primeros compromisos en nada modifican la estructura del mercado afectado como mercado duopolístico, sino que se limitan a enmarcar la política de producción de Implats/LPD en lo que se presenta como una simple obligación de producción mínima que, aun reduciendo las posibilidades de abuso de posición dominante en el futuro, en función de la evolución de la demanda, no garantiza ni la ausencia de todo tipo de abuso ni, lo que es más importante, la propia desaparición de la posición dominante.
- 323 La demandante no puede por otra parte sostener que la Comisión no podía rechazar el compromiso sobre la base de que, si Implats/LPD hubiese mantenido su producción en un nivel determinado, Amplats lo habría sabido, lo que habría ejercido una presión al alza sobre los precios. En efecto, esta argumentación, lejos de demostrar que el compromiso propuesto eliminaba la posición dominante duopolística creada por la concentración, no hace más que poner en duda la propia existencia de una posición dominante. Pues bien, las alegaciones de la demandante sobre esta última cuestión ya fueron desestimadas en el marco del motivo de anulación basado en la infracción del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89, y referente a la comprobación de la existencia de la posición dominante colectiva.
- 324 Por lo que se refiere a las alegaciones de la demandante según las cuales, por una parte, las empresas tienen derecho a obtener un beneficio razonable de sus actividades económicas y, por otra parte, todo comportamiento de la entidad

fusionada y de Amplats que diese lugar a dicho beneficio podría ser objeto de una intervención por parte de las autoridades sudafricanas, basta observar que, independientemente de su fundamento, no son pertinentes para apreciar si el compromiso propuesto eliminaba o no el obstáculo a la estructura de la competencia creada por la concentración.

325 Por lo que se refiere al tercer compromiso, la creación de un nuevo proveedor, basta observar que la demandante no discute el análisis de la Comisión según el cual este compromiso habría tenido un efecto insignificante sobre la cantidad de suministro futuro de platino al consumidor final. La demandante se limita a destacar, reconociendo así el carácter accesorio de este compromiso, que, si sus otras críticas dirigidas a la Comisión sobre su enfoque del compromiso fuesen fundadas, no podría defenderse este aspecto de la Decisión.

326 Pues bien, puesto que, como se ha señalado más arriba, la Comisión estaba facultada para rechazar los dos primeros compromisos, no incurrió en error manifiesto de apreciación alguno al considerar que, independientemente de su naturaleza, el tercer compromiso no podía aceptarse teniendo en cuenta su efecto insignificante sobre el mercado.

327 En estas circunstancias, las alegaciones de la demandante sobre las posibilidades de controlar los compromisos propuestos carecen de toda pertinencia. En efecto, al no eliminar los compromisos en su conjunto el obstáculo a la competencia efectiva creado por la operación de concentración, la Comisión estaba facultada para rechazarlos, aunque se pudiese comprobar su cumplimiento sin grandes dificultades.

328 En consecuencia, la Comisión no incurrió en error de Derecho ni en error manifiesto de apreciación al rechazar los compromisos propuestos por Gencor y Lonrho para eliminar los problemas de competencia planteados por la operación de concentración.

329 Por lo tanto, a la luz de cuanto precede, la Decisión está suficientemente motivada por lo que se refiere al rechazo de los compromisos.

330 En consecuencia, deben rechazarse los motivos examinados.

Costas

331 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de la demandante, procede condenarla al pago de las costas de la Comisión, de conformidad con las pretensiones deducidas en tal sentido por esta última.

332 A tenor del primer párrafo del apartado 4 del artículo 87, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas. Por tanto, la República Federal de Alemania soportará sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta ampliada)

decide:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **La demandante cargará con sus propias costas y con las de la Comisión.**
- 3) **La República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.**

Azizi

Vesterdorf

García-Valdecasas

Moura Ramos

Jaeger

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 25 de marzo de 1999.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

J. Azizi

II - 854

Índice

Hechos que originaron el litigio	II - 761
1. Operación de concentración controvertida	II - 761
Partes en la operación de concentración	II - 761
Proyecto de operación de concentración	II - 762
2. Procedimiento administrativo	II - 763
Procedimiento judicial	II - 766
Pretensiones de las partes	II - 769
Sobre la admisibilidad	II - 770
Alegaciones de la parte demandada	II - 770
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 770
Sobre el fondo	II - 772
I. Sobre los motivos referentes, por una parte, a la infracción del Reglamento n° 4064/89, sobre la base de que no atribuye competencia a la Comisión para examinar la compatibilidad de la operación de concentración controvertida con el mercado común, y, por otra parte, a la infracción del artículo 190 del Tratado	II - 773
Alegaciones de las partes	II - 773
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 781
1. Sobre la apreciación del ámbito territorial de aplicación del Reglamento n° 4064/89	II - 782
2. Sobre la compatibilidad de la Decisión controvertida con el Derecho internacional público	II - 785
II. Sobre los motivos referentes, por una parte, a la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, sobre la base de que la Comisión no tiene la facultad de impedir las operaciones de concentración que crean o refuerzan una posición dominante colectiva, y, por otra parte, a la infracción del artículo 190 del Tratado	II - 790
Alegaciones de la demandante	II - 790
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 793
III. Sobre los motivos referentes, por una parte, a la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, sobre la base de que la Comisión declaró incorrectamente que la operación de concentración crearía una posición dominante colectiva, y, por otra parte, a la infracción del artículo 190 del Tratado	II - 802
A. Decisión controvertida	II - 802
B. Consideraciones generales	II - 804
C. Sobre la pretendida existencia de un control conjunto por parte de Gencor y de Lonrho sobre LPD antes de la operación de concentración	II - 806
Alegaciones de las partes	II - 806
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 806
	II - 855

D. Sobre la caracterización por parte de la Comisión de la posición dominante colectiva	II - 815
1. Sobre el criterio de la cuota de mercado	II - 815
Alegaciones de las partes	II - 815
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 816
2. Sobre la similitud de las estructuras de costes de Implats/LPD y de Amplats tras la concentración	II - 821
Alegaciones de las partes	II - 821
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 822
3. Sobre las características del mercado	II - 824
a) Sobre la transparencia del mercado	II - 824
Alegaciones de las partes	II - 824
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 825
b) Sobre las perspectivas de crecimiento del mercado del platino	II - 826
Alegaciones de las partes	II - 826
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 826
c) Sobre el equilibrio entre la oferta y la demanda	II - 828
Alegaciones de la demandante	II - 828
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 829
d) Sobre las fuentes marginales y alternativas de suministro	II - 831
Alegaciones de las partes	II - 831
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 833
e) Sobre los vínculos estructurales	II - 835
Alegaciones de las partes	II - 835
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 837
f) Sobre los medios de competencia distintos del desarrollo tecnológico	II - 840
Alegaciones de las partes	II - 840
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 841
g) Sobre la toma en consideración de la reacción de los terceros interesados	II - 841
Alegaciones de la demandante	II - 841
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 842
h) Sobre las tendencias oligopolísticas en el pasado	II - 843
Alegaciones de las partes	II - 843
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 843
i) Conclusión	II - 844

IV. Sobre los motivos referentes, por una parte, a la infracción del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento nº 4064/89, sobre la base de que la Comisión no aceptó los compromisos propuestos por las partes en la concentración, y, por otra parte, a la infracción del artículo 190 del Tratado	II-844
Alegaciones de las partes	II-844
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-849
Costas	II-853