

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA
(Grupo español de la Ligue Internationale du Droit de la
Concurrence – LIDC)
Pº de la Castellana, 35, 2ª Planta, 20846 Madrid
Tlf. 91 788 73 91 / Fax 91 319 19 40
www.aedc.es

European Commission
Directorate-General for Competition
Consultation Jurisdictional Notice
Merger Registry
B-1049 Brussels
Fax (32-2) 296 43 01
E-mail: comp-jurisdictional-notice@ec.europa.eu

COMENTARIOS DE LA
ASOCIACION ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
SOBRE EL
BORRADOR DE COMUNICACIÓN CONSOLIDADA DE LA COMISIÓN
SOBRE JURISDICCION EN MATERIA DE CONTROL DE
CONCENTRACIONES

Madrid/Barcelona, 30 de Noviembre de 2006

1.- Introducción

La Asociación Española de Defensa de la Competencia (la “AEDC”) se complace en someter a la Comisión Europea (la “Comisión”) las presentes observaciones sobre el Borrador de Comunicación consolidada de la Comisión sobre Jurisdicción en materia de control de concentraciones.

El presente documento se divide en las siguientes partes.

- Observaciones generales
- Concepto de concentración
- Dimensión comunitaria

2.- Observaciones generales

Antes de nada, hemos de expresar nuestra felicitación a la Comisión por la iniciativa adoptada. La consolidación en una sola Comunicación de los contenidos antes repartidos en cuatro comunicaciones, más la lógica actualización derivada de la evolución de la práctica decisonal y la jurisprudencia, dan como resultado un texto de gran relevancia práctica para asesores y empresas, así como una puesta al día sin duda necesaria por el tiempo transcurrido desde la adopción de las Comunicaciones que ahora se reemplazan.

La tarea llevada a cabo por la Comisión es encomiable. Desde la AEDC hemos de agradecer el esfuerzo de síntesis y actualización llevado a cabo por los Servicios de la Comisión, que han dado como resultado un excelente texto. Sin perjuicio de ello, esperamos comprendan que, por mor de tiempo y eficacia, nuestros comentarios se centren en aquellos aspectos del borrador que, a nuestro modesto entender, pueden ser susceptibles de mejora o aclaración. Este enfoque no resta un ápice a nuestra valoración positiva general.

3.- Concepto de concentración (Apartado B del borrador de Comunicación)

3.1 Fusión y adquisición de control

Es evidente que el artículo 3(1) del Reglamento de Control de Concentraciones (“RCC”) contempla dos categorías de concentraciones: las que resultan respectivamente de la fusión y de la adquisición de control. El borrador de Comunicación refleja evidentemente esta distinción. Sin embargo, tal y como refleja la nota al pie número 9 del borrador de Comunicación, uno y otro concepto no dejan de participar de una misma naturaleza. Las fusiones de empresas son concentraciones cuando quienes se fusionan son empresas independientes, y para determinar dicha independencia se debe acudir al concepto de control. De este modo, la fusión no es en el fondo más que una operación de cambio de control. La distinción debe mantenerse, pues el RCC la prevé y las fusiones presentan interesantes

características singulares, pero en el fondo el análisis es el mismo. Atendiendo al principio de que, en el análisis competencial, el fondo debe prevalecer sobre la forma, esta distinción entre fusión y adquisición no debe ser fundamental en un documento como este borrador de Comunicación.

3.2 Concepto de control y sistemática

La sistemática del apartado “1. Concept of Control”, en nuestra opinión, es mejorable. En efecto, el primer punto de dicho apartado debería consistir en un tratamiento más o menos pormenorizado de la definición de qué se entiende por control. Entendemos que ese apartado no existe como tal, y que podría incluirse. En efecto, la definición de control no aparece hasta el párrafo 13, después de haberse tratado la cuestión de quién adquiere el control, y se limita a enunciar la fórmula general “*the possibility of exercising decisive influence on an undertaking*”. Nada más se dice sobre qué quiere decir “*decisive influence*”, cuestión que sólo se aborda en el párrafo 50 de manera tácita al hablar de “*strategic decisions*” y con un poco más de detalle en sede de “*Joint Control*” a partir del párrafo 63, y sólo en relación precisamente con el tema del control conjunto. Por ello, posiblemente sería más claro iniciar este apartado con una sección dedicada a definir y explicar los diferentes elementos del control (posibilidad de ejercer influencia efectiva sobre las decisiones estratégicas de la empresa, posibilidad de determinar o bloquear dichas decisiones –control positivo o negativo–, conceptualización de qué constituye decisiones estratégicas, etc.)

Siguiendo con la sistemática, posteriormente podría incluirse todo lo que se contiene en el actual apartado 1.3 “*Object of control*”, pues ilustra debidamente cuál es el contenido del control. Así, y una vez definido el primer elemento de la concentración (el control), debería abordarse el segundo elemento, la adquisición del mismo. Por ello, la siguiente sección dentro de este apartado debería ser probablemente el 1.2 actual, titulado “*Means of control*”, que probablemente podría denominarse “*Means of acquisition of control*”. Después podría introducirse el actual apartado 1.4 “*Change of control on a lasting basis*”, posteriormente el 1.1 “*Persons or undertakings acquiring control*” y después las secciones 1.5 a 1.7.

3.3 “Control on a contractual basis”

El párrafo 15 del borrador hace referencia a contratos mediante los cuales se confía la gestión de la empresa o de una serie de activos, sin transferencia de la propiedad de dichos elementos. Tal supuesto de hecho es totalmente pertinente, pero podría hacerse referencia en este apartado a otro supuesto de hecho que puede suponer la adquisición de control, único o conjunto, de una sociedad por vía contractual: la previsión de mayorías especiales para la adopción de ciertas decisiones estratégicas, o el otorgamiento de derechos de veto, mediante acuerdos entre accionistas que no se incorporan a los estatutos de la sociedad.

3.4 Licencias

El párrafo 22 del borrador contempla como un posible supuesto de concentración la concesión de licencias, sin activos adicionales, estipulando que dicha concesión sólo podrá constituir una concentración cuando es exclusiva por lo menos en algún territorio. No se cita en el

borrador ninguna decisión o sentencia de referencia que sirva para ilustrar con más detalle el propósito concreto de esta afirmación. Por un lado, debería especificarse de qué derechos de propiedad industrial o intelectual se está hablando; por otro lado, debería especificarse de qué tipo de licencia se está hablando, pues puede concederse una licencia para explotar una patente en determinado campo de actividad y no en otro, y puede concederse una licencia por un plazo breve o por un período largo, mientras que nada sobre el particular se distingue en el borrador. La concesión de licencias exclusivas de derechos de propiedad industrial e intelectual está al orden del día en múltiples industrias, y la afirmación de que pueden constituir una concentración debe acompañarse de una descripción concreta de las condiciones y circunstancias en que ello pueda ocurrir, que en todo caso han de ser muy excepcionales.

3.5 Outsourcing

El párrafo 24 del borrador de Comunicación aboga por la presencia de una concentración en caso de *outsourcing* con cesión de activos y/o personal, cuando dichos activos constituyen una empresa o parte de una empresa, es decir, cuando constituyen un negocio con acceso al mercado. Sería muy conveniente que se definiera con mayor precisión qué se entiende por “acceso al mercado”, pues la línea divisoria entre operaciones de *outsourcing* concentrativas y no concentrativas dependería de un concepto altamente subjetivo. En efecto, se requiere que los activos permitan prestar servicios no sólo a la empresa vendedora, sino también a terceros, bien de manera inmediata o bien en un breve plazo tras la cesión, cuestión hartamente difícil dada la complejidad del análisis que la casuística empresarial demuestra. Siguiendo estrictamente esta regla, una operación de *outsourcing* puede ser calificada de no concentrativa al no prestarse servicios más que a la empresa vendedora, y no atisbarse en ese momento claramente la posibilidad de servicios a terceros, y sin embargo pasar a ser concentrativa cuando se decide pasar efectivamente a servir a terceros tras la adquisición quizás de un nuevo elemento de activo, tangible o intangible. ¿Sería entonces una concentración sobrevenida? ¿En qué momento se produciría, en el inicial o varios años después tras la adquisición del nuevo elemento de activo (cuya adquisición por sí solo no sería concentración)?

La cuestión se complica un poco más cuando el borrador propone que el acuerdo de *outsourcing* con activos puede constituir una concentración también cuando los activos transferidos quizás no son suficientes para constituir un negocio por sí mismo, pero pueden llegar a serlo en combinación con activos de la entidad adquirente. Este supuesto de hecho puede dotar de naturaleza concentrativa meras adquisiciones de elementos de activo fijo que no traen ningún negocio consigo.

Por otro lado, el párrafo 24 del borrador hace mucho hincapié en el *outsourcing* acompañado de activos, pero no profundiza en el requisito potencial, enunciado al principio del párrafo, de que se transfieran empleados.

3.6 Operaciones sucesivas

El párrafo 27 y siguientes del borrador de Comunicación abordan la cuestión de las operaciones sucesivas en que la primera de ellas es de naturaleza transitoria, por ejemplo la compra conjunta de una sociedad por varios compradores para después dividir los activos adquiridos según un plan pre-establecido. La cuestión que se plantea la Comisión es determinar si la primera operación constituye una concentración, o si sólo la segunda operación lo es.

La Comisión dictamina que la primera operación no será una concentración en el caso de que la segunda operación esté pactada desde el principio de manera vinculante entre los partícipes, y vaya a acontecer de manera indubitada en un plazo breve de tiempo tras la primera operación. La Comisión añade que esta segunda condición implica que la primera operación no deba llevarse a cabo hasta que no se obtengan las autorizaciones de competencia que correspondan a la segunda operación (porque de otra manera no podría entenderse que la segunda operación se podrá hacer de manera inmediata a la primera).

En las circunstancias descritas, efectivamente la primera operación no debería considerarse una concentración *per se*. Una alternativa a esta consideración sería considerar a la primera y segunda operaciones como constitutivas de una sola concentración, pero ello no estaría exento de problemas, pues supondría analizar al mismo tiempo múltiples adquisiciones que finalmente lo serían de empresas distintas en mercados distintos (cabe imaginar que la primera operación tuviera dimensión comunitaria y la segunda operación, el “troceo” entre los diferentes compradores, tuviera dimensiones nacionales). Dicho eso, la consideración de que no pueda llevarse a cabo la primera operación sin estar autorizada la segunda, no debe impedir que se lleve a cabo la primera operación (por razones de necesidad de *timing* empresarial o regulatorio) dejando la efectividad de la misma suspendida.

3.7 Adquisiciones entre las mismas empresas

El párrafo 46 del borrador se refiere a la regla según la cual si se producen dos o más operaciones (cada una de ellas conllevando una adquisición de control) en un plazo de dos años entre las mismas empresas, se considerarán como una sola concentración.

Este principio merece probablemente algunas reglas interpretativas que maten su aplicación. Por ejemplo, no parece apropiado aplicar esa regla cuando se producen operaciones entre compradores y vendedores de los mismos grupos de sociedades respectivamente, aunque sea en un corto plazo de tiempo, si los *targets* pertenecen a mercados geográficos y/o de producto distintos, constituyendo sin lugar a dudas operaciones totalmente independientes. Debería existir alguna posibilidad de excepción a la norma para casos como ese.

3.8 Control negativo y cambio cualitativo de control

En los párrafos 56 y siguientes del borrador de Comunicación se contempla la situación del denominado “control negativo”, es decir, el caso en el que un accionista cuenta con el 50% de los derechos de voto mientras que el restante 50% pertenece a varios otros accionistas. En tal situación, el accionista con 50% no puede imponer por sí mismo sus decisiones, pero puede vetar las decisiones estratégicas. El borrador considera que este tipo de control “negativo” es

distinto del control “único” del que goza por ejemplo el accionista mayoritario de una sociedad, que sí puede imponer sus decisiones.

La Comisión afirma en el borrador que el accionista con control negativo tiene el mismo tipo de poder que el accionista que controla conjuntamente una sociedad, es decir, el poder de bloquear decisiones estratégicas pero no de imponer las que desea, lo cual le aparta de la situación de control único; pero le distinguiría de la situación de control conjunto el hecho de que el accionista con control negativo no necesita tener en cuenta los intereses de los otros accionistas y no necesita cooperar con ellos, como sí necesita el controlador conjunto.

Aunque esta definición del control “negativo” como concepto distinto del control “único” no es novedosa, algunos miembros de la AEDC han expresado sus reparos acerca del tratamiento concedido por la Comisión a aquellas situaciones en las que se produce el paso de un control negativo a un control exclusivo o viceversa. En este sentido, se nos indica que el RCC define el control como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva. Ciertamente cabe distinguir entre control único y control conjunto, pues es competitivamente relevante que los designios de una empresa los fije un accionista solo o dos (o más) conjuntamente. Pero el RCC no distingue entre un control de tipo positivo (posibilidad de imponer las decisiones estratégicas) o un control de tipo negativo (posibilidad de bloquear las decisiones estratégicas). Si en ambos casos hay control en el sentido del RCC, y en ambos casos se trata de control por una sola persona, no habría motivos para considerarlos como dos tipos de control distintos.

En realidad, en la situación del accionista con control “negativo”, la posibilidad de bloquear las decisiones que no le agradan le confieren *de facto* una influencia más sensible que la que se deriva de esa mera circunstancia: en efecto, si el concurso de su voluntad es necesario para que la sociedad adopte una decisión estratégica (cualidad que no reúne ningún otro accionista), en raras ocasiones veremos a la sociedad adoptar la decisión contraria a la que el accionista de control “negativo” prefiere. ¿En qué circunstancias puede producirse eso?

Según los defensores de esta postura, la relevancia de considerar al control “negativo” como un tipo de control distinto al control “único” no es una cuestión meramente académica, sino con profundas consecuencias prácticas: según el párrafo 81 del borrador de Comunicación, citando los precedentes en los asuntos *BBVA* y *VW-Audi*, el paso de control negativo a control único (es decir, un mero cambio de “naturaleza” del control por parte de la misma persona) es una concentración notificable. Se trata de una opción interpretativa que puede ser objeto de crítica. ¿Qué cambio en la estructura competencial se produce cuando se pasa del control negativo al control positivo? ¿Se puede prohibir una operación de ese tipo, y en qué circunstancias? Entender esta situación como un cambio de control cualitativo que equivale a una concentración supone aceptar diferentes “grados” dentro del control por una empresa, un control “negativo” que es menos control que el “positivo”, algo que, para algunos de nuestros asociados, el RCC no parece querer contemplar. Así, no cabría equiparar el paso de control negativo a control único, con el paso de control conjunto a control único. En este segundo caso, hay un cambio de sujetos, mientras que en el paso de control negativo a único no lo hay.

En definitiva, la teoría del cambio de control “cualitativo” puede, desde la postura citada, merecer una revisión, pues aparte del paso de control negativo a control único (que acabamos

de comentar), los otros casos que se contemplan en los párrafos 79 a 87 constituyen supuestos de hecho en que hay cambios de personas, cambios de sujetos controladores (entrada de nuevos accionistas controladores, por ejemplo paso de control único a control conjunto, y reducción en el número de accionistas controladores).

Tampoco se establece claramente en el borrador de Comunicación si el paso de control único a control negativo es una concentración.

3.9 Joint ventures

El párrafo 101 del borrador estipula que una joint venture no es “*full function*” cuando hay decisiones pendiente por parte de terceros que son de importancia capital para el negocio de la JV, como por ejemplo la concesión de un contrato, una licencia operativa o el acceso a derechos de explotación. Esta regla es susceptible de causar inseguridad jurídica, pues es la concesión del contrato o licencia la que convierte a la JV en *full function*. Debería ser posible fijar algún tipo de criterio prospectivo que permitiera llevar a cabo el análisis *ab initio* y no en función de las licencias o proyectos que la JV consiga. Puesto que reducido al absurdo, si el carácter *full function* le viene dado a la JV por la concesión de un contrato, cabría pensar que la concesión de cada nuevo contrato o licencia supondrá cada vez una operación notificable. Lo mismo cabría decir de la decisión de los socios de una JV de que ésta empiece a operar en el mercado, según se expone en el párrafo 104 del borrador.

3.10 Cambio de la operación tras la autorización

El párrafo 117 del borrador considera que la realización de una fusión en lugar de una adquisición de control, o vice-versa, en el caso de una operación autorizada, supone una concentración distinta a la autorizada-notificada y se exige una nueva notificación. Esta regla parece excesiva a todas luces: si el cambio de control que se produce es el mismo, optar por una fórmula jurídica u otra es una cuestión formal que no debería preocupar a la Comisión.

4.- Dimensión comunitaria

4.1 Cálculo de umbrales de notificación

Algunos miembros de la AEDC han expresado su preocupación por el tratamiento que la Comisión realiza de las situaciones de control “de facto” a los efectos de la aplicación del artículo 5.4(b) del RCC (párrafo 160 de la Comunicación), por considerar que el tratamiento diferenciado, según se trate de calcular los umbrales o de determinar la existencia de una concentración es un tanto artificial. Nótese en este sentido que algunos sistemas de control de concentración nacionales vinculan la determinación de las empresas afectadas a efectos del cálculo de los umbrales a la noción de “control” sin distinguir entre control *de iure* o *de facto*, o de si ese control es positivo o “negativo”.

4.2 Ajustes posteriores a la fecha de las últimas cuentas auditadas

El párrafo 145 del borrador de Comunicación estipula que no se debe tener en cuenta el cambio consistente en que se haya firmado la venta de una parte del negocio antes del momento en que se establece la jurisdicción de la Comisión, pero su cierre no se ha producido todavía. Es decir, la cifra de ventas de esa parte del negocio se tendrá en cuenta. Ello parece correcto, pero siempre que la venta de esa parte del negocio no sea una pre-condición de la operación principal.

4.3 Fecha relevante para establecer la jurisdicción

El párrafo 148 del borrador prevé que la fecha para establecer la jurisdicción de la Comisión es la más temprana de las siguientes: la fecha de conclusión del acuerdo vinculante, el anuncio de la oferta pública, la adquisición de control o la fecha de notificación.

En un sistema como el actual en el que no existe un plazo concreto para la presentación de la notificación, no es lógico re-introducir los eventos restantes (fecha de conclusión del acuerdo, etc) como detonantes de una cuestión tan crucial como el momento en que se establece la jurisdicción de la Comisión. Puede argumentarse que ese momento, por coherencia con el sistema general, debería ser el día de la notificación, para evitar posibles disfunciones.

4.4 Situaciones de control negativo

El párrafo 160 del borrador considera que las empresas bajo control negativo no entran a formar parte del cómputo de cifra de ventas a los efectos del artículo 5 del RCC, salvo si se dan las circunstancias del artículo 5(4)(b)(i)-(iii). Esto es contradictorio, pues estos párrafos citados se refieren a situaciones en que se ostentan más del 50% del capital, se tienen más de la mitad de los derechos de voto o se tiene el poder de nombrar a más de la mitad del consejo de administración, situaciones que claramente no son de control negativo sino de control positivo.

4.4 Fondos de inversión

Debería realizarse un esfuerzo adicional en relación con el tratamiento de las adquisiciones realizadas por fondos de inversión. Cabe pensar si podría darse algún tipo de consideración especial a los fondos de inversión gestionados por una misma entidad, pero con sujeción a normas destinadas a evitar los conflictos de interés y a garantizar una gestión separada de los diferentes fondos, pues cabe defender que no se deben considerar conjuntamente.

En esta misma línea, la Comunicación debería establecer con claridad que el perímetro del análisis de fondo debe limitarse al fondo o fondos relevantes, y no a todo el grupo al que pertenece la sociedad gestora del fondo, cuando concurren elementos que demuestren que la independencia en la gestión de los fondos de la sociedad gestora, respecto a la que puede ser su matriz. Este mismo criterio debería servir también para determinar si se cumplen o no los umbrales jurisdiccionales¹.

¹ Véase, a título orientativo, el tratamiento que las autoridades francesas de defensa de la competencia concedieron a la concentración consistente en la adquisición por dos fondos del grupo AXA del grupo

Champeau (http://www.minefi.gouv.fr/dgccrf/boccrf/02_19/a0190002.htm), recogido posteriormente por el Servicio de Defensa de la Competencia en el Informe *RS Isolsec /Transformers Business Line Spain* (Enero de 2005) (<http://www.dgdc.meh.es/Informes%20SGC/N04090INFWEB.pdf>).