

### § 3. Las participaciones cruzadas

898. Pueden aparecer efectos restrictivos más importantes cuando empresas competidoras adquirieren recíprocamente participaciones minoritarias en sus capitales. Tales participaciones cruzadas, sobre todo cuando se combinan con una representación en los órganos de gestión de los socios, pueden crear posibilidades de información mutua y de influencia recíproca. Hacen posible una coordinación del comportamiento de las partes implicadas en el mercado. Un juicio análogo merecen las operaciones por las que varias empresas competidoras adquieren participaciones minoritarias en el capital de un tercero competidor, que no les confieren el control común de este último pero les garantizan posibilidades de concertación o de alineamiento de sus comportamientos competitivos.

### § 4. Los intercambios de administradores

899. Cuando dos empresas competidoras acuerdan que cada una aceptará en sus órganos directivos a un representante de la otra (*interlocking directorates*) y no existe otro vínculo susceptible de implicar la constitución de un grupo horizontal entre las dos empresas,<sup>110</sup> la Comisión considera que el apartado 1 del artículo 85 es aplicable. En efecto, tal intercambio de administradores permite a las partes permanecer en estrecho contacto durante la vigencia del acuerdo. Cada una está, en todo momento, en condiciones de asegurarse del comportamiento de la otra y de influirlo, lo que puede llevar a una concertación entre sí.<sup>111</sup>

En la aplicación de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA, la Comisión con frecuencia ha subordinado su autorización de concentraciones a la condición de que los directivos de una empresa no ejerzan funciones en los órganos de gestión de empresas competidoras.<sup>112</sup>

110. Sobre la noción de grupo horizontal, *vid. supra*, núm. 865 y la nota 13.

111. *Vid.* el asunto *British Industrial Sand/Areneros y Canteras Reinunidos*, 6<sup>o</sup> Inf. Comp., núms. 122 y ss, especialmente 125. *Vid.* también comunicación *Electrolux/AEG*, DOCE, núm. C 269, de 5 de octubre de 1993, p. 4. Sobre los riesgos para la competencia de los *interlocking directorates*, *vid.* FRIGANANI, A., «I sindacati di voto e la legge antitrust comunitaria e italiana», en *Sindacato di voto e sindacati di blocco*, Milán, 1993, pp. 193-195.

112. *Vid.* por ejemplo, la decisión *Rogesa* de 18 de junio de 1981, DOCE, núm. L 189, de 11 de julio de 1981, p. 54.

### III. El Régimen establecido por el Reglamento núm. 4064/89

#### 1. La génesis del Reglamento núm. 4064/89

900. Según se ha expuesto, sólo unos meses después de la sentencia *Continental Can*, la Comisión sometió al Consejo una propuesta tendente a instaurar un control previo de las concentraciones.<sup>113</sup>

Dicha propuesta se enfrentó inicialmente con la oposición de varios Estados miembros. Algunos, especialmente los países mediterráneos, estimaban que las dimensiones de sus empresas eran, en general, demasiado endebles y que la adopción del reglamento podría frenar un movimiento de concentración necesario. Desearon permanecer libres para incentivar los reagrupamientos por razones de política industrial, regional o social. Los Estados del Norte, principalmente la República Federal, regional o social. Los Estados del Norte, principalmente la Comisión el poder de eximir las concentraciones que constatare que contribuyen a la realización de los objetivos del Tratado, con el temor de que utilizara ese poder para realizar una política industrial a escala comunitaria, mientras que sus gobiernos de la época basaban su política económica en los principios del liberalismo. Además, estos Estados disponían ya de un arsenal legislativo que les permitía controlar las concentraciones y no tenían, por tanto, ningún deseo de transferir esa prerrogativa a la Comunidad.

Sin embargo, los inconvenientes de una situación en la que una concentración que produce sus efectos a escala comunitaria podía estar prohibida en un Estado miembro, mientras que, en otro, podía ser autorizada e incluso alentada, resultaron cada vez más evidentes a los dirigentes de los Estados miembros a las puertas de la entrada en vigor del mercado interior previsto por el Acta Única Europea para el 1 de enero de 1993. Además, las ambigüedades de la sentencia *Philip Morris*<sup>114</sup> hacían temer que la Comisión decidiera aplicar el artículo 85 a las concentraciones, lo que hubiera provocado una inseguridad jurídica generalizada.<sup>115</sup>

113. Además de los numerosos artículos de doctrina a los que nos referimos en la presente sección, el Reglamento 4064/89 ha sido objeto de las siguientes monografías: VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., *op. cit.*, *supra*, nota 45; BERLIN, D., *Contrôle communautaire des concentrations*, París, 1992; BOS, P.-Y.B., STUYCK, J., WYTINGCK, P., *Concentration Control in the European Economic Community*, Londres, 1992; COOKE, J., KERSE, Ch., *EEC Merger Control - Regulation 4064/89*, Londres, 1991; COHEN-TANUGI, L., ENCAOUA, D., WINCKLER, A., SIRAGUSA, M., BRUNET, F., *La pratique communautaire du contrôle des concentrations. Analyse juridique, économique et comparative Europe, États-Unis, Japon*, Louvain la Neuve, 1995; JONES, Ch., GONZALEZ-DIAZ, E., *The EEC Merger Regulation*, Londres, 1992. WAIERBROECK, M., *Règles de concurrence et concentrations*, Academy of European Law (ed.), Deventer, volumen II, p. 167.

114. *Vid. supra*, núm. 871.

115. Esta amenaza fue expresada en varias ocasiones por el comisario Sutherland, responsable de las cuestiones de competencia; *vid.* en especial su discurso en la Asociación de

Sobre la base de una nueva propuesta de la Comisión presentada en 1988,<sup>116</sup> el Consejo, tras arduas negociaciones, llegó, el 21 de diciembre de 1989, a la adopción del Reglamento 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.<sup>117</sup>

Este Reglamento lleva, en muchos aspectos, el estigma de las resistencias que debieron superarse para permitir su adopción. Así, por una parte, las exigencias de la República Federal de Alemania y del Reino Unido fueron difíciles a través de la limitación del ámbito de aplicación del Reglamento a las concentraciones de enormes dimensiones, así como con la introducción de la posibilidad de reenviar a las autoridades nacionales las concentraciones que afecten a un mercado nacional distinto.

La adopción de un criterio de incompatibilidad basado en los solos efectos de la concentración sobre la competencia efectiva y la supresión de toda referencia a la posibilidad de eximir una concentración por razones de interés general comunitario dio satisfacción a las convicciones liberales de esos mismos gobiernos. En cambio, la posibilidad de una reducción de los umbrales mínimos de aplicación mediante decisión por mayoría cualificada, así como la facultad prevista para un Estado miembro de solicitar la intervención de la Comisión contra concentraciones que no alcanzan los umbrales previstos respondían a las preocupaciones de la Comisión y de aquellos Estados miembros —esencialmente los Países Bajos y Bélgica— que no disponían entonces de un control organizado a nivel nacional. Por otro lado, una referencia en el preámbulo<sup>118</sup> a la necesidad de apreciar las concentraciones en el marco general de la realización de los objetivos fundamentales del Tratado, incluido el de reforzar la cohesión económica y social, y la inclusión entre los criterios de apreciación de «la evolución del progreso técnico o económico»,<sup>119</sup> daban satisfacción a los Estados que concedían importancia no sólo a las consideraciones competitivas, sino también a los objetivos de política regional e industrial. Por último, la concesión a la Comisión de una competencia en principio exclusiva respecto a las concentraciones de dimensión comunitaria, la obligación de la Comisión de pronunciarse en plazos extremadamente breves y la decisión de dejar de aplicar el Reglamento núm. 17 a las concentraciones sin dimensión comunitaria trataban de tranquilizar las preocupaciones de los medios empresariales.

Juristas de Empresas Europeas el 18 de abril de 1985 y su exposición en la conferencia del

«Grupo Ganguro» en Amberes el 2 de noviembre de 1987.

116. DOCE, núm. C 130, de 19 de mayo de 1988, p. 4.

117. DOCE, núm. L 257, de 21 de septiembre de 1990, p. 14 (texto revisado).

118. Considerando 13.

119. Artículo 2, apartado 1, letra (b).

## 2. La base jurídica del Reglamento

**901.** Tal como lo reconoce el considerando núm. 6 del preámbulo del Reglamento, los artículos 85 y 86, aunque aplicables a determinadas concentraciones, no son suficientes para controlar todas las operaciones que pueden resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado. Era preciso, por tanto, crear un instrumento jurídico nuevo bajo la forma de reglamento que permitiera un control efectivo de todas las operaciones de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad. Dicho reglamento debía basarse no sólo en el artículo 87, sino también —y principalmente— en el artículo 235 del Tratado. Era necesaria, por consiguiente, la unanimidad en el Consejo para su adopción —lo que explica en gran medida el retraso con que se adoptó—.

## 3. Régimen aplicable a las concentraciones de dimensión comunitaria

### § 1. Ámbito de aplicación

#### a) El concepto de concentración de dimensión comunitaria

**902.** El Reglamento se aplica a todas las operaciones de concentración de «dimensión comunitaria». Según el apartado 2 del artículo 1, tal es el caso cuando:

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los cinco mil millones de euros, y

b) el volumen de negocios total realizado individualmente en la Comunidad por, al menos, dos de las empresas afectadas por la concentración supere los doscientos cincuenta millones de euros,

salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro.

El apartado 3 del artículo 1 prevé que el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, revisará estos umbrales antes de que finalice el cuarto año a partir de la adopción del Reglamento.<sup>120</sup> No obstante, la Comisión no presentó propuesta alguna en 1993 para la

<sup>120.</sup> La legalidad de esta posibilidad de una revisión, mediante acto adoptado por mayoría cualificada, de un Reglamento adoptado por unanimidad en base al artículo 235 del Tratado ha sido cuestionada: *vid.* FIERSTRA, M., «Communautaire concentratiecontrole», SEW, 1990, pp. 330-337.

reducción de los umbrales previstos por el Reglamento, pero declaró que reexaminaría la cuestión posteriormente.<sup>121</sup>

El concepto de «dimensión comunitaria» sustituye al de efecto potencial sobre el comercio entre los Estados miembros previsto en los artículos 85 y 86 del Tratado. El Reglamento presume, de algún modo, que las concentraciones de dimensión comunitaria son susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros.

El umbral de cinco mil millones de ecus tiene como objetivo someter al control únicamente las operaciones cuya dimensión global a nivel mundial es importante, mientras que el límite de doscientos cincuenta millones de ecus pretende crear un vínculo de unión suficiente con la economía de la Comunidad. El criterio relativo a la proporción del volumen de negocios realizado dentro de un mismo Estado miembro persigue la finalidad de excluir del control a las operaciones que sólo tienen una incidencia limitada en los intercambios intracomunitarios.

El volumen de negocios a tener en consideración incluye no sólo los productos sometidos al Tratado CE, sino también los sometidos a los Tratados CECA y EURATOM.

El concepto de «empresas afectadas» por una operación de concentración, y cuyo volumen de negocios debe tenerse en consideración para calcular los umbrales, fue precisado por una comunicación publicada el 31 de diciembre de 1994.<sup>122</sup>

En el artículo 5 se prevén normas detalladas para el cálculo del volumen de negocios de las empresas afectadas.<sup>123</sup> En principio, se trata del volumen de negocios realizado por la totalidad de las empresas del grupo tal y como se definen en el apartado 4 del artículo 5, quedando excluidas, sin embargo, las transacciones operadas dentro del grupo (principio de la consolidación). Cuando una de las empresas participantes pertenece al sector público, para calcular su volumen de negocios, sólo hay que tomar en consideración «las empresas que constituyen un conjunto económico dotado de un poder de decisión autónomo, inde-

121. Informe de la Comisión al Consejo sobre la aplicación del Reglamento, Doc. COM (93) 385 def. de 28 de julio de 1993. El 13 de septiembre de 1996, la Comisión sometió una propuesta dirigida a reducir los umbrales (DOCE, núm. C 350, de 21 de noviembre de 1996, p. 8).

122. Comunicación sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo al Reglamento núm. 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE, núm. C 385, de 31 de diciembre de 1994, p. 12.

123. La Comisión publicó una comunicación interpretativa sobre las reglas a seguir para calcular el volumen de negocios DOCE, núm. C 385, de 31 de diciembre de 1994, p. 21. El modo de cálculo del volumen de negocios de una empresa en participación fue el objeto del asunto *Sogecable* (as. T-5296, DOCE, núm. C, de 22 de junio de 1996, p. 34).

pendientemente de a quién pertenezca su capital o de las normas de tutela administrativa que les sean aplicables».<sup>124</sup>

Cuando la concentración consiste en la adquisición de partes de una o más empresas, y con independencia de que dichas partes tengan personalidad jurídica propia, sólo se tendrá en cuenta, con respecto al cedente o a los cedentes, el volumen de negocios relativo a las partes que son objeto de la transacción.<sup>125</sup> No obstante, cuando dos o más transacciones de esta naturaleza hayan tenido lugar durante un período de dos años entre las mismas personas o empresas, se considerarán como una sola operación de concentración realizada en la fecha de la última transacción.<sup>126</sup>

Se prevén reglas específicas para el cálculo del volumen de negocios de las entidades de crédito y otras entidades financieras y de las compañías de seguros.<sup>127</sup>

#### b) *Ámbito de aplicación material*

903. Excepto el carbón y el acero, para los que el artículo 66 del Tratado CECA prevé un régimen específico,<sup>128</sup> el Reglamento se aplica a todos los sectores de la economía. No se hace ninguna excepción por lo que se refiere a la agricultura y a los transportes.<sup>129</sup> La aplicabilidad del Reglamento a las entidades de crédito y a las compañías de seguros resulta de las disposiciones expresas del apartado 3 de su artículo 5. En el ámbito militar, el control de la Comisión se ejerce «sin perjuicio del artículo 223 del Tratado»; además, el apartado 3 del artículo 21 del Reglamento permite a los Estados miembros adoptar medidas apropiadas para garantizar la salvaguardia de su seguridad pública.<sup>130</sup>

124. *Vid.* 12°, considerando del preámbulo del Reglamento.

125. Para una aplicación de este principio a un caso en el que una parte de la actividad de la empresa que constituía el objeto de la adquisición, sin cederse, se había paralizado definitivamente antes de la realización de la operación, *vid.* el asunto *British Airways/Dan Air*, sobre la que se pronunció el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia *Air France* de 24 de marzo de 1994, considerandos 97 a 108.

126. Artículo 5, apartado 2, del Reglamento núm. 4064/89.

127. *Vid.* artículo 5, apartado 3, del Reglamento núm. 4064/89.

128. *Vid.* el artículo 232 del Tratado CE.

129. La aplicación del Reglamento a los productores agrícolas enumerados en el anexo II del Tratado se prevé expresamente en el octavo considerando del preámbulo.

130. En varias decisiones, los Estados miembros han invocado el apartado 1, letra (b), del artículo 223 del Tratado para pedir a sus empresas que no notifiquen a la Comisión los aspectos de una concentración sobre actividades militares: decisiones *British Airways/VEI* de 24 de noviembre de 1994, núm. 9, *IBM France/Compagnie générale d'informatique* de 19 de mayo de 1993, y *GECVSEL* de 7 de diciembre de 1994, núm. 1 (no publicadas íntegramente).

c) *Ámbito de aplicación personal*

904. Como lo indica su título, el Reglamento se aplica a todas las operaciones de concentración «entre empresas». Sin embargo, ello no significa que personas que no tienen la cualidad de empresa no puedan verse afectadas por sus disposiciones. En efecto, según la letra (b) del apartado 1 del artículo 3, una operación de concentración puede consistir en la adquisición del control de una empresa por «una o más personas» que ya controlen otra empresa. Así, operaciones ajenas al Derecho mercantil pueden entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Cuando la operación afecte a empresas públicas de un mismo Estado miembro, se considerará que constituye una concentración si las empresas formaban parte, anteriormente, de *holdings* públicos diferentes dotados de poderes de decisión autónomos; en caso contrario, se tratará de una simple medida de reestructuración interna.<sup>131</sup>

d) *Aspectos internacionales*

905. Basta con que el umbral de doscientos cincuenta millones de euros sea alcanzado por dos empresas, cualesquiera que sean, partes en la operación. Esto significa que el Reglamento puede aplicarse a la adquisición de una empresa que no realiza un volumen de negocios de doscientos cincuenta millones de euros en la Comunidad si esa adquisición se efectúa conjuntamente por dos empresas que cumplen esa condición y si se alcanzan los otros umbrales.<sup>132</sup> Es preciso tener en cuenta, llegado el caso, el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,<sup>133</sup>

La creación, por dos empresas que alcanzan los umbrales previstos, de una empresa en participación de carácter concentrativo<sup>134</sup> en un país exterior a la Comunidad entra también en el ámbito de aplicación del Reglamento, aunque la empresa en participación no ejerza ninguna

Vid. también respuesta a la pregunta escrita núm. 1088/89, DOCE, núm. C 130, de 21 de mayo de 1991, p. 2.

131. Decisiones *Reckmeyer/Usinor* de 24 de junio de 1991 y *CEA Industrie/France Télécom/SCS-Thomson* de 22 de febrero de 1993, no publicadas (las decisiones de la Comisión en base al apartado 1 del artículo 6 del Reglamento núm. 4064/89 no son objeto de una publicación oficial. Se pueden encontrar en determinadas recopilaciones privadas, tales como GUSTRA, D.J., MURPHY, F., *Competition Law in Western Europe and the United States*, Deventer y Boston (obra con páginas extratables)).

132. Vid. decisión *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* de 2 de octubre de 1991.

133. Vid. *supra*, núm. 99, letra (a).

134. Sobre este concepto vid. *infra*, núm. 908.

actividad susceptible de producir efectos significativos en la Comunidad.<sup>135</sup>

No obstante, en este último caso, podrá ser objeto de una notificación simplificada.<sup>136</sup>

El Reglamento también se aplica a las concentraciones en las que sólo participan empresas de países terceros si tales empresas alcanzan los umbrales indicados.<sup>137</sup>

Esta extensión del ámbito de aplicación del Tratado a empresas de países terceros no parece que pueda plantear objeciones desde la perspectiva del Derecho internacional.<sup>138</sup> No obstante, la Comisión no puede prohibir una fusión a escala mundial en su totalidad. En efecto, sus poderes se limitan a los efectos producidos en la Comunidad.<sup>139</sup>

Señalemos, por último, que el artículo 24 del Reglamento contiene una cláusula de «reciprocidad» que permite a las autoridades de la Comunidad negociar con un país tercero para conseguir para las empresas de la Comunidad «condiciones de trato comparables» al trato ofrecido por la Comunidad a las empresas de ese país. Todavía no se ha recurrido a esta posibilidad.

135. Vid. decisiones *Dresdner Bank/Banque Nationale de Paris* de 4 de febrero de 1991, *BNP/Dresdner Bank-Czechoslovakia* de 26 de agosto de 1991 y *Gambegui/Cogei* de 19 de diciembre de 1991 (no publicadas).

136. El formulario CO anexo al Reglamento núm. 3384/94 de la Comisión admite una notificación simplificada en el caso de la creación de una empresa en participación concentrativa cuyo volumen de negocios, o el volumen de negocios de las actividades que le aportan las sociedades matrices, o el valor de los activos no supere un cierto umbral (cien millones de euros).

137. Vid. especialmente las decisiones *ATT/NCR* de 18 de enero de 1991 (no publicadas) y *Terra Pak/Alfa Laval* de 19 de julio de 1991.

138. BOURGEOIS, J.H.J., «EEC Control Over International Mergers», *Yearbook of European Law*, 1990, pp. 103, 121 y ss.; VAN HECKE G., «L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence», *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea y Frankfurt, 1993, pp. 73-77.

139. VAN HECKE G., estudio citado, p. 78. Una solución comparable se aceptó en Alemania en el asunto *Philip Morris*, KG, 1 de julio de 1983, *WtW*, 1984, p. 233. Observemos sin embargo que, en su decisión *Gencon/Lowtho* de 24 de abril de 1996, la Comisión declaró que la concentración entre dos productores sudáfricanos de platinoes era incompatible en su conjunto con el mercado común y con el funcionamiento del acuerdo sobre el EEE. Esta decisión es objeto de un recurso que se refiere precisamente a este punto (DOCE, núm. C 247, de 24 de agosto de 1996, p. 19).

## § 2. El concepto de concentración

### a) Diferentes formas de concentración

**906.** A tenor del apartado 1 del artículo 3 existe una operación de concentración:

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

b) cuando una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o una o más empresas mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.

Como se puede apreciar, el concepto de concentración es extremadamente lato: engloba no sólo la fusión, en la que se da la completa desaparición de un sujeto, tanto en el plano jurídico como en el económico, sino también la adquisición de acciones o activos, en la que la independencia jurídica, e incluso a veces la económica, de los sujetos no se cuestiona.

La Comisión ha aportado indicaciones sobre su interpretación del concepto de concentración en una comunicación publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.<sup>140</sup>

### b) La adquisición del control

**907.** El elemento clave es la adquisición del control. Este último se define como «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa».<sup>141</sup> Esta posibilidad, según los términos del apartado 3 del artículo 3, puede basarse en «derechos, contratos u otros medios», eventualmente contemplados «en conjunto» y «teniendo en cuenta las circunstancias de hecho o de derecho». El control puede resultar en particular de:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa».

El control se adquiere por la o las personas o empresas:

140. Comunicación sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento núm. 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, *DOCE*, núm. 385, de 31 de diciembre de 1994, p. 5.

141. Artículo 3, apartado 3, del Reglamento núm. 4064/89.

«a) que sean titulares de dichos derechos o beneficiarios de dichos contratos; o

b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos».<sup>142</sup>

El control se puede tener a través de sujetos intermediarios: así, si A controla B, que controla C, A posee el control de C.

El medio por el que se realiza la adquisición del control es indiferente: puede tratarse de tomas de participación, de compra de activos, de contratos o de «otros medios». Interpretado literalmente, el Reglamento se aplicaría incluso a las transmisiones realizadas *ex lege* y, en particular, en virtud de una sucesión.

La técnica empleada es irrelevante. Así, el control podrá resultar de la adquisición de acciones en bolsa. Podrá adquirirse involuntariamente, en especial en el supuesto de que un accionista ejerza su derecho de suscripción preferente con motivo de un aumento de capital, mientras que los demás no lo ejercitan.<sup>143</sup> Por último, en casos excepcionales, una situación de dependencia económica podrá llevar a un control de hecho, concretamente cuando importantes contratos de suministro a largo plazo o importantes créditos a largo plazo permitan ejercer una influencia determinante.<sup>144</sup>

Al definir el control como «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa», el Reglamento emplea un concepto amplio: no exige el ejercicio efectivo del control; basta un control potencial. Dicho control debe afectar a las decisiones estratégicas, comerciales y competitivas de la entidad controlada.<sup>145</sup>

Cuando el control resulta de acuerdos entre las empresas que lo ejercen, tales acuerdos deben ser suficientemente estables,<sup>146</sup> si la posibilidad de actuar sobre el comportamiento de una empresa puede desaparecer en todo momento por un «cambio de alianza» entre accionistas,

142. Artículo 3, apartado 4, del Reglamento núm. 4064/89.

143. COOK, J., *KERSE*, C., *op. cit.*, *supra*, nota 113, p. 20.

144. En el asunto VAG/SAB (decisión no publicada de 19 de septiembre de 1994), la Comisión, sin negar que la adquisición por un fabricante de automóviles de un subcontratista que actuaba exclusivamente por cuenta del fabricante constituía una concentración, tuvo en cuenta, no obstante, los vínculos de integración existentes para considerar que la operación no modificaba la situación en el mercado.

145. Decisiones *Ericsson/Hewlett Packard* de 12 de marzo de 1993; *Philips/Thomson/Sagem* de 18 de enero de 1993; *Harrisons & Crosfield/ARZO* de 29 de abril de 1993 (las tres sin publicar).

146. Decisión *IC/Tioxide* de 28 de noviembre de 1990; decisión *Motobornac/Generali* de 19 de diciembre de 1991 (ambas sin publicar). *Vid.* también *VAN OMMESTADHE P.*, «Le règlement sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises et les offres publiques d'acquisition», *Calh. dr. eur.*, 1991, pp. 259-310. Debe advertirse, por otro lado, que el texto del apartado 3, letra (b), del artículo 3 habla de «contratos».

no nos hallamos ante un cambio estructural duradero, ni, por tanto, ante una concentración.<sup>147</sup>

La mera existencia de una opción de compra sobre una mayoría de acciones de la empresa objetivo no supone en sí misma una concentración si no existe la certeza de que se ejercerá la opción.<sup>148</sup>

La adquisición del control puede afectar sólo a una «parte» de una empresa. La interpretación de esta noción puede dar lugar a dificultades. Según la Comisión, cuando el objeto de la adquisición lo constituyen elementos de activos, es correcto ver en ella una concentración si los activos de que se trate constituyen una actividad a la que se pueda atribuir un volumen de negocios determinado (caso de una marca o de una licencia).<sup>149</sup>

También existe concentración en caso de escisión de una empresa y reparto de sus actividades entre dos o más empresas. En tal caso, habrá tantas operaciones de concentración como transferencias a nuevas entidades controladoras. Así, en el asunto *Solvay/Laporte*, la Comisión consideró que la escisión de una empresa en participación entre sus dos empresas fundadoras suponía dos concentraciones distintas.<sup>150</sup>

Cuando una empresa que es objeto de una oferta pública de adquisición hostil aplica medidas de defensa<sup>151</sup> para hacer fracasar la tentativa, no existe «adquisición de control» y el Reglamento no resulta aplicable. No obstante, si recurre a un grupo «amigo»<sup>152</sup> para que éste lance una contraoferta, esta última deberá notificarse si se alcanzan los umbrales de aplicación del Reglamento.<sup>153</sup>

En la práctica, la Comisión ha considerado que exista adquisición de control (exclusivo o conjunto) en los casos siguientes:

- adquisición del 39 % del capital, confiriendo un control efectivo;<sup>154</sup>
- adquisición del 25,1 % con derecho de veto en el consejo de administración en las decisiones importantes;<sup>155</sup>

147. HAWK, B., HUSER, H., informe citado, *supra*, nota 109, 1993 *Fordh. Corp. L. Inst.*, pp. 373, 386 y ss.

148. Decisión *British Airways/TAT* de 27 de noviembre de 1992 (sin publicar), núm. 5.

149. Comunicación sobre el concepto de concentración, citada *supra*, nota 140, núm. 11.  
150. Decisión de 30 de abril de 1992 (sin publicar). *Vid.* no obstante en sentido contrario la decisión *Compas* de 19 de diciembre de 1991 (ninguna de estas decisiones ha sido publicada). La decisión *Compas* ha sido criticada, con razón, por PARTAK, A.S., «EEC Merger Regulation Enforcement During 1992», *Eur. L. Rev.*, 1993, pp. 132-136.

151. Se tratará de lo que, en inglés, se denomina las «*poison pills*».

152. Es lo que se denomina, en inglés, el «*white knight*».

153. VAN OMMESTADIGE, P., artículo citado *supra*, nota 146, pp. 311 a 313.

154. Decisión *Aronart/Wiggins Teape*, de 10 de diciembre de 1990 (sin publicar).

155. Decisión *Lyonnais des Eaux Dumex/Brocher* de 11 de julio de 1991 (sin publicar).

- adquisición del 20 % de las acciones (con la posibilidad de ampliar la participación al 50 %) y del 26 % de los derechos de voto, en la medida en que se requiera el 75 % de los votos para las decisiones estratégicas;<sup>156</sup>

- adquisición del 38 % del capital, pero con más del 50 % previsto para una segunda etapa;<sup>157</sup>

- incremento de la participación del 20,94 al 25,96 %, al estar el resto de las acciones muy dispersas entre el público.<sup>158</sup>

En el asunto *Harvin/Sogefi*,<sup>159</sup> la Comisión consideró que una empresa que sólo tenía el 25 % del capital de dos filiales, al pertenecer el 75 % restante a una empresa en participación cuyo control compartía con un tercero, poseía, no obstante, el control exclusivo de las dos filiales dado que se había acordado que la empresa en participación ejercería su derecho de voto ajustándose a las instrucciones dadas por Harvin.

Asimismo, en el asunto *CCIEGTE*,<sup>160</sup> la Comisión consideró que un accionista que sólo poseía un 9 % del capital de una filial, tenía, sin embargo, el control exclusivo de la misma dado que el 81 % restante pertenecía a un banco que había cedido su derecho de control a la otra parte y había delegado el poder de gestión diaria en dos empleados de la sociedad adquirida.

Por el contrario, en el asunto *British Telecom/MCI*, la Comisión estimó que la adquisición del 20 % del capital y de tres puestos sobre quince en el consejo de administración, así como de un derecho de veto sobre las decisiones financieras importantes y del derecho a oponerse a la adquisición del control de la filial por un tercero no confería a la empresa adquirente un control, ni siquiera conjunto.<sup>161</sup> Asimismo, en el asunto *CCIEGTE*, la celebración de acuerdos de préstamo, de licencias de derechos de propiedad industrial, de suministro y de investigación y desarrollo con un tercero, si bien conferían a ese tercero una cierta influencia sobre la filial, no se juzgó suficiente para otorgarle el «control».<sup>162</sup> Y en el asunto *Traclebel/Distrigaz II*, la circunstancia de que el Estado belga conservara una «acción específica» en el capital de Distrigaz, que le permitía ejercer un veto sobre las decisiones contrarias al interés general, no se consideró suficiente para sostener un control conjunto habida cuenta de que no permitía al Estado ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de la empresa.<sup>163</sup>

La Comisión consideró igualmente que el hecho de que una empresa que posea el control conjunto de una empresa en participación adquiriera de su socio las acciones de éste, consiguiendo así el control exclusivo, constituía una

156. Decisión *Conagra/Idea* de 30 de mayo de 1991 (sin publicar).

157. Decisión *La Redoute/Empire* de 25 de abril de 1991 (sin publicar).

158. Decisión *Société générale de Belgique/Generale de Banque* de 3 de agosto de 1993 (sin publicar).

159. Decisión de 23 de septiembre de 1993 (sin publicar).

160. Decisión de 25 de septiembre de 1992 (sin publicar).

161. Decisión de 13 de septiembre de 1993 (sin publicar). Posteriormente, el 27 de julio de 1994, el asunto fue objeto de una decisión de exención en base al apartado 3 del artículo 85.

162. Decisión *CCIEGTE*, citada *supra*, nota 160.

163. Decisión de 1 de diciembre de 1994, núm. 16 (sin publicar).

concentración en la medida en que la operación suponía un cambio en la «calidad del control».<sup>164</sup> Semejante extensión del concepto de concentración suscita reservas. En cualquier caso, no se puede deducir de ello un principio general según el cual todo incremento del grado de influencia que una empresa puede ejercer sobre otra debe considerarse como una concentración.<sup>165</sup>

Cuando se realiza la operación inversa (transformación de una filial totalmente controlada en empresa en participación por medio de la cesión de una parte de su capital a un tercero), la Comisión también ve en ello una concentración.<sup>166</sup> Tal concepción se halla menos sujeta a reservas, porque en este caso existe adquisición de control—aunque sólo sea conjunto—por un tercero.

La Comisión consideró que no constituían concentraciones, a falta de circunstancias adicionales:

— la adquisición de participaciones cruzadas del 25 %;<sup>167</sup>  
 — el incremento del 5,98 al 12,84 % de la participación en el capital de una sociedad, en una situación en la que el porcentaje de participación en las juntas de accionistas oscilaba anualmente entre el 26,4 y el 34,4 %, pero donde era probable que, como consecuencia de la adquisición, esos porcentajes se elevaran al 33,24 y 41,24 %.<sup>168</sup>

c) *El tratamiento de las filiales comunes en el Reglamento núm. 4064/89*

**908.** En el momento de la adopción del Reglamento núm. 4064/89, se planteó la necesidad de distinguir, entre las filiales comunes, aquellas que deben asimilarse a una concentración. El apartado 2 del artículo 3 de dicho Reglamento refleja las concepciones a que había llegado la Comisión al final de la tercera etapa descrita más arriba. Por una parte, enuncia:

«Una operación, incluida la creación de una empresa común, que tenga por objeto o por efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúan siendo independientes no constituirá una concentración (...)».

Por otra parte, añade:

«La creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente

164. Decisiones *ICI/Troxylde y Tractebel/Distrigaz II*, citadas *supra*, notas 146 y 163, respectivamente.

165. COOK, J., KERSE, C., *op. cit.*, *supra*, nota 113, p. 20.

166. Decisión *Recticel-Cerko Akustik* de 3 de febrero de 1995 (sin publicar).

167. Decisión *Renault/Volvo* de 7 de noviembre de 1990 (sin publicar).

168. Decisión *Mediabanca/Generali* de 19 de diciembre de 1991 (sin publicar).

y no implique coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí ni entre éstas y la empresa común constituirá una operación de concentración (...)».

Para que se considere que una empresa en común tiene carácter «concentrativo», debe cumplir, por tanto, una *condición positiva*—desempeñar con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente—y una *condición negativa*—no implicar una coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, fundadoras entre sí ni entre éstas y la empresa en común—.

En una comunicación publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 14 de agosto de 1990,<sup>169</sup> la Comisión se esforzó por precisar el sentido que debe darse a estos conceptos. Esta comunicación ha sido objeto de numerosas críticas, y la propia Comisión se ha desviado de la misma en muchos casos. Ha sido sustituida por una nueva comunicación publicada el 31 de diciembre de 1994.<sup>170</sup>

1.º *La condición positiva*

La comunicación de 14 de agosto de 1990 concedía mucha importancia a la autonomía que debe tener la empresa en participación respecto de las empresas fundadoras. Llegando a exigir que, dentro de los límites de su objeto social, esté en condiciones de planificar, decidir y actuar con independencia, en función de sus propios intereses económicos, sin tener «el carácter de un instrumento a merced de los intereses del mercado de las empresas fundadoras».<sup>171</sup> Una exigencia de este tipo parecía irrealista en la medida en que la empresa en participación, por definición, ya sea concentrativa o cooperativa, está sometida al control de las fundadoras y en que la inversión que éstas han realizado en la empresa en participación difícilmente permite suponer que se desinteresarán del modo en que ésta es dirigida.

La comunicación de 31 de diciembre de 1994 adopta a este respecto una postura más próxima a la realidad, aunque sigue insistiendo en la necesidad de que la empresa en participación disponga de todos los recursos necesarios, en

169. Comunicación de la Comisión sobre operaciones de concentración y cooperación con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, *DOCE*, núm. C 203, de 14 de agosto de 1990, p. 10.

170. Comunicación relativa a la distinción entre empresas en participación de carácter concentrativo y cooperativo con arreglo al Reglamento núm. 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, *DOCE*, núm. C 385, de 31 de diciembre de 1994, p. 1. El 13 de septiembre de 1996, la Comisión sometió al Consejo una propuesta de reglamento, siendo uno de sus objetos modificar el apartado 2 del artículo 3 del Reglamento, con el fin de incluir en el concepto de concentración a toda empresa en participación «con plenas funciones» (*DOCE*, núm. C 350, de 21 de noviembre de 1996, p. 10).

171. Comunicación de 14 de agosto de 1990, núms. 16 a 19.

términos de financiación, de personal y del activo (material e inmaterial) para ejercer una actividad económica de forma duradera y poder así ser considerada como una empresa en participación con «plenas funciones» (*full function*).<sup>172</sup> No merecerá tal consideración si asume únicamente una función concreta dentro de las actividades económicas de las fundadoras, tales como la inversión y el desarrollo, la producción o la venta, de modo que desempeñe una función auxiliar respecto de las actividades económicas de las fundadoras.<sup>173</sup>

Cuando las empresas fundadoras tienen una presencia importante en mercados ascendentes o descendentes del de la empresa en participación y cuando, como consecuencia de dicha presencia, se producen ventas o compras significativas entre las fundadoras y la empresa en participación, la Comisión considera que ésta es «de plenas funciones» sólo si se trata de una situación provisorial (como máximo tres años) ligada al período de lanzamiento de la empresa en participación. Por el contrario, si las ventas de la empresa en participación a sus fundadoras tienen un carácter duradero y representan una proporción importante de la producción total de la empresa en participación, o cuando no se realizan en base a las condiciones normales de mercado, será dudoso el carácter «de plenas funciones».

En caso de que sea la empresa en participación la que compre a sus fundadoras, según el parecer de la Comisión, «pueden surgir dudas» sobre el carácter «de plenas funciones» de la empresa en participación si el valor que ésta añade a los productos o servicios de que se trate es reducido. Ello no significa que, cuando una empresa en participación sólo ejerce funciones de distribución no pueda ser considerada «de plenas funciones»; no obstante, para ello es preciso que cuente con los recursos necesarios y que obtenga una proporción importante de sus abastecimientos no sólo de sus fundadoras, sino también de otras fuentes competidoras.<sup>174</sup>

La empresa en participación debe ser concebida para funcionar con carácter permanente. La mera existencia en los acuerdos que crean la empresa en participación de disposiciones relativas a su eventual disolución no es óbice para considerarla permanente. En cambio, no se cumple esta condición si la empresa en participación sólo se crea para un período determinado de corta duración, como el período necesario para construir una obra, y no participa en la explotación de la obra tras la conclusión de los trabajos.<sup>175</sup>

## 2.º La condición negativa

La condición negativa supone que ni la creación de la empresa en participación, ni su existencia ni su funcionamiento permitan prever razonablemente que el comportamiento competitivo de las empresas fundadoras se verá influenciado en el mercado de que se trate. No toda forma de cooperación entre las empresas fundadoras respecto a la empresa en participación se opone al

172. Comunicación de 31 de diciembre de 1994, núm. 13.

173. Comunicación de 31 de diciembre de 1994, núm. 14.

174. Comunicación de 31 de diciembre de 1994, núm. 15.

175. Comunicación de 31 de diciembre de 1994, núm. 16.

carácter «concentrativo» de ésta; efectivamente, la creación y el control en común serían imposibles sin una unidad de objetivos entre las matrices por lo que respecta a la persecución de sus intereses. Lo relevante es la coordinación del comportamiento en el mercado.

De conformidad con su práctica anterior, la Comisión estima que no existe riesgo de coordinación cuando las empresas fundadoras ya no operan ni en los mercados de la empresa en participación, ni en mercados próximos o en mercados ascendentes o descendentes del mercado de la empresa en participación.<sup>176</sup> La circunstancia de que las empresas matrices operen en el mismo mercado de producto que la empresa en participación no es óbice al carácter «concentrativo» de ésta si su mercado geográfico es distinto hasta el punto de que pueda descartarse todo riesgo de interacción competitiva.<sup>177</sup>

En contraste con su práctica precedente, la Comisión ya no exige la retirada de todas las empresas matrices del mercado geográfico y de producto de la empresa en participación y de los mercados próximos (o ascendentes o descendentes): el hecho de que una de las matrices permanezca en el mercado de la empresa en participación (o en un mercado próximo, ascendente o descendente) ya no impide considerar que se trata de una concentración.

El riesgo de coordinación será «elevado» cuando varias empresas fundadoras conserven un volumen considerable de actividades en el mercado de la empresa en participación.

Cuando las matrices ejercen sus actividades en un mercado ascendente o descendente del de la empresa en participación o que le es «próximo», el riesgo de coordinación está en función de la importancia relativa de las actividades comunes respecto a las que se ejercen por separado.<sup>178</sup>

La Comisión reconoce que cuando las empresas fundadoras, o la empresa en participación se especializan en segmentos específicos de un mercado de producto, no existe necesariamente riesgo de coordinación si esos segmentos sólo representan una rama menor con relación a sus respectivas actividades principales, o si razones objetivas, tales como la puesta a punto o la explotación de tecnologías relacionadas con sus otras actividades, explican que las empresas matrices sigan asumiendo ciertas actividades al margen de la empresa en participación.<sup>179</sup>

Asimismo, es preciso tener en cuenta la eventual existencia de otros vínculos de cooperación entre las fundadoras en el mercado de la empresa en participación, a los que ésta puede añadir un vínculo adicional reforzando con ello la coordinación ya existente.<sup>180</sup>

Por último, el hecho de que una empresa en participación implique una coordinación del comportamiento competitivo de las empresas matrices no impide presumir que existe concentración siempre que esos elementos de coopera-

176. Comunicación de 31 de diciembre de 1994, núm. 18.

177. *Ibid.*, y núm. 19.

178. *Ibid.*

179. *Ibid.*

180. *Ibid.*

ción revisitan sólo una importancia económica menor respecto al conjunto de la operación.<sup>181</sup>

d) *Critica*

909. La postura adoptada por la Comisión en la comunicación relativa a las operaciones de concentración y de cooperación se expone a las mismas críticas que su práctica anterior.

En efecto, no se ve qué interés pueden presentar para la competencia los diferentes criterios adoptados como necesarios para que se cumpla la condición positiva. ¿En qué medida la circunstancia de que la empresa en participación ejerza actividades «auxiliares» respecto a las de sus matrices, que sea dependiente de éstas para el desarrollo de sus actividades económicas, que su duración sea limitada, que no disponga de su propio personal o de su propia tecnología, permitan prever que presentará más riesgos para el funcionamiento del mercado que en el caso contrario? No está exento de interés subrayar que la idea según la cual una empresa en participación debe ejercer de manera permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma está inspirada en la práctica de la Oficina Federal de patentes alemana,<sup>182</sup> y que el Tribunal Supremo Federal se ha distanciado explícitamente de ella en una sentencia de 1 de octubre de 1985.<sup>183</sup>

A diferencia de la comunicación de 14 de agosto de 1990, la de 31 de diciembre de 1994 no considera que la existencia de un riesgo de coordinación entre una de las empresas fundadoras y la empresa en participación se oponga al reconocimiento del carácter «concentrativo» de esa empresa en participación. Considera, en efecto, que ese riesgo de coordinación «sólo es relevante a estos efectos cuando constituye (la empresa en participación) un instrumento para lograr o reforzar la coordinación entre las empresas matrices».<sup>184</sup> Este giro respecto a la postura

181. *Ibid.* y núm. 20.

182. *Bundeskartellamt Tätigkeitsbericht*, 1978, p. 24.

183. «Mischwerke», *WiW*, 1986, p. 137 (E BGH 2169). *Vid.* también, sobre la práctica alemana antes y después de esta sentencia: LEUBE, J., «Zur Anwendbarkeit der 1 und 23 ff. GWB auf Gemeinschaftsunternehmen», *ZHR*, 1977, p. 313; UMER, P., «Gemeinsame Tochtergesellschaften im Deutschen Konzern – und Wettbewerbsrecht», *ZHR* 1977, p. 466; HUBER, U., «Aktuelle Probleme des Gemeinschaftsunternehmens im Deutschen und Europäischen Wettbewerbsrecht», *WiW*, 1978, p. 677; IMMENGA, U., «Gemeinschaftsunternehmen als Konzern und Zusammenschluss – ein Grundsatzteil des BGH», *ZHR*, 1986, p. 366; STROCKMANN, K., «Verwaltungsgrundsätze und Gemeinschaftsunternehmen», *WiW*, 1988, p. 269; AXSTER, O., «Joint Ventures and Antitrust with Particular Emphasis on the Development of German Antitrust Theory and Practice», 1991 *Ford. Corp. L. Inst.*, p. 599, 606-608.

184. Comunicación de 31 de diciembre de 1994, núms. 8 y 17.

adoptada por la Comisión después del asunto *Philip Morris* no puede sino acogerse favorablemente. En efecto, negarse a reconocer a una empresa en participación el carácter «concentrativo» únicamente porque una de sus matrices opera en el mismo mercado que ella,<sup>185</sup> mientras que la otra matriz no opera en ningún mercado que tenga relación alguna con el de la empresa en participación, puede llevar, en el supuesto de una cesión parcial, a que la aplicabilidad del Reglamento dependa de la cuestión de si el precio pagado consiste en acciones de la empresa adquirente o en metálico, más que de las relaciones competitivas entre las partes.<sup>186</sup>

No obstante, en la medida en que la Comisión siga considerando que la existencia de una filial común, incluso con plenas funciones, está sometida al artículo 85 por el mero hecho de que puede llevar a una coordinación del comportamiento de sus matrices, se expone a las críticas que hemos expresado más arriba.<sup>187</sup> Procede esperar, por tanto, que la propuesta presentada por la Comisión al Consejo el 13 de septiembre de 1996, que pretende someter al Reglamento núm. 4064/89 todas las filiales comunes con plenas funciones,<sup>188</sup> vea la luz próximamente.

e) *La práctica de la Comisión*

910. En la aplicación del Reglamento núm. 4064/89 durante los primeros años, la Comisión debió matizar sensiblemente la aplicación de los criterios expuestos en su comunicación de 14 de agosto de 1990. La comunicación publicada el 31 de diciembre de 1994 tiene en cuenta la experiencia así adquirida.

En el asunto *Mitsubishi/UCAR*,<sup>189</sup> la circunstancia de que Mitsubishi siguiera operando en el mismo mercado en Japón y que pudiera intervenir como agente por cuenta de productores japoneses de los mismos productos no se consideró susceptible de excluir que se trataba de una concentración.

185. Como lo hacía la comunicación de 14 de agosto de 1990 en el núm. 33.

186. *Vid. supra*, núm. 893. La comunicación de 14 de agosto de 1990, sobre este punto, había sido objeto de críticas: HAWK, B.E., «Joint Ventures Under E.C. Law», 1991 *Fordh. Corp. L. Inst.*, pp. 557 y ss.; *ID.*, «Concentrativ-Co-Operative Joint Ventures: Metaphysics and the Law», *Eur. Bus. L. Rev.*, 1992, p. 3; PARTAK, A.S., «EEC Merger Regulation Enforcement During 1992», *Eur. L. Rev.*, 1993, pp. 132, 140-144; HAWK, B.E., HÜSER, H.L., «A Bright Line Shareholding Test to End the Nightmare Under the EEC Merger Regulation», *CML Rev.*, 1993, p. 1.155.

187. *Vid. supra*, núm. 888.

188. *Vid. supra*, nota 170.

189. Decisión de 4 de enero de 1991, no publicada.

En el asunto *Sanofi/Sterling Drug*,<sup>190</sup> la Comisión admitió que se trataba de una concentración a pesar de que Sterling Drug conservaba una implantación en los Estados Unidos en un sector afín y que continuaba sus actividades de investigación de manera independiente.

En el asunto *Dräger/IBM/HMP*,<sup>191</sup> se admitió igualmente la existencia de una concentración a pesar de que IBM seguía operando en mercados afines y continuaba siendo un competidor potencial en el ámbito de la empresa en participación.

En el asunto *ABC/Générale des Eaux/Canal +/W.H. Smith T.V.*,<sup>192</sup> el hecho de que varios socios siguieran ejerciendo actividades en mercados afines no menoscabó la naturaleza «concentrativa» de la operación, al ser esas actividades de escasa importancia.

En el asunto *Thomson/Pitkington*,<sup>193</sup> la circunstancia de que Thomson siguiera operando en el sector de la óptica no se consideró susceptible de obstaculizar una concentración, al estar centradas las actividades de Thomson en Francia mientras que la filial común operaba en el Reino Unido y los mercados en cuestión eran todavía nacionales. Además, los productores fabricados por la filial común y por Thomson eran en gran medida complementarios. Por último, el acuerdo establecía que Thomson tendría la responsabilidad principal de la política de mercado de la filial, de modo que apenas existían posibilidades de competencia entre Thomson y la filial común.

En el asunto *UAP/Transatlantic/Sunlife*,<sup>194</sup> el hecho de que las matrices siguieran operando en el mismo sector que la empresa en participación tampoco mereció mayor consideración. En efecto, esas actividades eran bien limitadas, bien relativas a mercados geográficos diferentes. Además, por lo que se refiere a UAP, no era razonable esperar que, habiendo invertido en la filial común y ejerciendo el control operativo de ésta, se viera inclinada a penetrar en el mercado de la filial común de manera independiente.

En el asunto *TNT/Canada Post y otros*,<sup>195</sup> la Comisión reconoció que se trataba de una concentración a pesar de que determinadas actividades de la empresa en participación podían subcontratarse a los fundadores, que éstos estaban encargados de distribuir sus servicios en calidad de agentes y que algunas de esas actividades podían entrar en competencia con las de los fundadores. En efecto, la Comisión consideró que, habida cuenta de los procedimientos de

190. Decisión de 10 de junio de 1991, no publicada.

191. Decisión de 28 de junio de 1991, no publicada.

192. Decisión de 10 de septiembre de 1991, no publicada.

193. Decisión de 23 de octubre de 1991 (sin publicar). Esta teoría, denominada del «*leadership industrial*», ha sido utilizada posteriormente por la Comisión en varias ocasiones para considerar «concentrativas» a empresas en participación que ejercen sus actividades en el mismo ámbito que una sola de sus matrices: *vid.* decisiones *Air France/Sabena* de 5 de octubre de 1992, *BAIAT* de 27 de noviembre de 1992, *Thyssen/Balzer* de 7 de octubre de 1993, *Vestvius/Wilfrath* de 5 de septiembre de 1994 y *Shell/Montecatini* de 8 de junio de 1994 (sólo esta última decisión ha sido publicada).

194. Decisión de 11 de noviembre de 1991 (sin publicar).

195. Decisión de 2 de diciembre de 1991 (sin publicar).

toma de decisión en el seno de la empresa en participación y de los intereses comerciales en juego, no era probable una coordinación del comportamiento de las fundadoras entre sí ni con la empresa en participación.

En el mismo orden de ideas, en el asunto *Daimler-Benz/RWE*,<sup>196</sup> la Comisión consideró que el hecho de que una parte de los productos de la filial común fuera vendida por filiales de las sociedades matrices no impedía que se tratara de una empresa autónoma, dado que la cooperación con esas sociedades se haría en un plano de igualdad (*arm's length basis*).

En el asunto *Eucom/Digital*,<sup>197</sup> la Comisión admitió el carácter concentrativo al comprobar que la empresa en participación no dependería de sus matrices para sus actividades de investigación y comercialización; además, no era económicamente racional para las sociedades fundadoras penetrar en el mercado de la empresa en participación, a pesar de la proximidad existente entre éste y aquéllos en los que ellas operaban.

En el asunto *Thomas Cook/ITU/West LB*,<sup>198</sup> la circunstancia de que Thomas Cook y ITU ejercieran ambas sus actividades en los sectores de los viajes y de la organización de circuitos no se opuso al reconocimiento del carácter concentrativo dado que esas actividades se ejercían en mercados geográficos distintos.

Otras decisiones reconocen que el hecho de que las partes conserven actividades concurrentes o afines a las de la empresa común no es óbice para considerar que esa empresa tiene carácter concentrativo cuando esas actividades tienen escasa importancia, se ejercen en mercados geográficos diferentes o está previsto que su duración será limitada.<sup>199</sup> Cuando la operación afecta a una empresa pública y otra empresa pública controlada por el mismo Estado opera en el mismo sector, la Comisión examina si, de hecho, las dos empresas públicas son dirigidas como entidades autónomas o si, por el contrario, sus actividades comerciales se coordinan por su accionista común, a saber, el Estado.<sup>200</sup>

En determinados asuntos, la Comisión se negó a considerar que se trataba de empresas en participación de carácter concentrativo.

196. Decisión de 20 de junio de 1994 (sin publicar).

197. Decisión de 18 de mayo de 1992 (sin publicar).

198. Decisión de 14 de julio de 1992 (sin publicar).

199. Decisiones *Elf Atochem/Rohm and Haas* de 28 de julio de 1992; *Rhône-Poulenc/Siata* de 10 de agosto de 1992; *Steeley/Tarmac* de 12 de febrero de 1992; *Ericsson/Ascom* de 8 de julio de 1992; *Pechiney/Viug* de 10 de agosto de 1992; *Air France/Sabena* de 5 de octubre de 1992; *Northern Telecom/Marta Telecommunication* de 10 de agosto de 1992; *Avesta/British Steel/NCC/AGN/Axel Johnson* de 4 de septiembre de 1992; *British Airways/TAT* de 27 de noviembre de 1992; *SITA-RPC Scott* de 19 de marzo de 1993; *Agorn/Scottish Equitable* de 25 de junio de 1993; *BHE/CC/Charterhouse* de 30 de agosto de 1993; *Thyssen/Balzer* de 7 de octubre de 1993; *Mc Cormick/PC/Rabobank/Osiman* de 29 de octubre de 1993 (todas sin publicar).

200. Decisión *Texaco/Norsk Hydro* (sin publicar).

Así, en el asunto *Baxter/Nestlé/Salvia*,<sup>201</sup> la Comisión tuvo en cuenta que las marcas no habían transferido a la empresa en participación todas sus patentes y su *know-how* en el ámbito de ésta, que ejercían actividades de producción y de investigación y desarrollo por cuenta de la empresa en participación como subcontratistas y que distribuían los productos con sus marcas respectivas para considerar que no se trataba de una operación de concentración.

En el asunto *BSN-Nestlé/Cokoladovry*,<sup>202</sup> la Comisión, al tiempo que admitió que la operación suponía «una modificación permanente de la estructura de las empresas afectadas», ya que la empresa en participación «desempeña de manera permanente todas las funciones de una entidad económica independiente», y que no exista ningún riesgo significativo de coordinación entre las matrices, al no ser éstas competidores ni actuales ni potenciales, consideró que había un riesgo de coordinación, que califica de vertical, entre la empresa común y sus matrices habida cuenta de la posibilidad de que la empresa común pudiera «a más largo plazo» exportar sus productos en el mercado de aquéllas. Semejante razonamiento es criticable dado que el riesgo de «coordinación» denunciado no es sino la consecuencia normal del ejercicio por cada una de las matrices de su poder de control sobre la empresa en participación.

En el asunto *Riachigas/Vegeta*,<sup>203</sup> se negó el carácter concentrativo debido a que la empresa en participación ejercía una mera función auxiliar y se encontraba en relación de proveedor y comprador respecto a las matrices.

En el asunto *Pasteur-Mérieux/Merck*,<sup>204</sup> el hecho de que la empresa en participación no ejerciera actividades de investigación ni de producción y que las cláusulas relativas a los derechos de propiedad industrial permitieran a las empresas fundadoras penetrar independientemente de nuevo en el mercado impidió a la Comisión considerar que se trataba de una concentración.

En algunas otras decisiones sin publicar,<sup>205</sup> la Comisión también se ha negado a reconocer que se trataba de concentraciones en base a que las matrices seguían ejerciendo importantes actividades en los mismos mercados o en mercados próximos a los de la empresa en participación.

En conclusión, se aprecia que, por regla general, la Comisión, antes de la adopción de su comunicación de 31 de diciembre de 1994, ya consideraba que el hecho de que las empresas fundadoras permanecieran en el mismo mercado o en un mercado vinculado al de la empresa en participación no impedía reconocer a ésta un carácter concentrativo cuando se cumplía una de las tres condiciones siguientes:

- 201. Decisión de 6 de febrero de 1991 (sin publicar).
- 202. Decisión de 17 de febrero de 1992 (sin publicar).
- 203. Decisión de 13 de abril de 1992 (sin publicar).
- 204. Decisión de 5 de julio de 1993 (sin publicar).
- 205. *Apollinaris/Schweppes* de 24 de junio de 1991, *Elf/Entreprise* de 24 de julio de 1991, *Hebwi/RR* de 28 de abril de 1992, *Kaize-Tabacalera/Eltasua* de 28 de julio de 1992, *VTG/BPTL* de 12 de octubre de 1992 y *British Telecom/MCI* de 13 de septiembre de 1993.

— el mercado en cuestión es geográficamente distinto al de la empresa en participación;

— las actividades de que se trate sólo tienen una escasa importancia relativa;

— la empresa presente en el mercado de la empresa en participación adquiere, en virtud de acuerdos, la responsabilidad principal sobre la política industrial y comercial de la filial (teoría del «*leadership industrial*»);<sup>206</sup>

La comunicación de 31 de diciembre de 1994 amplía esta última hipótesis para incluir en ella todos aquellos casos en los que una sola empresa fundadora permanece presente en el mercado de la empresa en participación o en un mercado próximo, incluso cuando esa empresa no sea tributaria del «*leadership industrial*».

#### f) *Tratamiento acelerado de las empresas en participación de carácter cooperativo estructurales*

911. La dificultad práctica para distinguir claramente entre las empresas en participación concentrativas y las empresas en participación cooperativas por una parte, y las diferencias existentes en el tratamiento de unas y otras a nivel de procedimiento, por otra, llevaron a la Comisión, desde comienzos de 1993, a esforzarse por acelerar el trato reservado a las empresas en participación que, sin tener carácter concentrativo, implican, no obstante, una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes, especialmente estableciendo la puesta en común de las funciones de producción, o de producción y venta de las sociedades matrices. Según este nuevo procedimiento, a partir de la recepción de la notificación realizada con arreglo al Reglamento núm. 17,<sup>207</sup> la Comisión publica el contenido esencial de las disposiciones del acuerdo instando a los terceros interesados a presentarle sus observaciones. En el plazo de dos meses, la Comisión remite a las partes bien una carta administrativa de compatibilidad, bien una carta de advertencia, anunciando su intención de proceder a un examen en profundidad. Si la Comisión estima necesario resolver el asunto me-

206. Para una crítica de esta teoría, *vid.* PATRIK, A.S., artículo citado *supra*, nota 186, *Eur. L. Rev.*, 1993, pp. 132, 145-148.

207. Para beneficiarse del procedimiento acelerado, la notificación debe contener una información más detallada relativa al mercado de que se trate y a la posición de las partes y de sus competidores en éste que en el caso de una notificación normal. *Vid.* el punto D de la parte introductoria del formulario AB, anexo al Reglamento núm. 3385/94 de la Comisión, así como el capítulo III de la «Parte operativa» de ese formulario.

dante una decisión formal, ya positiva, ya negativa, informará a las partes, con carácter indicativo, de los plazos en que piensa adoptarla.<sup>209</sup>

### § 3. Evaluación de las concentraciones

#### a) Principio de incompatibilidad

912. Se declararán incompatibles con el mercado común las concentraciones 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.<sup>208</sup> A diferencia de lo previsto en los proyectos que precedieron a la adopción del Reglamento núm. 4064/89, no basta con que la concentración cree una posición dominante, ni siquiera con que la refuerce, sino que es preciso, además, que sea susceptible de obstaculizar la competencia «significativamente».

Esta exigencia adicional no plantea dificultades cuando se trata de evaluar las operaciones que crean una posición dominante. En efecto, la posición dominante, en sí misma, no es incompatible con el mercado común. En su sentencia *United Brands*, el Tribunal de Justicia afirmó que el concepto de posición dominante no era incompatible con el mantenimiento de una competencia en el mercado.

En cambio, es más difícil evaluar el alcance de esta condición cuando se trata de operaciones que refuerzan una posición dominante. Resulta difícil imaginar cómo una concentración cuyo efecto sería reforzar una posición dominante no sería susceptible de obstaculizar la competencia de forma significativa. Únicamente cuando el refuerzo tiene sólo una importancia absolutamente marginal es posible considerar que no constituye un obstáculo significativo al funcionamiento del mercado. Por ello, a nuestro entender, la única interpretación coherente de esta condición es considerar que tiene el objetivo de permitir declarar compatibles con el mercado común las concentraciones que sólo suponen un reforzamiento mínimo de una posición dominante existente.<sup>210</sup>

En uno de los asuntos en los que condenó una operación de concentración, la Comisión interpretó esta condición en el sentido de que una

208. 22.º Inf. Comp., núms. 122 a 124.

209. Artículo 2, apartado 3, del Reglamento.

210. En este sentido: LANGHEINE, B., «Substantive Review Under the EEC Merger Regulations», *1990 Fordh. Corp. L. Rev.*, pp. 481-485; VENIT, J.S., «The Evaluation of Concentrations Under Regulation 4064/89: The Nature of the Beast», *ibid.*, pp. 519-545; JONES, Ch., GONZÁLEZ DÍAZ, E., *op. cit.*, *supra*, nota 113, p. 167.

concentración que implica la creación de una posición dominante puede ser compatible con el mercado común «si hay pruebas claras de que esta posición es temporal y es muy probable que se produzca la entrada en el mercado de otros competidores». <sup>211</sup> Esta interpretación es crítica: en efecto, cuando la cuota de mercado importante que posee una empresa sólo tiene carácter precario, dicha cuota no indica la existencia de una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.

#### b) Criterios de apreciación

913. En la evaluación de las concentraciones, la Comisión deberá tener en cuenta:

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

b) la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia».<sup>212</sup>

Esta enumeración deja un amplio margen de apreciación a la Comisión. En efecto, no indica ninguna prelación entre los diferentes factores a tener en consideración.<sup>213</sup>

Obsérvese que las letras (a) y (b) no se sitúan en el mismo nivel. Mientras que la letra (a) indica el objetivo perseguido por el control de las concentraciones, la letra (b) contiene una lista de indicios que deben utilizarse para apreciar el poder de mercado de las empresas.

Por otro lado, afirmar que, para evaluar si una concentración debe declararse incompatible con el mercado común debido al obstáculo que supone para la competencia efectiva,<sup>214</sup> es preciso tener en cuenta «la

211. Decisión *Aerospatiale-Alenia/De Havilland* de 2 de octubre de 1991, *DOCE*, núm. L 334, de 5 de diciembre de 1991, p. 42, núm. 53.

212. Artículo 2, apartado 1, del Reglamento núm. 4064/89.

213. Existe el riesgo de una inseguridad jurídica derivada de ello: *vid.* FRIGNANT, A., «Il controllo delle concentrazioni nella CEE - Disciplina e messa in opera», *Giurisprudenza piemontese*, núm. 4, pp. 631, 642.

214. Artículo 2, apartado 3, del Reglamento núm. 4064/89.

necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva» apenas presenta utilidad para el intérprete.

Mientras que el decimotercer considerando del preámbulo afirma la necesidad de situar la apreciación de las concentraciones en el marco de los objetivos fundamentales del Tratado, incluido el de reforzar la cohesión económica y social, resulta sorprendente constatar, en el texto del Reglamento, la ausencia de toda referencia a los objetivos de política industrial, regional o social. Según dicho texto, únicamente deben tomarse en consideración los efectos de la concentración sobre la competencia. Esta constatación no queda desvirtuada por la referencia, al final del apartado 1, letra (b), del artículo 2 a la evolución del progreso técnico y económico, al estar esta calificada por la exigencia de no constituir un obstáculo a la competencia. La *efficiency defence*, cuya admisibilidad en Derecho antitrust americano se discute después de la sentencia *General Dynamics*,<sup>215</sup> no parece, pues, poder invocarse en Derecho comunitario para justificar una concentración que respondera al criterio de incompatibilidad enunciado en el apartado 3 del artículo 2.<sup>216</sup> La ausencia de todo criterio numérico en el apartado 1 del artículo 2 queda compensada con la indicación, en el decimoquinto considerando del preámbulo, de que una operación que lleve a conferir a las empresas afectadas una cuota de mercado que no supere el 25 % generalmente se presumirá compatible con el mercado común. No obstante, sólo se trata de una «indicación» y no de una norma imperativa para la Comisión.

El Derecho comunitario no conoce la «presunción de ilegalidad» para las concentraciones que conlleven cuotas de mercado de un nivel determinado.<sup>217</sup> A diferencia del Derecho alemán, el Reglamento no establece la presunción de que las concentraciones que confieren a las partes una cuota de mercado determinada, salvo prueba en contrario, obstaculizan la competencia de forma significativa. Semejante omisión merece nuestra aprobación. En efecto, dada la tendencia de la Comi-

215. *U.S. v. General Dynamics*, 415 U.S. 486 (1974). *Vid.* también AREEDA, Ph., TURNER, D., volumen IV (1980), p. 941; FISHER, A., LANDE, R., «Efficiency Considerations in Merger Enforcement», *California Law Review*, 1983, p. 1580.

216. En este sentido VENTR, J.S., artículo citado, 1990 *Fourth. Corp. L. Inst.*, pp. 519-523; LANGHEINE, B., artículo citado, *ibid.*, pp. 481-500; IMMENGA, U., «Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch Europäische Fusionskontrolle», *WZW*, 1990, pp. 371, 377 a 379; WINCKLER, A., GERONDEAU, S., «Étude critique du règlement CEE sur le contrôle des concentrations», *RMC*, 1990, pp. 541-548; JACQUEMIN, A., «Stratégies d'entreprise et politique de la concurrence dans le marché unique européen», *Revue d'économie industrielle*, 1991, pp. 7-20. La «*efficiency defence*» no fue reconocida por la Comisión: *vid. infra*, núm. 914.

217. *Vid.* la noción de «*presumptive illegality*» empleada en Derecho americano desde la sentencia *US v. Philadelphia National Bank*, 384 US 270 (1966) y los «*safe harbors*» descritos en las *Merger Guidelines* de 1984.

sión a definir mercados extremadamente limitados, la seguridad jurídica que proporcionarían tales indicaciones cifradas sería ilusoria.

### c) La práctica de la Comisión

914. La Comisión, en su evaluación de las concentraciones sometidas a su examen desde la entrada en vigor del Reglamento, ha realizado una aplicación flexible de los criterios del apartado 1 del artículo 2.<sup>218</sup> Incluso en los casos en que la concentración permitía a las partes adquirir cuotas de mercado elevadas, la Comisión ha tenido en cuenta la competencia potencial,<sup>219</sup> la evolución del mercado,<sup>220</sup> la presión competitiva procedente de productores que ejercen sus actividades en mercados geográficos o de productos próximos,<sup>221</sup> el interés de los consumidores en beneficiarse de una gama más amplia de productos dirigiéndose a un único oferente,<sup>222</sup> la contribución de la concentración a la intensificación de los esfuerzos de investigación y desarrollo de las partes,<sup>223</sup> los cambios previstos del marco reglamentario que permiten prever una mayor competencia en un futuro próximo,<sup>224</sup> así como el poder de negociación que podían hacer valer los compradores.<sup>225</sup> La Comisión, en su análisis, ha tomado en consideración no sólo las relaciones de competencia horizontal existentes entre las partes, sino también los efectos de la operación en sus relaciones verticales<sup>226</sup> o conglomerales.<sup>227</sup> La Comi-

218. Se abstuvo de emplear criterios matemáticos de aplicación, tales como el índice C4 y el índice Hirschmann-Herfindahl que estuvieron sucesivamente en boga en los Estados Unidos.

219. Decisiones *Aérospatiale/MBB* de 25 de febrero de 1991 (sin publicar); *Fiat Geotech/Ford New Holland* de 8 de febrero de 1991, sin publicar; *Alcatel/Telettra* de 12 de abril de 1991; *Mannesmann/Boge* de 23 de septiembre de 1991 (sin publicar).

220. En la decisión *Fiat Geotech/Ford New Holland* antes citada, la Comisión tuvo en cuenta el hecho de que la cuota de mercado de Fiat estaba disminuyendo y que los competidores tenían capacidades sin utilizar. En la decisión *Digital/Philips* de 2 de septiembre de 1991, sin publicar, la Comisión consideró que una cuota de mercado importante no indica necesariamente un poder de mercado cuando el mercado está en rápido crecimiento.

221. Decisiones *Sandoz/Sterling Drug* de 10 de junio de 1991 (sin publicar); *Viag/Continental Can* de 6 de junio de 1991 (sin publicar); *Costa Crociere/Chargers/Accor* de 19 de julio de 1993 (sin publicar).

222. Decisión *Hoechst/Schering* (sin publicar).

223. *Ibid.*

224. Decisión *Alcatel/AEG Kabel* de 18 de diciembre de 1991 (sin publicar); decisión *Mannesmann/Hoesch* de 12 de noviembre de 1992.

225. Decisión *Renault/Volvo* de 7 de noviembre de 1990 (sin publicar); decisión *Alcatel/Telettra* de 12 de abril de 1991, *DOCE*, núm. L 122, de 17 de mayo de 1991, p. 48.

226. En tres de las decisiones negativas adoptadas hasta la fecha, fueron ante todo los efectos verticales de las concentraciones de que se trataba las que llevaron a la Comisión a considerar que la operación era incompatible con el mercado común: *vid.* decisiones *MSG*

sión tiene en cuenta la necesidad de evitar que la concentración conduzca, a través de la consolidación de posiciones dominantes a nivel nacional, a la compartimentación de los mercados.<sup>226</sup>

Las decisiones adoptadas hasta la fecha no permiten afirmar que la Comisión se halla legitimada para hacer prevalecer consideraciones de política social, industrial, tecnológica o regional sobre el imperativo del mantenimiento de la competencia. Ninguna de sus decisiones se basa en tales razones para autorizar concentraciones que responden al criterio de incompatibilidad del apartado 3 del artículo 2.<sup>226</sup> Por el contrario, en la decisión *Aéropostale-Alenia/de Havilland* de 2 de octubre de 1991, la Comisión prohibió una concentración que conducía a reforzar la industria aeronáutica europea al permitirle ofrecer una gama más completa de productos a una clientela ampliada, debido a las consecuencias anticompetitivas que esa concentración hubiera tenido para los competidores, tanto comunitarios como de países terceros.<sup>226</sup>

En el asunto *MSG Media Service*, las partes alegaban que su concentración estimularía la difusión de la televisión digital al permitir el establecimiento de una infraestructura digital para la televisión de pago en la República Federal de Alemania. La Comisión consideró que al permitir combinar los recursos de la

*Media Service* de 9 de noviembre de 1994, *Nordic Satellite Distribution* de 19 de julio de 1995 y *RTV/Vernica/Endemol* de 20 de septiembre de 1995. Vid. también la decisión *Alcatel Telettra* antes citada. En la decisión *Shell/Montecatini* de 8 de junio de 1994, la Comisión tuvo en cuenta el efecto que una concentración entre dos importantes productores de polipropileno hubiera tenido en el mercado de la tecnología necesaria para fabricar tal producto para exigir a las partes que excluyeran de la concentración sus actividades en ese ámbito. Asimismo, en la decisión *Du Pont/ICI* de 30 de septiembre de 1992, la Comisión consideró que el hecho de que la operación permitiera a Du Pont incrementar su integración vertical y reducir así sus costes colocaría a Du Pont en una situación ventajosa respecto a sus competidores de menor talla. Por tanto, la Comisión impuso a Du Pont la obligación de poner capacidad de producción a disposición de terceros como condición para la concesión de una decisión de autorización.

227. Vid. especialmente la decisión *ATT/NCR* de 18 de enero de 1991, sin publicar y la decisión *Tetra Pak/Alfa Laval* de 17 de julio de 1991.

228. Decisión *MSG Media Service* de 9 de noviembre de 1994, núm. 60.

229. Ello no significa, por supuesto, que la Comisión se niegue a tener en cuenta consideraciones de este orden cuando la concentración no conduce a la creación o al reforzamiento de una posición dominante susceptible de obstaculizar la competencia de manera significativa: vid. por ejemplo, la decisión *Aéropostale/MMB* de 25 de febrero de 1991, sin publicar. La Comisión tuvo en cuenta el objetivo de cohesión económica y social en la decisión *Kali und Salz/Mdk/Treuhand* de 14 de diciembre de 1993, núms. 70 a 77 y 95. La toma en consideración de las consecuencias sociales de una concentración ha sido aprobada por el Tribunal de Primera Instancia: vid. sentencias de instancia de 27 de abril de 1995 en los asuntos *Perrier y Vitel*, considerandos 28 y 38, respectivamente.

230. Por tal motivo, la decisión ha sido objeto de críticas; a veces muy duras, tanto desde fuera como desde dentro de la Comisión: vid. «Bangenmann hits out at competition» *Ayato-Illias*, *Financial Times*, 11 febrero de 1992.

empresa Deutsche Bundespost Telekom, que explota el 90 % de las redes de cable de Alemania, con Bertelsmann AG y el grupo Kirch que controla (con Canal +) el único emisor de televisión de pago (la cadena Primera) de ese país, la concentración proyectada crearía una posición dominante en el mercado de los servicios técnicos y administrativos en Alemania; además, crearía o reforzaría la posición dominante de Bertelsmann y de Kirch como emisores de televisión de pago, así como la de Telecom como operador de las redes de cable. Al tiempo que reconocía que el éxito de la televisión digital está subordinado a la existencia de una infraestructura digital, y que la concentración podría, por tanto, contribuir al progreso técnico y económico, la Comisión prohibió, sin embargo, la operación, subrayando que la referencia a este criterio «se entiende bajo la condición de que no se obstaculice la competencia».<sup>227</sup>

La necesidad de adaptar la oferta de productos a una demanda en declive tampoco puede primar sobre consideraciones de mantenimiento de la competencia.

En el asunto *Mannesmann/Vallourec/ILVA*, la Comisión consideró que «si bien es cierto que una operación de concentración puede reducir el exceso de capacidad estructural y mitigar los efectos de la recesión, (...) hay que velar por que el mayor nivel de concentración obtenido no cree una situación de dominio conjunto que pueda afectar de manera continuada a la competencia».<sup>228</sup>

Tampoco consideraciones de mantenimiento del empleo pueden, por sí solas, justificar una concentración si ésta es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva.

En el asunto *Kali + Salz/Mdk/Treuhand*, la Comisión, no obstante, tuvo en cuenta tales consideraciones en el marco de la aplicación de la *failing company defence*<sup>229</sup> para juzgar si un proyecto alternativo de concentración que hubiera permitido dañar menos la competencia al tiempo que sólo hubiera permitido salvar un número considerablemente inferior (536 en lugar de 3.000) de empleos constituía una «alternativa comparable» a la operación que se le había notificado.<sup>230</sup> La Comisión concluyó que tal operación «es coherente con el objetivo fundamental de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad, al que se hace referencia en el considerando 13 del Reglamento de concentraciones».<sup>231</sup>

231. Decisión de 9 de noviembre de 1994, núm. 100. La «*efficiency defence*» tampoco se aceptó en el asunto *Accor/Wagons-Lits* (decisión de 28 de abril de 1992).

232. Decisión de 31 de enero de 1994, núm. 53.

233. Vid. a este respecto *Infra*, núm. 916.

234. Decisión de 14 de diciembre de 1993, núm. 90.

235. *Ibid.*, núm. 95.

d) *Reforzamiento de una posición dominante colectiva*

915. En la decisión *Nestlé/Berrier* de 22 de julio de 1992, la Comisión consideró que podía recurrir al concepto de posición dominante colectiva para prohibir una concentración que llevaba a la creación de un duopolio. La Comisión considera que, a pesar de que el Reglamento no menciona expresamente la posibilidad de que una posición dominante sea ostentada por varias empresas, es preciso admitir tal posibilidad, so pena de crear una fisura en el sistema del Tratado que persigue mantener una competencia efectiva con el fin de preservar el buen funcionamiento del mercado común.

No obstante, la creación de un duopolio no está prohibida *per se*. Todo depende de la apreciación de la situación competitiva del mercado<sup>236</sup> y de la posición respectiva que ocupen en éste las empresas de que se trate. Los principales factores que la Comisión tendrá en cuenta son los siguientes:

— condiciones estructurales del mercado (mercado que ha llegado a la madurez, estancamiento de la demanda, escasa importancia de la innovación, inelasticidad de la demanda en relación a los precios, existencia de excesos de capacidad productiva, transparencia, homogeneidad de los productos que incitan intensamente a un comportamiento anticompetitivo);

— similitudes en las posiciones de las partes en el mercado (dimensiones y cuotas de mercado similares, reservas de capacidad que les permitan reaccionar inmediatamente a cualquier política agresiva de ventas de otro productor, estructuras de costes análogos) y en su comportamiento (tarifas de precios y descuentos de similar estructura, modificaciones paralelamente y en fechas próximas, ausencia de competencia agresiva de precios);

— ausencia de competencia efectiva o potencial por parte de terceros que dispongan de capacidad suficiente para aumentar sus ventas en caso de alza de precios por los miembros del duopolio;

— existencia entre las partes de vínculos de cooperación en mercados geográficos diferentes.

236. *Vid.* también las decisiones *Rhône-Poulenc/SNIA* de 8 de septiembre de 1993 y *Kyor-Bremer/Alfred Sigurd* de 15 de octubre de 1993 (no publicadas) así como las decisiones *Kali + Solitz/Mdk/Treuhand* de 14 de diciembre de 1993, *Mannesmann/Valdurac/Itva* de 31 de enero de 1993, *ABB/Daimler-Benz* de 18 de octubre de 1995 y *Gencor/Lomho* de 24 de abril de 1996. Sobre el concepto de posición dominante colectiva, *vid. supra*, núms. 236 y 245. Sobre la posibilidad de aplicar el Reglamento a concentraciones que crean una posición dominante colectiva, *vid.* VENIT, J.S., artículo citado, 1990 *Fordh. Corp. L. Inst.*, pp. 519, 531 a 544; PATTAK, A.S., artículo citado, *Eur. L. Rev.*, 1993, pp. 158-160. La cuestión fue objeto de un recurso en el asunto *Gencor/Lomho* (*vid. supra*, nota 139).

e) *Las concentraciones de saneamiento*

916. En un caso, la Comisión autorizó una concentración, a pesar de que resultaba de la misma una cuota de mercado del 98 %. La Comisión tuvo en cuenta que ningún otro productor competidor hubiera estado dispuesto a comprar la empresa adquirida. Gracias a la concentración, dicha empresa podría reestructurarse y racionalizar su capacidad de producción cerrando varias minas no rentables. La operación se acompañaba de una ruptura de los vínculos que habían existido anteriormente entre la empresa adquirente y su principal competidor extranjero. Aunque no se hubiera producido la concentración, la empresa adquirida hubiera desaparecido del mercado y el adquirente hubiera ocupado su cuota de mercado, de modo que el efecto sobre la competencia hubiera sido idéntico. No existía ninguna solución alternativa comparable. La Comisión concluyó de ello que no existía incompatibilidad con el mercado común en el sentido del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento.<sup>237</sup> Habida cuenta de las particulares circunstancias de este asunto, pensamos que debe aprobarse esta aplicación de la *falling company defence*, acogida por el Derecho antitrust americano.<sup>238</sup>

§ 4. *Aplicación del control*a) *Ausencia de un procedimiento de denuncia*

917. A diferencia del Reglamento núm. 17, el Reglamento núm. 4064/89 no prevé un procedimiento de denuncia. Evidentemente, ello no impide que un tercero interesado pueda denunciar a la Comisión una concentración que se hubiera realizado sin ser regularmente notificada.<sup>239</sup>

237. Decisión *Kali und Solitz/Mdk/Treuhand* de 14 de diciembre de 1993.

238. En la decisión *Kali/American Express* de 20 de agosto de 1991 (sin publicar), la Comisión había autorizado una concentración que tenía por objeto una operación de salvamento. La Comisión ponía de relieve que, incluso definiendo los mercados de la forma más estrecha posible, la operación sólo suponía un incremento mínimo de las cuotas de mercado de los interesados. Esta decisión, a diferencia de la decisión *Kali und Solitz/Mdk/Treuhand*, no se pronunciaba claramente sobre la admisibilidad, en Derecho comunitario de la competencia, de la *falling company defence* (sobre esta teoría, *vid.* las sentencias *International Shoe Co. v. F.T.C.*, 280 U.S. 291 (1930); *Citizen Publishing Co. v. U.S.*, 394 U.S. 131 (1969); *General Dynamics* antes citada).

239. MOAVERO MILANESI, E., «Il nuovo regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni tra imprese», *Rivista delle società*, 1990, p. 225.