



**INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS**  
**CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA**

**EMPRESAS EN PARTICIPACION CONCENTRATIVAS Y**  
**ARTÍCULO 81 DEL TRATADO CE: ¡Error! Marcador no**  
**definido. Dos años de aplicación del artículo 2(4) del**  
**Reglamento (CE) de control de las operaciones de**  
**concentración**

**Jerónimo Maillo**

**nº 3 - 2001**

JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ - ORÚS

Profesor de Derecho Comunitario y Coordinador del Centro de Política de la Competencia

Universidad San Pablo-CEU de Madrid

MARZO DE 2001

El Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Polo europeo Jean Monnet, es un Centro de investigación especializado en temas europeos cuyo objetivo es contribuir a un mayor conocimiento y divulgación de los temas relacionados con la Unión Europea.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socioeconómico de la Unión Europea.

El Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos publica en su Colección de Documentos de Trabajo estudios y análisis sobre materias de política de la competencia con el fin de impulsar el debate público. Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Centro.

*Serie de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos.*

“Empresas en participación concentrativas y artículo 81 del Tratado CE: Dos años de aplicación del artículo 2 (4) del Reglamento CE de control de las operaciones de concentración”.

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos Reservados © 2001, por Jerónimo Maillo González-Orús.

Derechos Reservados © 2001, por el Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

C/ Julián Romea, 22

28003 Madrid

e-mail: [idee@ceu.es](mailto:idee@ceu.es)

URL: <http://www.ceu.es/idee.htm>

ISBN: 84-95219-83-2

Depósito legal: M-16802-2001

Diseño de cubierta: Encarnación Navarro.

Compuesto e impreso en Docutech.

**EMPRESAS EN PARTICIPACIÓN CONCENTRATIVAS Y ARTÍCULO 81  
DEL TRATADO CE: DOS AÑOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 (4) DEL  
REGLAMENTO CE DE CONTROL DE LAS OPERACIONES DE  
CONCENTRACIÓN**

JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ - ORÚS

**ÍNDICE**

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. EL TRATAMIENTO DE LAS EP DE PLENAS FUNCIONES ANTES DE LA REFORMA.....	7
A) Interpretación del requisito de ausencia de coordinación en el período inmediatamente posterior a la reforma .....	7
B) Consecuencias de la calificación de una EP de plenas funciones como concentrativa.....	10
1) Régimen procedimental y de reparto de competencias aplicables. Implicaciones.....	10
2) Análisis sustantivo de los casos de EP de plenas funciones cooperativas.....	11
3. LA REFORMA DEL RÉGIMEN APLICABLE A LAS EP Y SU CONTEXTO.....	13
A) Los pasos preparatorios y el debate sobre la reforma en relación a las EP.....	13
B) Las alteraciones al régimen jurídico aplicable a las EP derivadas de la reforma.....	14
B.1) Alcance y consecuencias de la reforma. Una visión general.....	14
B.2) Una primera evaluación de la reforma.....	17
4. LAS INCERTIDUMBRE GENERADAS POR LA APARICIÓN DEL ARTÍCULO 2 (4) DEL ROPC.....	18
5. LA PRÁCTICA DECISORIA DE LA COMISIÓN: GUÍA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 (4) DEL ROPC.....	19
A) Los pasos previos al análisis bajo el artículo 2 (4) del ROPC.....	19
B) El proceso de aplicación del artículo 2 (4) en la práctica.....	19

Primero- Identificación de los mercados candidatos a efectos de coordinación entre las matrices.....20

a) Mercados en que dos o más matrices mantendrán una presencia significativa y simultánea (es decir serán competidores actuales significativas tras la operación).....20

- Sólo coordinación de las matrices entre sí. No coordinación EP-matriz.....20

- Presencia significativa en el mismo mercado relevante de dos o más matrices.....20

- ¿ Hay solapamiento de las actividades de dos o más matrices?.....21

- ¿ Se produce dicho solapamiento en alguno de los mercados precandidatos.....21

- ¿ Y si ese solapamiento se produce solamente en mercados no comunitarios?.....22

b) ¿También si las matrices no están activas pero son competidoras potenciales?.....22

c) ¿Otros mercados? Por ejemplo, si las matrices no operan en el mismo mercado pero sí en mercados verticalmente relacionados entre sí.....23

Segundo- El análisis de los riesgos anticompetitivos en cada uno de los mercados candidatos.....24

a) La operación corre el riesgo de ser prohibida solamente si se dan cumulativamente las tres siguientes circunstancias:.....24

a.i) La coordinación a examinar es consecuencia directa de la creación de la EP.....25

a.ii) La coordinación tendría, de producirse, un efecto anticompetitivo significativo.....26

a.iii) Y además es probable que haya coordinación anticompetitiva entre las matrices en los mercados candidatos.....27

- Descartando la probabilidad de la coordinación: factores relevantes.....27

- Constatando la probabilidad de la coordinación anticompetitiva.....32

b) A pesar de que se den las tres circunstancias, existirán todavía posibilidades de evitar la violación del artículo 81.1 si las empresas matrices aceptan compromisos que eliminen o reduzcan suficientemente los riesgos anticompetitivos previstos por la Comisión.....35

Tercero- Posibilidades de exención del apartado 3 del artículo 81.....36

6. RESOLVIENDO LAS DUDAS PLANTEADAS: CONCLUSIONES SOBRE LOS DOS PRIMEROS AÑOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 (4) DEL ROPC Y SU POSIBLE EVOLUCIÓN FUTURA.....	36
--	----

1. ¿Fase previa de análisis para delimitar si la operación es esencialmente estructural o su centro de gravedad es concentrativo?.....	36
2. La aplicación del artículo 81.1 y la noción de " restricción sensible".....	37
3. La exención del artículo 81.3.....	39

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales novedades de la primera reforma del reglamento comunitario de control de concentraciones –de ahora en adelante ROPC<sup>1</sup>- ha sido la alteración del régimen aplicable a las empresas en participación –en adelante EP-. En particular ha cambiado el régimen de control de las EP llamadas a desempeñar de forma duradera las funciones de una entidad económica independiente (EP de plenas funciones) y que, no obstante, tuviesen por objeto o por efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continuasen siendo independientes tras la operación, es decir las matrices (riesgo de coordinación anticompetitiva). Dichas EP eran consideradas antes de la reforma cooperativas y por lo tanto eran sometidas al régimen jurídico de control de los acuerdos restrictivos de competencia del artículo 81 del Tratado CE. Tras la reforma, dichas EP van a tener una naturaleza mixta concentrativa-cooperativa. Desde el punto de vista procedimental y de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, dichas EP recibirán casi por completo el mismo trato que cualquier otro tipo de concentración (artículo 3.2 del ROPC). Sin embargo, a la hora de evaluar la compatibilidad de la operación con el Mercado común, se les ha asignado un régimen mixto (cooperativo-concentrativo), al no someterlas solamente al test de dominio (apartados 2 y 3 del artículo 2 del ROPC) sino también y simultáneamente a los criterios de los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado CE (apartado 4 de dicho artículo 2). Este standard mixto suponía una gran innovación en dos sentidos:

- Por un lado, por primera vez en la historia comunitaria se creaba una especie de categoría intermedia entre las concentraciones y los acuerdos. En efecto, hasta la entrada en vigor de la reforma el 1 de marzo de 1998, las EP podían ser concentrativas o cooperativas, o se les aplicaba íntegramente el régimen de las concentraciones o el de los acuerdos pero nunca regímenes mixtos; desde la fecha mencionada, hay un tipo de EP a las que, para ciertos aspectos se les aplica el régimen de las concentraciones y para otros el de los acuerdos. En cierta forma, esto parecía indicar la aparición de una tercera categoría mixta de EP que podríamos llamar semiconcentrativas.

- Por otro lado, por primera vez también se iban a aplicar los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado CE en el marco de un procedimiento de control de concentraciones, y al menos en una fase transitoria inicial por la Merger Task Force. Ello suscitaba dudas sobre cómo se interpretaría y se aplicarían los criterios del artículo 81 en este nuevo contexto.

---

<sup>1</sup> Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (DO L 395 de 30-12-1989, p.1; versión rectificada en el DO L 257 de 21-9-1990, p.13). La reforma se produjo por el Reglamento (CE) nº 1310/97 (DO L 180 de 9-7-1997, p.21). En adelante, las menciones al ROPC (Reglamento operaciones de concentración) se deben entender referidas al texto consolidado tras la reforma. Dicho texto consolidado se puede encontrar en Comisión Europea: “Derecho de control de concentraciones en la Unión Europea. Situación: marzo 1998”, OPOCE, Luxemburgo, 1998, pp. 19 y ss.

La Comisión decidió entonces no adoptar inmediatamente directrices o comunicaciones interpretativas sobre cómo aplicar el artículo 2(4) del ROPC. Anunció no obstante que en el futuro las adoptaría, una vez adquirida suficiente experiencia en estos aspectos<sup>2</sup>. Hasta la publicación de las mismas la Comisión reenviaba a los interesados a los principios establecidos en una Comunicación anterior<sup>3</sup>.

Han pasado algo más de dos años y todavía no se han publicado tales directrices. No obstante, la Comisión ha hecho públicas ya más de 20 decisiones en las que aplica este artículo 2(4). Hay ya pues la suficiente práctica decisoria y ésta parece estar ya, al menos en sus líneas esenciales, bastante consolidada como para hacer una síntesis de la práctica decisoria de la Comisión, que nos sirva de guía de aplicación del artículo 2(4), resuelva buena parte de las incertidumbres que su aparición generó, así como para realizar una evaluación de esta aplicación y sus consecuencias. Estos son los dos objetivos esenciales que pretendo con este artículo. No obstante, antes de entrar en detalle en el análisis del artículo 2(4) y su aplicación considero importante describir brevemente los antecedentes y el contexto de la reforma en las que aparece este nuevo párrafo del artículo 2 del ROPC.

## **2. EL TRATAMIENTO DE LAS EP DE PLENAS FUNCIONES COOPERATIVAS ANTES DE LA REFORMA.**

Antes de la reforma, las EP de plenas funciones eran consideradas cooperativas si su creación implicaba riesgo de coordinación anticompetitiva. Centrándome en el periodo inmediatamente anterior a la reforma<sup>4</sup>, analizaré sucesivamente cuándo una EP de plenas funciones era considerada cooperativa o en otras palabras cuándo se consideraba que existía riesgo de coordinación anticompetitiva y qué consecuencias se derivaban de ello.

### **A) Interpretación del requisito de ausencia de coordinación en el periodo inmediatamente anterior a la reforma.**

Las últimas directrices generales de la Comisión sobre la interpretación de este requisito antes de la reforma las podemos encontrar en su Comunicación de finales del 94<sup>5</sup>. Será pues esta Comunicación junto con la práctica decisoria de los posteriores tres años y medio el objeto de estudio en este apartado. Del análisis de estas dos fuentes se pueden extraer las siguientes conclusiones sobre la interpretación defendida y aplicada por la Comisión:

---

<sup>2</sup> Vid. ap. 3 de la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones, DO C 66 de 2-3-1998, p. 1.

<sup>3</sup> Vid. ap. 17-20 de la Comunicación de la Comisión relativa a la distinción entre empresas en participación de carácter concentrativo y cooperativo, DO C 385 de 31-12-1994, p. 1.

<sup>4</sup> El periodo examinado cubre desde el año 95 hasta la entrada en vigor de la reforma el 1 de marzo de 1998 (artículo 3 del reglamento 1310/97). Vid. también artículo 2 del mismo reglamento según el cual la reforma no se aplicará a las operaciones de concentración que hayan sido objeto de acuerdo o publicación o que hayan sido realizadas a través de adquisiciones antes del 1 de marzo de 1998, ni tampoco a las operaciones por las que se ha incoado un procedimiento por parte de una autoridad responsable en el ámbito de la competencia de un Estado miembro, antes de la fecha indicada.

<sup>5</sup> Vid. supra nota 3.

- Por coordinación a estos efectos se entendía solamente la coordinación entre las matrices en aspectos como precios, mercados, producción o innovación, tras la operación, en el mercado de la EP o en mercados verticales o estrechamente vinculados desde el punto de vista del producto o geográfico al mercado de la EP. No era relevante, pues, la posible coordinación matriz-EP<sup>6</sup>.

- La coordinación entre las matrices sería sólo relevante a estos efectos cuando fuese un resultado que no se pudiese desvincular de la constitución de la EP y cuando ésta constituyese, pues, el instrumento para lograr o reforzar esa coordinación. Si los aspectos de coordinación se pudiesen desvincular de la operación, dichos aspectos se analizarían bajo el artículo 81 y la operación bajo el ROPC<sup>7</sup>.

- La coordinación tampoco sería relevante a estos efectos si era considerada de minimis, es decir si los elementos cooperativos revestían una importancia económica menor en comparación con la operación en su conjunto. Para ver si podía calificarse de minimis había que tener en cuenta el posible efecto cumulativo de los diversos elementos cooperativos de la operación (en los diversos mercados examinados)<sup>8</sup>.

- La coordinación tampoco sería relevante si se producía en mercados geográficos no comunitarios o del Espacio Económico Europeo y no tenía efectos sensibles en el ámbito CE-EEE<sup>9</sup>.

- Un riesgo de coordinación relevante existiría en la práctica solamente cuando, tras la operación, hubiera un solapamiento (actual o potencial) significativo de dos o más matrices en el mercado de la EP, o excepcionalmente cuando ese solapamiento existiese en mercados estrechamente vinculados al de la EP, es decir verticales (ascendentes o descendentes en relación al de la EP) o próximos desde el punto de vista del producto o geográfico.

Solapamiento significativo porque si el volumen de actividades de las matrices en el mercado afectado era marginal, no existía riesgo de coordinación relevante.

Tanto actual como potencial porque la Comisión examinaba no sólo si había dos o más matrices activas en el mercado afectado tras la operación, sino también si eran competidores potenciales en ese mercado. No obstante, la práctica de la Comisión demuestra que en la gran mayoría de las decisiones en que este aspecto fue analizado, la Comisión terminó concluyendo que las matrices no eran realísticamente competidores potenciales<sup>10</sup>. Se consideraba que las matrices estaban activas no sólo cuando operaban directamente o a través de filiales controladas en exclusiva por ellas en el mercado afectado, sino también cuando tenían intereses en otras EP. En este sentido, se analizó también la posible coordinación entre EP en las que alguna de las matrices tuviese intereses, siempre que dichos intereses no fuesen siempre de la misma matriz (no entre diversas EP de la misma matriz, sino entre EP de varias de las matrices)<sup>11</sup>. Esa actividad o

---

<sup>6</sup> Ibidem, ap. 17 en relación a ap. 8.

<sup>7</sup> Ibidem ap. 17.

<sup>8</sup> Ibidem ap. 20.

<sup>9</sup> Ibidem, ap. 19, último guión.

<sup>10</sup> La postura de la Comisión queda reflejada en la nota a pie de página 19 de la misma Comunicación: "...es poco probable que las empresas matrices vuelvan a operar en el citado mercado, sobre todo si han cedido sus actividades a la empresa en participación, o si han realizado inversiones importantes en la misma".

<sup>11</sup> Ibidem ap. 18.

intereses tenían que mantenerse en el medio-largo plazo: si sólo fuesen a estar activas en el corto plazo, el riesgo de coordinación no sería relevante<sup>12</sup>. Además si dos o más tuviesen actividades en el mercado afectado pero la EP controlase de facto dichas actividades, de esas actividades tampoco se derivaría necesariamente riesgo de coordinación relevante<sup>13</sup>.

En general el riesgo verdaderamente relevante existía cuando se producía en el mismo mercado de producto y geográfico que el de la EP<sup>14</sup>. Sólo excepcionalmente, la Comisión consideraba relevantes las coordinaciones en otros mercados vinculados. Así:

a) En los mercados verticales en relación al de la EP<sup>15</sup>:

a.1) en el mercado descendente, sólo era relevante si la EP era el principal proveedor de las matrices y éstas incorporaban al producto un valor añadido relativamente pequeño<sup>16</sup>.

a.2) en el mercado ascendente, sólo era relevante cuando la EP era el principal cliente de la EP en general o en un mercado geográfico determinado<sup>17</sup>.

b) En los mercados próximos:

b.1) en los mercados de producto próximos definidos de forma muy estricta<sup>18</sup>: sólo sería preocupante (y necesitaría ser examinado) si ese mercado es de gran importancia económica en comparación con el de la EP.

b.2) en el mismo mercado del producto y mercados geográficos vecinos: sólo relevante si las actividades de la EP tenían una gran importancia en comparación con las actividades de las matrices y existía interacción (actual o en futuro próximo) o en otros caso muy excepcionales<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> Vid. Hawk, B.E & Huser, H.L.: "European Community Merger Control: A Practitioner's Guide", Kluwer Law International Publisher, The Hague, 1996, p. 63.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>14</sup> Incluso en ese caso, la EP puede seguir siendo concentrativa si las matrices o la EP se especializan en segmentos específicos de un mercado global de producto, en particular si dichos segmentos son de importancia menor con respecto a las actividades principales de las matrices o de la EP, según sea el caso, o existen razones objetivas para que las empresas conserven sus actividades al margen de la EP (por ejemplo, por tratarse de tecnología relacionada con las demás actividades de las matrices). Ap. 18, cuarto guión Comunicación del 94 (supra nota 3).

<sup>15</sup> Ibidem, ap. 18, sexto guión.

<sup>16</sup> Según Hawk & Huser (supra nota 12, pp. 56-57), en la práctica, la EP dejaría de ser concentrativa solamente cuando dichos mercados descendentes no fueran verdaderamente mercados verticalmente relacionados sino más bien parte del mismo mercado de la EP o un segmento dentro de ese mismo mercado.

<sup>17</sup> Según Hawk & Huser (supra nota 12, pp. 56-57), la EP dejaría de ser concentrativa solamente cuando no se tratase verdaderamente de un mercado ascendente, sino más bien del mismo mercado de la EP y ésta no fuera más que una mera agencia de venta en común de las matrices.

<sup>18</sup> En el ap. 18 de la Comunicación del 94 (supra nota 3) se define este mercado como "un mercado diferente pero estrechamente relacionado con el de la empresa en participación, por presentar ambos mercados características comunes de tecnología, clientes, proveedores o competidores. Según Hawk & Huser (supra nota 12, p. 59), la práctica apunta la tendencia de la Comisión de limitar el concepto de mercado próximo a situaciones en que el vínculo es entre productos que son virtualmente competidores.

<sup>19</sup> Ap. 19 Comunicación del 94 (supra nota 3).

De los únicos 7 casos de este periodo en que una EP de plenas funciones (con carácter permanente) fue considerada cooperativa, todos implicaron a dos o más matrices que, tras la creación de la EP, tenían actividades sustanciales o bien en el mismo mercado de producto y geográfico de la EP<sup>20</sup>, o bien en el mismo mercado de producto y distinto, pero muy próximo (en el futuro probablemente sería el mismo), mercado geográfico que el de la EP<sup>21</sup>.

## **B) Consecuencias de la calificación de una EP de plenas funciones como cooperativa.**

Al existir riesgo de coordinación, la EP quedaba totalmente excluida del ámbito de aplicación del ROPC; era pues asimilada a un acuerdo y sometida plenamente al régimen del artículo 81 del Tratado CE. Ello tenía implicaciones desde el punto de vista procedimental, de reparto de competencias entre la CE y los Estados miembros, y desde el punto de vista sustantivo.

### **1) Régimen procedimental y de reparto de competencias aplicable. Implicaciones.**

Desde el punto de vista procedimental ello significaba que la eventual notificación de dicha EP se haría en el Formulario A/B y que el procedimiento aplicable sería el del reglamento nº 17 y sus equivalentes en otra áreas específicas<sup>22</sup>. Desde la perspectiva del reparto de competencias entre los Estados miembros y la CE, el Derecho Comunitario sería aplicable si la EP "afectase el comercio entre los Estados miembros" y cabía la aplicación paralela de los Derechos nacionales siempre que no fuese en perjuicio de la uniforme aplicación del Derecho Comunitario ni perjudicase su efecto útil<sup>23</sup>. Todo ello generaba importantes desventajas en comparación con las EP que fuesen consideradas concentrativas. Sin ánimo exhaustivo –no es éste el objetivo de este artículo<sup>24</sup>–, las principales desventajas eran las siguientes:

- Las EP concentrativas se beneficiaban de un sistema muy cercano al one-stop-shop o de ventanilla única (una única notificación, una sola autoridad, una única decisión final basada en un único Derecho), mientras que la autorización de una EP cooperativa podía exigir en muchas ocasiones varias notificaciones ante autoridades diferentes (Comisión y una o varias autoridades nacionales) y con varios Derechos aplicables (artículos 81 y 82 del Tratado CE y simultáneamente la normativa nacional aplicable

<sup>20</sup> Los 4 casos son: decisión de 11-4-95, as. M. 578, Hoogovens/Klöckner & Co.; decisión de 15-1-96, as. M. 661, Strabag/Bank Austria/Stuag; decisión de 11-8-97, as. M. 897, Stinnes/Haniel Reederei; y decisión de 2-4-98, as. M. 1079, Deutag/Ilbau/Sächsische Asphaltmischwerke.

<sup>21</sup> Tres son los casos en esta situación: decisión de 27-3-95, as. M.538, Omnitel; decisión de 6-11-95, as. M. 544, Unisource/Telefónica; y decisión de 3-7-96, as. M. 735, BPB/Isover.

<sup>22</sup> Si la notificación se había realizado en el Formulario CO, y la Comisión había considerado que la operación no era una concentración, cabía una posibilidad de convertir la notificación efectuada en notificación a los efectos del Reglamento nº 17 o sus reglamentos equivalentes, según el tenor del artículo 5 del reglamento nº 3384/94, DO L 377 de 31-12-94.

<sup>23</sup> Sentencia TJCE de 13 de febrero de 1969, as. 14/68, Walt Wilhem c. Bundeskartellamt, Rec. p. 1.

<sup>24</sup> Para un estudio más detallado se pueden consultar González-Díaz, F. E.: "Joint ventures under EC Competition Law: the new boundaries", en *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 1019-1069, particularmente pp. 1021-1024, y Maillo González-Orús, J.: "Control de concentraciones empresariales: Reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. Procedimiento comunitario", en Ortiz Blanco, L. & Cohen, S.: "Derecho de la competencia europeo y español", Dykinson, Madrid, 1999, pp. 179-191, también disponible en Boletín Latinoamericano de competencia, nº 7, Julio 1999, <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>.

siempre que no perjudicase el efecto útil de la normativa comunitaria). El criterio de delimitación de la jurisdicción comunitaria era además mucho más tajante y claro en el caso de las EP concentrativas (criterio cuantitativo basado en umbrales) que en el de las cooperativas (criterio abierto basado en la expresión “afectación sensible del comercio entre los Estados miembros”).

- Las autorizaciones de EP concentrativas se concederían en unos plazos breves y vinculantes (de 1 a 5 meses normalmente), con carácter indefinido en el tiempo y máxima seguridad jurídica (decisión formal vinculante en todo el territorio comunitario, y con posibilidades de revocación muy limitadas). En cambio, las autorizaciones de EP cooperativas no tenían fijadas para su adopción unos plazos jurídicamente vinculantes, normalmente eran adoptadas en unos plazos notablemente superiores, con carácter limitado en el tiempo y con un menor grado de seguridad jurídica<sup>25</sup>.

## **2) Análisis sustantivo de los casos de EP de plenas funciones cooperativas:**

La Comunicación de la Comisión de 1993 seguía marcando las directrices generales para la evaluación de la EP<sup>26</sup>. Es importante resaltar que toda la operación –y no sólo algunos de sus aspectos- debían ser evaluados en base a los criterios de los apartados 1 (restricción sensible de la competencia) y 3 (posibilidades de exención si se cumplían las 4 condiciones allí indicadas) del artículo 81. Al haberse descartado el carácter concentrativo de la EP por existir un riesgo de coordinación, la misma razón iba a llevar a declarar infringido el apartado 1 del artículo 81<sup>27</sup>.

La única posibilidad pues de que tal EP fuese compatible con el Mercado común pasaba por que pudiese estar cubierta por uno de los reglamentos de exención por categoría u obtener una exención individual. Varios de los reglamentos de exención por categoría (especial incidencia tenían a este respecto los relativos a acuerdos de especialización y a acuerdos de investigación y desarrollo) habían sido objeto de modificaciones en los años 90 con objeto de permitir que algunas EP de plenas funciones pudiesen quedar exentas siempre que se respetasen las condiciones impuestas en los citados reglamentos<sup>28</sup>. De no quedar cubiertos por alguno de estos reglamentos, la

---

<sup>25</sup> Las autorizaciones exigían normalmente una exención individual que podía otorgarse a través de una decisión formal o una carta administrativa de exención. La decisión formal era vinculante pero tardaba alrededor de los dos años de media en ser adoptada. Las cartas administrativas no eran jurídicamente vinculantes, y aunque se adoptaban en plazos más breves, éstos eran superiores en cualquier caso a los que regían para las EP concentrativas. Las exenciones individuales además tenían validez limitada en el tiempo (entre los 5 y 15 años habitualmente) y existían más posibilidades de revocación que en el caso de las decisiones de compatibilidad de EP concentrativas. A partir de 1992 la Comisión intentó acelerar el procedimiento habitual del reglamento nº 17 para los casos de EP estructurales: vid. infra ap. III, A y especialmente nota a pp. 36.

<sup>26</sup> Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del TCE, DO C 43/2 de 16 de febrero de 1993.

<sup>27</sup> Ibidem, ap. 41 y 42.

<sup>28</sup> Ibidem, ap. 44-48. La ampliación se produjo por el reglamento nº 151/93 de 23 de Diciembre de 1992 – DO nº L 21 de 29-1-1993, p. 8, que entró en vigor el 1 de abril de 1993, pero se podía aplicar retroactivamente al momento en que el acuerdo cumpliera las condiciones de exención. Antes de la reforma, las actividades de especialización o de investigación y desarrollo que se extendiesen a la distribución no estaban cubiertas por la exención por categoría. Después de la reforma, las EP de especialización o I & D, incluso aunque se encargasen también de la distribución, podrían quedar cubiertas por la exención por categoría siempre y cuando no se cumplieren determinadas condiciones: las más importantes eran no contener cláusulas incluidas en las listas negras de los reglamentos y no superar los umbrales cuantitativos de cuotas de mercado en ellos establecidos. Dichos umbrales eran del 10% en caso de que las actividades se extendiesen a la distribución y del 20% en el resto de los supuestos. El

única posibilidad restante era obtener una exención individual. En general, se puede decir que la Comisión veía con muy buenos ojos las EP de plenas funciones salvo que fuesen cárteles simulados<sup>29</sup> o que las empresas implicadas superasen el umbral del 10% de cuota de mercado conjunta<sup>30</sup>. Si el umbral mencionado era superado sólo cabría exención tras una análisis detallado del caso.

Este régimen jurídico implicaba de nuevo importantes desventajas para las EP de plenas funciones cooperativas con respecto a las concentrativas. Entre las principales, conviene destacar:

- Las concentrativas no podían ser prohibidas salvo que creasen o reforzaran una posición dominante (test de dominio), mientras que las cooperativas (entre competidores) normalmente infringirían el párrafo primero por lo que serían nulas de pleno derecho salvo que estuvieran cubiertas por un reglamento de exención por categoría o hubiesen solicitado y mereciesen una exención individual. Las concentrativas pues gozaban de una presunción a favor que no desaparecía hasta que se demostrase que infringían el test de dominio; las cooperativas, dada la facilidad con que se apreciaba que existía una restricción sensible de competencia, sufrían una presunción en contra, que debían desmontar probando, primero, los efectos positivos de la EP (que se presumen en el caso de las concentrativas) y segundo, demostrando que dichos efectos superaban a los negativos (en las concentrativas el balance se consideraba positivo hasta que no se infringía el test de dominio). Una de las manifestaciones más claras del juego de esta presunción a favor y en contra radica en la fijación de los umbrales que, de no ser superados, suponían, sin un examen exhaustivo, la aprobación de la EP: mientras que para las cooperativas como hemos visto era del 10%, en el caso de las concentrativas se elevaba al 25%<sup>31</sup>.
- En el caso de las concentrativas, las restricciones accesorias admitidas eran más amplias que en el caso de las cooperativas<sup>32</sup>.

---

reglamento 151/93 también modificó los reglamentos de licencias de patentes y know-how, ampliando las posibilidades de exención por categoría para los acuerdos por los que una matriz concediese a la EP una licencia de patente o de know-how. Se instauraron además para estos casos umbrales equivalentes a los anteriormente mencionados. Para una análisis más detallado se pueden consultar: Idot, L.: "Un nouveau traitement pour les entreprises communes cooperatives", *Revue Europe*, Août-Sept. 1993, pp. 1-5; y Ferdinandusse, E.: "The cooperative Joint Venture: The Rehabilitation of a Neglected Child", *Leiden Journal of International Law*, 7 (1994), pp. 103-113.

<sup>29</sup> El ap. 64 de la Comunicación del 93 indica que las EP de plenas funciones "son elementos de activación de la competencia y deben ser consideradas de forma favorable siempre que no encubran acuerdos de precios, de cuotas o de reparto de mercados ni sirvan de instrumento de coordinación de la política de inversiones de los fundadores que vaya más allá de una situación concreta".

<sup>30</sup> A juzgar por la lectura del ap. 64 de la Comunicación, dentro del umbral mencionado, la EP gozaba de una fuerte presunción favorable a la exención individual.

<sup>31</sup> Vid. en este sentido el considerando nº 15 de la exposición de motivos del ROPC.

<sup>32</sup> Vid. en este sentido, Hawk, B. E.: "Joint Ventures under EEC Law", *Fordham International Law Journal*, Vol. 15 (1991), p. 303, y González-Díaz (supra nota 24), p. 1023.

### **3. LA REFORMA DEL RÉGIMEN APLICABLE A LAS EP Y SU CONTEXTO.**

#### **A) Los pasos preparatorios y el debate sobre la reforma en relación a las EP:**

Desde que el ROPC se adoptó, la noción de EP concentrativa (y la distinción que de ella se derivaba entre EP cooperativas y concentrativas) había venido siendo duramente criticada por una parte muy importante de la doctrina<sup>33</sup>. Las críticas se basaban esencialmente en dos ideas:

- por un lado, se consideraba que la aplicación de la definición de EP concentrativa era una operación demasiado compleja para ser resuelta en una fase inicial del procedimiento (y ser analizada por las empresas y sus consultores con anterioridad al inicio del procedimiento). Ello significaba un gran esfuerzo y un gran coste tanto para las empresas como para la propia Comisión;

- por otro lado, el muy diferente régimen existente aplicable a las EP concentrativas y cooperativas implicaba tratar de forma diferente operaciones con efectos económicos similares, con una clara discriminación en perjuicio de las EP cooperativas.

La Comisión terminó asumiendo al menos parcialmente ambas críticas<sup>34</sup> y empezó a adoptar medidas y propuestas que tendiesen por un lado a una mayor simplificación de la definición de EP concentrativa (y por lo tanto de la distinción), y por otro lado, a reducir el diferente tratamiento de las EP entonces cooperativas que más se pareciesen desde el punto de vista de sus efectos a las concentrativas. Aunque ya en un Informe de 1993<sup>35</sup> se reconoce este tema como uno de los más difíciles y conflictivos originados por la aplicación del ROPC, y al mismo tiempo se adoptan las primeras medidas destinadas a paliar los problemas generados<sup>36</sup> es verdaderamente en el Libro verde de 1996 donde la Comisión plantea las posibles opciones de reforma del tratamiento de las EP<sup>37</sup>. Las propuestas son clasificadas en dos bloques: el primero de carácter exclusivamente procedimental, el segundo con implicaciones tanto procedimentales como sustantivas. Entre las primeras, la Comisión planteaba las siguientes posibilidades: a) adoptar un nuevo reglamento de procedimiento aplicable a las EP de plenas funciones cooperativas siguiendo el modelo del procedimiento de control de operaciones de concentración; b)

---

<sup>33</sup> Vid., entre otros, Hawk (supra nota 32); Pathak, : "The EC Commission's Approach to Joint Ventures: A Policy of Contradictions", (1991) 5 ECLR, p. 171; Venit, J. S.: "The Joint Venture Conundrum: Is a Purely Structural Analysis Enough?", 11 International Company & Commercial Law Review (1993), p. 377; Bello Martín-Crespo, P.: "Concentraciones de empresas de dimensión comunitaria", Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 450 y ss. ; o Hawk & Huser (supra nota 12 ), p. 63 y ss.

<sup>34</sup> Vid., por ejemplo, el Libro verde sobre la revisión del reglamento de control de operaciones de concentración, Documento de 31 de Enero de 1996, COM (96) 19 final, particularmente en ap. 100-101.

<sup>35</sup> Informe de 28 de julio de 1993 de la Comisión al Consejo sobre la aplicación del ROPC, Documento COM (93) 385 final.

<sup>36</sup> Por un lado, se flexibiliza la interpretación de los requisitos para considerar que una EP era concentrativa, ampliándose de esta forma el número de casos que pasan a ser regulados por el ROPC. La nueva interpretación de estos requisitos quedará reflejada en la Comunicación del 94 (supra nota 3). Por otro lado, se intenta mejorar el tratamiento de algunas EP cooperativas al posibilitar un procedimiento acelerado para las EP cooperativas estructurales –vid. nota de prensa IP/92/1111-, ampliar los casos cubiertos por los reglamentos de exención por categoría –vid. explicaciones supra nota 28- y clarificar el tratamiento de las EP cooperativas –vid. Comunicación supra nota 26-.

<sup>37</sup> Vid. Libro verde (supra nota 34), ap. 98-121.

someter las EP de plenas funciones cooperativas al procedimiento regulado en el ROPC; c) ampliación de los casos de EP que quedaban cubiertos por reglamentos de exención por categoría. En el segundo bloque, se planteaban dos opciones: a) ampliar el concepto de EP concentrativas a todas las EP de plenas funciones; b) ampliar el concepto de EP concentrativa a todas EP excepto las que fuesen consideradas cárteles disimulados (sham joint ventures).

## **B) Las alteraciones al régimen jurídico aplicable a las EP derivadas de la reforma.**

### **B.1) Alcance y consecuencias de la reforma. Una visión general.**

La reforma del ROPC de 1997 incluyó finalmente una modificación importante del tratamiento de las EP que es un mixto entre la “opción b del primer bloque” y la “opción a del segundo bloque” antes descritos. La nueva redacción del artículo 3(2) y el nuevo artículo 2(4) son las claves para comprender la modificación producida. Los cambios y la situación tras la reforma pueden quedar resumidos de la siguiente forma:

- Las EP que no tengan plenas funciones con carácter duradero no varían su régimen jurídico: quedan pues sometidas íntegramente al régimen del artículo 81 del Tratado CE y sus reglamentos de procedimiento.

- Las EP que cumplan el requisito de plenas funciones, caen bajo el ámbito de aplicación del ROPC reformado y su reglamento de procedimiento, lo que implica que:

- a) Desde el punto de vista del análisis de compatibilidad, los efectos de las EP de plenas funciones y dimensión comunitaria quedan sometidos a un doble standard: los aspectos concentrativos de la operación se examinan en base al test de dominio (independientemente de que existan o no aspectos cooperativos derivados de la operación)<sup>38</sup>, mientras que los aspectos de coordinación se analizarán bajo los criterios de los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado CE<sup>39</sup>. La operación será declarada incompatible si supone 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, y también si la coordinación anticompetitiva de empresas que continúen siendo independientes tras la operación (las empresas matrices), resultado directo de la creación de la EP, es valorada negativamente de acuerdo a los criterios del artículo 81. 1 y 3. En los primeros meses la valoración bajo el artículo 81.1 y 3 la hizo la misma Merger Task Force, y después la vienen haciendo las unidades sectoriales correspondientes dentro de la propia Dirección General<sup>40</sup>. Por lo que se refiere a los factores a tener en cuenta para la valoración, el texto del artículo

---

<sup>38</sup> Vid. artículo 3(2) en relación a los artículos 2(2) y (3) del ROPC.

<sup>39</sup> Vid. la primera parte del artículo 2(4) del ROPC que establece que: “*En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituya una operación de concentración con arreglo al artículo 3 tenga por objeto o por efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 85 del Tratado, con objeto de determinar si la operación es compatible o no con el mercado común*”. (Cursiva añadida).

<sup>40</sup> Vid. Schmidt, G.: “Recent developments. The new merger rules have entered into force”, Competition Policy Newsletter (1998) 2, pp. 61-64, en p. 64.

2(4) no aporta grandes novedades con respecto al periodo anterior. Explícita *a título meramente indicativo* algunos de los factores que la Comisión debe tener en cuenta<sup>41</sup>. Factores que por otra parte no son sino una codificación de la práctica anterior de la Comisión<sup>42</sup>. Se da pues a la Comisión un importante margen de apreciación para realizar dicha valoración. En próximos apartados hago un estudio más detallado de las incertidumbres que la lectura del artículo 2(4) plantea y de cómo la Comisión ha venido resolviéndolas al evaluar los elementos de coordinación en los casos concretos a lo largo de los tres años largos desde la entrada en vigor de la reforma.

b) Desde el punto de vista procedimental y de reparto de competencias entre la CE y los Estados miembros, se produce una casi total equiparación en el régimen aplicable a las EP de plenas funciones, independientemente de si tienen o no por objeto o por efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes tras la operación. Así, el análisis de compatibilidad mixto antes descrito (incluyendo el examen bajo los apartados 1 y 3 del artículo 81) se hará siempre dentro del mismo procedimiento y en los plazos indicados en el ROPC<sup>43</sup>. La operación se autorizará o se declarará incompatible en base al artículo 6 (primera fase) o el artículo 8 (segunda fase). La decisión de autorización no estará limitada en el tiempo (como ocurría con las exenciones individuales del reglamento nº 17) y podrá ser revocada exclusivamente por los motivos establecidos en el apartado 3 del artículo 6 o en el apartado 5 del artículo 8 del ROPC. Se reducen pues las causas de revocación en relación a las que regían en caso de exención<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> En particular el artículo 2(4) del ROPC establece que “la Comisión tendrá en cuenta, *entre otras cosas*,  
- la *presencia significativa y simultánea de dos o más empresas fundadoras* en el mismo mercado de producto que el de la empresa en participación, o en un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con ese mercado de producto o en un mercado próximo estrechamente vinculado a dicho mercado de producto;  
- la posibilidad de que la *coordinación directamente derivada de la empresa en participación permita* a las empresas afectadas *eliminar la competencia* en lo que respecta a una parte considerable de los productos y servicios de que se trate” (Cursiva añadida).

<sup>42</sup> Vid. supra el apartado II, A de este artículo.

<sup>43</sup> Vid. en este sentido el considerando 5 de la exposición de motivos del reglamento 1310/97 que establece que “ *la evaluación de todos los aspectos* de la creación de la empresa en participación por lo que respecta a la competencia *debe efectuarse en el marco del mismo procedimiento*” (Cursiva añadida).

<sup>44</sup> Por lo que se refiere a la ilimitada duración de la decisión de autorización, vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la revisión del ROPC, Doc. COM (96) 313 final, en su ap. 29, en el que la Comisión dice que se adoptaría sólo una única decisión de compatibilidad o incompatibilidad de la operación con el mercado común, y que, caso de aplicar favorablemente el apartado 3 del artículo 81, “la decisión de la Comisión concederá una exención que abarque todo el periodo de vida de la empresa”.

En cuanto a la posibilidad de revocar las decisiones de compatibilidad basadas en el ROPC (incluidas las basadas en una eventual aplicación del apartado 3 del artículo 81) y las de exención individual del reglamento nº 17, conviene resaltar, en primer lugar, que las causas de revocación aceptadas en relación a las primeras son efectivamente más limitadas que con respecto a las segundas. Si se compara el artículo 8.5 del ROPC con el artículo 8.3 del reglamento nº 17 se puede apreciar que hay dos motivos de revocación comunes a los dos procedimientos, a saber en el caso de que la autorización se haya obtenido fraudulentamente o esté basada en información inexacta de la que sea responsable alguna de las empresas interesadas, o en el caso de que dichas empresas incumplan alguna carga que conlleve la decisión; y otras dos causas que sólo rigen en el caso de exenciones del reglamento nº 17: en el caso de que la situación de hecho cambie en relación con un elemento esencial de la decisión y si los interesados abusaren de la exención. En particular la primera de estas últimas dos causas de revocación marca una importante diferencia con el procedimiento del ROPC.

He dicho casi total equiparación porque persiste una diferencia en el caso de las empresas comunes que no tengan dimensión comunitaria: mientras que las EP de plenas funciones y sin riesgo de coordinación (EP concentrativas antes de la reforma) que no tengan dimensión comunitaria serán en principio competencia exclusiva de los Estados miembros y los artículos 81 y 82 no les serían aplicables, en el caso de que se tratase de una EP de plenas funciones pero que pudiese implicar un riesgo de coordinación, podrían, a pesar de no tener dimensión comunitaria, ser objeto de control por parte de la Comisión en base al artículo 81 y 82 del Tratado<sup>45</sup>.

---

Es también interesante tener en cuenta que la propuesta de reforma del ROPC presentada por la Comisión preveía añadir una nueva causa de revocación en las decisiones de compatibilidad basadas en el nuevo artículo 2. 4 del ROPC: el que hubiera sido artículo 1, párrafo 5.d y párrafo 7 preveía la posibilidad de revocar la decisión de autorización en el caso de que “la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, en el sentido del apartado 4 del artículo 2, ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”. Dicha propuesta no fue aceptada por el Consejo, ni incorporada por lo tanto al texto vigente. Hay que entender, pues, que no cabe revocar (ni retirar) ninguna decisión de compatibilidad basada en el ROPC (ni siquiera una decisión de exención del artículo 2.4 del ROPC) porque la situación de hecho cambie y en un momento posterior a la decisión las condiciones del apartado 3 ya no se cumplan (al menos si la Comisión no impone expresamente, al autorizar la EP, una condición diseñada para prevenir o limitar efectos spill-over futuros). En este mismo sentido, vid. Waelbroeck, M. : “Le régime applicable aux entreprises communes en Droit communautaire de la concurrence depuis l’entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil”, *Mélanges Van Ommeslaghe*, pp. 813-828, en particular p. 827. La Comisión, no obstante, y a pesar del rechazo del Consejo, es reticente a aceptar esta conclusión. Vid. en este sentido, González-Díaz (supra nota 24), p. 1049: “The Commission has however stated that it does not rule out the possibility of revoking this type of decision on the basis of general principles of administrative law concerning the revocation of administrative acts”; y Temple Lang, J.: “International Joint Ventures Under Community Law”, en Hawk, B. E. (ed): *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Jurish Publicshing Inc., Nueva York, 2000, pp. 465 y ss. Vid. también en el mismo sentido las declaraciones para el acta del Consejo, ad apartado 4 del artículo 2, en las que la Comisión hace constar que no tiene la intención de utilizar, en condiciones normales, su facultad para revocar una dispensa concedida en virtud del Reglamento, en conformidad con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado; y especifica las únicas circunstancias excepcionales en que estaría dispuesta a utilizar sus facultades, y el modo en que lo haría. Esta declaración estaba pensada en función de la nueva causa de revocación propuesta por la Comisión. A pesar del rechazo del Consejo a la nueva causa, la Comisión no retiró la declaración.

Cuestión distinta es si eventuales futuros “efectos spill-over” podrían ser controlados bajo el artículo 81 ó 82. Aunque el ROPC sea en principio, según su nuevo artículo 22.1, el único instrumento aplicable a las operaciones de concentración, el reglamento (Derecho derivado) no puede modificar las disposiciones del Tratado (Derecho originario), por lo que el texto del artículo 22.1 no es suficiente para descartar la aplicabilidad de los artículos 81 y 82 a las concentraciones. En cualquier caso, dado que, según el mencionado artículo 22.1 del ROPC, el reglamento n° 17 no es aplicable a las operaciones de concentración, salvo a algunos casos de EP sin dimensión comunitaria (en concreto las que eran antes de la reforma EP de plenas funciones cooperativas), una eventual aplicación de dichas disposiciones sólo podría hacerse en todo caso (como mucho), en base al actual artículo 85 –antiguo artículo 89- (por la Comisión), en base al actual artículo 84 –antiguo artículo 88- (por las autoridades nacionales) o en base al efecto directo de los párrafos 1 y 2 del artículo 81 (por los jueces nacionales). Las hipótesis de aplicación son muy variadas y no en todas ellas la actuación sería posible. Sin entrar a discutir las detalladamente, lo cierto es que se trata de vías residuales, no siempre posibles y en general poco probables y poco efectivas. No obstante, si efectos spill-over futuros amenazasen seriamente la competencia en un mercado, la Comisión probablemente intentaría utilizar esta posibilidad residual –la única que tendría- para proteger la competencia (en la medida de lo posible imponiendo nuevas condiciones, sin deshacer la EP). En este sentido, ver las declaraciones para el acta del Consejo mencionadas en el párrafo anterior, ad apartado 4 del artículo 2.

<sup>45</sup> Vid. nuevo artículo 22.1 del ROPC, Declaraciones para el acta del Consejo sobre el reglamento 1310/97, ad apartado 1 del artículo 22 en Expediente interinstitucional n° 96/0224 (CNS), e Información relativa a la apreciación de las empresas comunes con plenas funciones con respecto a las normas sobre competencia de la Comunidad Europea, DO C 66, de 2-3-98, p. 38.

## B.2) Una primera evaluación de la reforma.

La reforma merece en su conjunto una valoración positiva<sup>46</sup>. Los dos principales problemas que presentaba la regulación anterior han sido rectificadas o al menos paliados:

- por un lado, se ha simplificado de forma notable la decisión inicial sobre si la EP cae o no bajo el ROPC. Basta asegurarse que la EP es de plenas funciones para que el ROPC sea aplicable. El significado e interpretación del criterio de plenas funciones está en la actualidad muy consolidado<sup>47</sup>. La falta de relevancia del requisito de coordinación a estos efectos supone un ahorro importante de tiempo y esfuerzo en una fase preeliminar del análisis.

- por otro lado, la reforma implica extender las ventajas que, desde el punto de vista procedimental y de reparto de competencias, tiene el régimen de control de operaciones de concentración frente al del artículo 81 a todas las EP de plenas funciones. Me parece conveniente el decidir en un menor tiempo, a priori y con una mayor seguridad jurídica las autorizaciones a operaciones que en muchos casos serían difíciles de deshacer en un momento posterior. Por lo que se refiere al análisis de compatibilidad, se produce también una aproximación en el tratamiento de todas las EP de plenas funciones, puesto que, incluso aunque tengan elementos de coordinación, los aspectos concentrativos serán examinados sólo bajo el test de dominio<sup>48</sup>. La reserva que se establece por la que la Comisión puede prohibir la operación debido a la existencia de riesgo de coordinación entre las matrices me parece prudente, y permite a la Comisión seguir teniendo el control –y poder evitar– efectos perjudiciales a la competencia derivados de la operación. Naturalmente, dejo para un momento posterior la evaluación del modo en que la Comisión utiliza esta facultad; simplemente aquí me pronuncio a favor de la reserva, sin prejuzgar el uso que de ella se haga.

---

<sup>46</sup> Vid. en este sentido, Bello Martín-Crespo, P.: “La reforma del reglamento comunitario sobre el control de operaciones de concentración”, GJCE y de la Competencia, D-29, sept. 98, pp. 207-244, especialmente pp. 234, 237 y 243; Zonnekeyn, G. A.: ”The Treatment of Joint Ventures Under the Amended E.C. Merger Regulation”, (1998) ECLR, issue 7, pp. 414-421, especialmente pp. 420-421 o Waelbroeck, M. (supra nota 44), especialmente pp. 824 y ss.

<sup>47</sup> La mejor prueba de ello es que no ha habido importantes modificaciones en este concepto entre las directrices de la Comisión a finales del 94 (supra nota 3) y las nuevas de 1998 (supra nota 2). Los ligeros cambios (ap. 11 y 12) son más bien aclaratorios o de mejora de la redacción: el más significativo es la exigencia explícita de que la EP disponga de una dirección dedicada a las operaciones diarias (antes sólo se mencionaba la necesidad de que dispusiese de recursos humanos suficientes, sin mencionar específicamente el tema de los directivos). Para un estudio de los cambios y su interpretación, es interesante consultar a González-Díaz (supra nota 24), pp. 1050-1053.

<sup>48</sup> Conviene recordar que los criterios de los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado CE sólo serán aplicables, tal y como dice el artículo 2(4) del ROPC, a la *coordinación* del comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.

La valoración positiva de conjunto no excluye que parte de la doctrina hubiese preconizado y preferido una modificación más atrevida<sup>49</sup> o que no se criticasen aspectos puntuales de la reforma<sup>50</sup>.

En definitiva –y comparándola con la situación anterior-, la reforma ha acelerado y mejorado el control de las EP de plenas funciones de dimensión comunitaria sin por ello perder en ningún caso capacidad de control. Si tenemos en cuenta estos datos y que la reforma sigue las líneas mayoritarias<sup>51</sup> se entenderá que haya tenido una buena acogida.

#### **4. LAS INCERTIDUMBRES GENERADAS POR LA APARICIÓN DEL ARTÍCULO 2(4) DEL ROPC.**

Tal y como he adelantado ya<sup>52</sup>, el artículo 2(4) deja un importante margen de apreciación a la Comisión. Su lectura generó ciertas dudas sobre cómo iba a ser aplicado y por lo tanto cuál iba a ser su impacto en la práctica. Entre esas dudas a resolver, las principales eran:

- Algunos autores<sup>53</sup> indicaron que el texto de la reforma parecía sugerir que la valoración bajo el artículo 81 se haría en dos fases: en la primera, se valoraría si, como dice el considerando quinto, las repercusiones sobre el mercado son esencialmente estructurales, es decir si, a pesar de la existencia de algunos aspectos de coordinación, el núcleo o el centro de gravedad de la transacción es esencialmente estructural. Si tal es el caso, el test de dominio sería el único aplicable<sup>54</sup>; en la segunda, a la que se pasaría solamente si la naturaleza de la operación fuese mixta, estructural y de comportamiento, se evaluaría la operación en base a dos criterios: el test de dominio y el contenido en el artículo 81. La primera duda es pues saber si el análisis se iba a hacer efectivamente en estas dos fases y, si éste era el caso, dónde se fijaría la frontera entre la primera y la segunda fase, cuál sería en definitiva el concepto de operación esencialmente estructural o de centro de gravedad de naturaleza concentrativa.

- ¿Variaría la interpretación de los criterios de los apartados 1 y 3 del artículo 81 al aplicarlos en el marco del procedimiento de concentraciones, de una operación de concentración compleja y al ser, al menos en un primer periodo, la Merger Task Force la encargada de hacer esta evaluación? ¿Se haría un examen separado de los apartados 1 y 3? ¿Cuál sería el significado de restricción sensible del apartado 1? ¿Se examinaría si se

---

<sup>49</sup> Vid. Hawk, B.E.: “A Bright Line Shareholding Test to End the Nightmare Under the EEC Merger Regulation”, (1993) CMLRev 30, p. 1155; o Pathak (supra nota 33).

<sup>50</sup> Como, por ejemplo, la reserva por parte de la Comisión de la posibilidad de intervenir bajo el artículo 81 y 82 del Tratado CE en ciertos casos de EP concentrativas sin dimensión comunitaria o la redacción poco clara de los factores a tener en cuenta para aplicar el nuevo artículo 2(4) del ROPC. Vid. Bello (supra nota 46), pp. 237 y 243.

<sup>51</sup> Las respuestas a la consulta sobre el Libro verde –vid. Comments on the Green Paper by Associations, Documento COM (96) 313 final- se inclinaban mayoritariamente por la opción “b” de primer bloque y la opción “a” del segundo bloque. La reforma finalmente adoptada es una solución mixta entre esas dos opciones.

<sup>52</sup> Vid. supra apartado B.1.

<sup>53</sup> Vid. Zonnekeyn (supra nota 46), p. 420.

<sup>54</sup> El considerando 5 del reglamento nº 1310/97 decía que en tal caso el artículo 81.1 no sería aplicable.

cumplían cada una de las condiciones del apartado 3? ¿Tendrían todas estas condiciones la misma importancia o, por el contrario, la Comisión centraría su análisis solamente o prioritariamente en alguna de ellas? ¿Se autorizaría en la práctica la operación siempre que no se crease o reforzase una posición dominante en los mercados donde la coordinación se analizase o tuviese efectos –mismo nivel que en el artículo 2(3)- o, por el contrario, el nivel para la autorización podría ser inferior<sup>55</sup>?

Dado que hasta la fecha la Comisión no ha adoptado directrices generales para la aplicación del artículo 2(4), la solución de estas dudas hay que buscarlas en las decisiones que la Comisión ha venido adoptando en los tres años largos desde que la reforma entró en vigor.

## **5. LA PRÁCTICA DECISORIA DE LA COMISIÓN: GUÍA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2(4) DEL ROPC.**

### **A) Los pasos previos al análisis bajo el artículo 2(4) del ROPC.**

Ante una EP la Comisión viene siguiendo en la actualidad los siguientes pasos. Analiza en primer lugar si la EP tiene plenas funciones o no. Para ello, sigue las directrices marcadas en la Comunicación relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones 1998<sup>56</sup>. Si tiene plenas funciones, pasa a comprobar si tiene dimensión comunitaria. Para ello, sigue los criterios marcados en el artículo 1 del ROPC y se apoya para aplicarlos fundamentalmente en el artículo 5 del ROPC así como en las Comunicaciones sobre el concepto de empresas afectadas y la relativa al cálculo del volumen de negocios<sup>57</sup>. Si tiene dimensión comunitaria, el ROPC se aplica y la Comisión tendrá, en principio, competencia exclusiva para valorar si la operación es compatible o no con el mercado común. Dicha valoración se hará en dos fases. Primero, se examinará si crea o refuerza una posición dominante individual o colectiva en alguno de los mercados afectados de resultas de la cual se obstaculizase de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Para ello, sigue el análisis habitual del test de dominio previsto en el artículo 2(3) del ROPC. Si tal fuese el caso, la EP sería incompatible y no se autorizaría por lo tanto. Si, por el contrario, la EP no infringiese el mencionado test de dominio, la autorización de la operación dependería de si tiene por objeto o por efecto coordinar el comportamiento competitivo de las empresas matrices y de la valoración que resulte de dicha coordinación bajo los apartados 1 y 3 del artículo 81. Es, por lo tanto, aquí, en esta situación, en la que se aplica el artículo 2(4) del ROPC, y de aquí debe pues partir mi análisis detallado.

---

<sup>55</sup> La mención expresa en el artículo 2(4), entre los factores que la Comisión tendría que tener en cuenta, a la cuarta condición más que aclarar dudas, las generaba. Vid. en este sentido, Bello (supra nota 46), pp. 236-237.

<sup>56</sup> Supra nota 47.

<sup>57</sup> DO C 66 de 2-3-1998, p. 14 y 25, respectivamente.

## **B) El proceso de aplicación del artículo 2(4) en la práctica:**

La Comisión en sus decisiones sigue los siguientes pasos:

- Primero, identifica los posibles mercados candidatos a efectos de coordinación entre las matrices. Si no hay mercados candidatos, la operación se autorizará.

- Segundo, estudiará en cada uno de los mercados identificados, si la coordinación del comportamiento competitivo de las matrices es probable, significativa y consecuencia directa de la creación de la EP. Si cualquiera de estas circunstancias no se diese (la coordinación no fuera probable, significativa o consecuencia directa de la EP), la EP se autorizaría sin necesidad de analizar si el resto de las circunstancias mencionadas se cumplen o no. Si todas se dan, habrá infracción del artículo 81.1 salvo que determinados efectos anticompetitivos se puedan evitar a través de compromisos -remedies-.

- Tercero, si hay infracción del artículo 81.1, queda todavía la posibilidad de que la EP merezca una exención en base al apartado 3 del artículo 81.

Cada uno de estos grandes pasos, será analizado a continuación en detalle.

### **Primero- Identificación de los mercados candidatos a efectos de coordinación entre las matrices.**

La práctica decisoria de la Comisión se centra principalmente en los mercados en que dos o más matrices mantendrán una presencia significativa y simultánea tras la operación, limitándose habitualmente al mercado de la EP o a mercados directamente relacionados o vinculados al mercado de la EP (a). No obstante, si hay dos o más matrices que pueden ser consideradas competidores potenciales tras la operación en uno de los mercados antes mencionados, dicho mercado puede ser también incluido como mercado candidato (b). En los casos hasta ahora examinados, ya hay constatación de que una coordinación no horizontal, en particular vertical entre dos o más de las matrices pueda también ser objeto de estudio bajo el artículo 2(4) del ROPC, y los mercados afectados ser por lo tanto mercados candidatos (c).

#### **a) Mercados en que dos o más matrices mantendrán una presencia significativa y simultánea (es decir, serán competidores actuales significativas tras la operación).**

*Sólo coordinación de las matrices entre sí. No coordinación EP-matriz.*

En primer lugar, conviene dejar claro que la única coordinación que va a ser examinada por la Comisión es la de las matrices entre sí, y en ningún caso la coordinación EP-matriz. Ya la práctica decisoria de la Comisión antes de la reforma venía centrándose exclusivamente en la coordinación entre las matrices, y de ello había quedado constancia en su Comunicación del año 94 relativa a la distinción entre EP de carácter concentrativo y cooperativo<sup>58</sup>. Tras la reforma, el nuevo artículo 2(4) lo establece claramente al fijar como ámbito de aplicación del artículo 2(4) los casos de EP de plenas funciones que tengan por

---

<sup>58</sup> Vid. Comunicación (supra nota 3), especialmente en ap. 17 en el que se dice que: "La coordinación entre las empresas matrices y la empresa en participación mencionada en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 3 sólo es relevante a estos efectos cuando constituye un instrumento para lograr o reforzar la coordinación entre las empresas matrices".

objeto o por efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes. La mención a empresas independientes hay que entenderla hecha a las empresas matrices. La práctica decisoria de la Comisión confirma rotundamente esta interpretación en numerosas ocasiones<sup>59</sup> No serán, pues, mercados candidatos aquellos en que una matriz compita con la EP. Sólo aquellos en que dos o más matrices sean competidoras.

*Presencia significativa en el mismo mercado relevante de dos o más matrices.*

La Comisión, pues, centra su análisis en localizar los mercados relevantes (producto/servicio y geográfico) en que dos o más matrices tendrán una presencia significativa tras la operación. Para ello la Comisión localiza en primer lugar los mercados relevantes en que se produce un solapamiento de las actividades de dos o más matrices, para ver, en segundo lugar, si dichos mercados relevantes son mercados de los que podíamos llamar pre-candidatos (estrechamente vinculados a la creación de la EP).

*¿Hay solapamiento de las actividades de dos o más matrices?*

Las actividades de las matrices a considerar son las actividades independientes de las mismas tras la operación, no las integradas, no, por lo tanto, las llevadas a cabo a través de la EP. Dentro de las actividades independientes quedan claramente incluidas no sólo las actividades directas de las matrices, sino también las indirectas realizadas a través de empresas controladas en exclusiva por la matriz en cuestión.

¿Quedan también incluidas las actividades de empresas en las que las matrices participan en el control sin disponer de control exclusivo? ¿Y las de empresas en las que las matrices disponen tan sólo de una influencia simple? A la dos preguntas hay que responder en afirmativo. En relación a la primera, puede servir de ejemplo la decisión ENEL/FT/DT/WIND<sup>60</sup>, en la que en uno de los mercados candidatos, el de servicios avanzados de internet, dos de las matrices (FT y DT) mantendrían actividades tras la operación vía su EP Atlas que había a su vez creado otra EP junto con una tercera compañía (Sprint) llamada Atlas/Global One. Por lo que se refiere a la segunda pregunta, la decisión Mannesmann/Bell Atlantic/OPI<sup>61</sup> apoya la respuesta afirmativa, al considerar como posible mercado candidato el de telefonía móvil en Europa en el que Bell Atlantic disponía solamente de participaciones minoritarias que no le permitían participar en el control aunque si posiblemente tener una influencia simple, en operadores de móviles en Grecia y en la República Checa y Eslovaquia. Estas pruebas de apoyo son coherentes con el sentido finalista que persigue la disposición del artículo 2(4), que no es otro que ver si puede haber coordinación perseguible por el artículo 81, siendo esa coordinación factible simplemente a través de una influencia simple.

*¿Se produce dicho solapamiento en alguno de los mercados pre-candidatos?*

Los mercados pre-candidatos serán el mercado de la EP, así como otros mercados estrechamente vinculados al mercado de la EP, fundamentalmente los mercados verticales y mercados próximos desde el punto de vista del producto/servicio o desde el punto de

---

<sup>59</sup> Vid., por ejemplo, decisión de 27-5-98, as. JV.1, Telia/Telenor/Schibsted, ap. 31; decisión de 15-9-98, as. JV. 11, @Home Benelux B.V, ap. 28; decisión de 28-2-2000, as. JV. 32, Granaria/ Últje/ Intersnack/ May Holding, ap. 68 o decisión 3-5-2000, as. JV.44, Hitachi/ Nec-Dram/ JV, ap. 32.

<sup>60</sup> Decisión de 22-6-98, as. JV.2.

<sup>61</sup> Decisión de 21-5-98, as. JV. 17.

vista geográfico<sup>62</sup>. Por mercados verticales hemos de entender los mercados de los productos/servicios que están en una fase anterior o posterior al producto/servicio de la EP. Por mercados próximos desde el punto de vista del producto o servicio se entiende aquellos mercados diferentes al de la EP pero estrechamente relacionados al de la EP por presentar ambos mercados características comunes de tecnología, clientes, proveedores o competidores<sup>63</sup>. Los mercados próximos desde el punto de vista geográfico son los mismos mercados de producto/servicio pero en áreas distintas que, sin embargo, sean cercanas por su proximidad geográfica, las interacciones que existan entre ellas o sus características similares<sup>64</sup>.

*¿Y si ese solapamiento se produce solamente en mercados no comunitarios?*

Si la coordinación del comportamiento competitivo sólo es factible en mercados no comunitarios (o del EEE) y no tiene efectos anticompetitivos en territorio comunitario (o del EEE), dichos mercados no serán mercados candidatos puesto que la Comunidad no será competente en dichos mercados no comunitarios (o del EEE). En varias ocasiones, la Comisión ha manifestado su incompetencia para pronunciarse en casos que afectaban sólo a mercados no comunitarios. Así por ejemplo, en la decisión VIAG/ORANGE UK<sup>65</sup>, la Comisión sólo considera mercados candidatos los de Austria y Alemania, descartando el mercado suizo por no ser comunitario. En modo similar, en la decisión Telia/Sonera/Lithuanian Telecommunications<sup>66</sup>, los mercados candidatos serán los de Suecia y Finlandia, y no el lituano. Es llamativo que la Comisión no analice en estos dos casos si la coordinación en estos mercados no comunitarios puede surtir efectos anticompetitivos en la Comunidad. En mi opinión, debe ser atribuido más a una imprecisión de la Comisión y no a la imposibilidad de analizar bajo el artículo 81 efectos anticompetitivos en la Comunidad de prácticas u operaciones que se celebran fuera de la misma. Lógicamente, se debe aplicar aquí la teoría general sobre artículo 81 defendida por el TJCE en la sentencia Pasta de papel<sup>67</sup>.

**b) ¿También si las matrices no están activas pero son competidoras potenciales?**

Aunque entre los factores que la Comisión tendrá que tener en cuenta según el artículo 2(4) del ROPC no se hable expresamente de que las matrices sean competidoras potenciales sino que se habla solamente de presencia (competencia actual) en el mismo mercado tras la operación, dichos factores mencionados expresamente no son más que indicativos. De ningún modo pues el tenor literal del artículo 2(4) excluye la posibilidad de tener en cuenta el que las matrices sean competidoras tan sólo potenciales. Además desde el punto de vista finalista de la disposición, los dos tipos de competencia deben de estar incluidas puesto que la restricción de competencia puede proceder tanto de la eliminación o reducción de la competencia actual como de la potencial.

<sup>62</sup> Vid. primer guión del artículo 2(4) del ROPC.

<sup>63</sup> Vid. ap. 18, último guión de la Comunicación cit. supra nota 3. Para ver la aplicación de la definición en un caso concreto, vid. decisión en as. JV. 44 (supra nota 59), ap. 33.

<sup>64</sup> Ibidem en ap. 19 y por analogía ap. 18.

<sup>65</sup> Decisión de 11-8-98, as. JV. 4, ap. 7.

<sup>66</sup> Decisión de 14-8-98, as. JV. 7, ap. 7.

<sup>67</sup> Sentencia TJCE de 27-9-88, as. acumulados 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, Alhström c. Comisión (Pasta de papel), Rec. p. 5240 y ss, especialmente FJ. 16 y 17. La aplicación de la teoría general en este ámbito se ha confirmado en la decisión de 15-12-1999, as. JV.33, Hearst/VNU, ap.18, al decirse que la operación no presentaba problemas ya que el único mercado afectado era el rumano y además la operación no tenía efecto en la Comunidad.

La práctica decisoria de la Comisión ha resuelto la duda que pudiera existir confirmando que el artículo 2(4) puede ser también aplicable cuando las matrices son meramente competidoras potenciales. Así han sido considerados como mercados candidatos aquellos en que sólo una de las matrices estaba activa y la otra era meramente potencial<sup>68</sup> o ninguna estaba activa pero varias de ellas eran competidoras potenciales<sup>69</sup>.

Por lo que se refiere a la noción de competencia potencial utilizada y su aplicación, la Comisión parece seguir el expresado en el Informe de competencia del año 93 y reiterado en la Comunicación del mismo año sobre tratamiento de las EP cooperativas<sup>70</sup>. Parece haber, no obstante, algunos indicios de que la Comisión continúa la tendencia, ya mencionada anteriormente, de aplicar dicha noción de una forma más realista que en periodos anteriores. Así por ejemplo, en la decisión en el asunto JV.2<sup>71</sup> descarta que FT y DT puedan entrar en el mercado de la EP (italiano) después de la creación de la EP, ya que "in view of the substantial investments in the JV which the parties have already done or will have to make, it is unlikely that they would enter these markets on their own -reflected by their agreement not to compete with each other on these markets". Sin embargo, las motivaciones no abundan y todavía es pues pronto para ver con claridad el alcance de esta tendencia. En cualquier caso, la determinación de si las matrices son competidoras potenciales ha perdido importancia con respecto a periodos anteriores y en muchos casos podrá quedarse como una cuestión abierta, dado que, como veremos, en pocas ocasiones se va a considerar que hay probabilidad de coordinación anticompetitiva significativa.

**c) ¿Otros mercados? Por ejemplo, si las matrices no operan en el mismo mercado pero sí en mercados verticalmente relacionados entre sí.**

Entre los factores que la Comisión tiene que tener en cuenta, según el tenor del artículo 2 (4), se hace referencia expresa solamente a la coordinación horizontal y no vertical o conglomeral. Se habla solamente de presencia simultánea de dos o más matrices en el mismo mercado de la EP o en mercados relacionados. Sin embargo, estos factores mencionados expresamente no son una lista exhaustiva, ya que el propio texto establece que son factores que la Comisión tendrá que tener en cuenta, "entre otras cosas". Queda, pues, abierta la posibilidad de evaluar también posibles riesgos de coordinación vertical o conglomeral entre las matrices.

La práctica decisoria de la Comisión ofrece ya pruebas de que la Comisión va a evaluar también estos riesgos de coordinación no horizontal. Así ocurrió en el asunto NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica<sup>72</sup>, en particular en relación a los riesgos de coordinación vertical entre varias de las matrices derivados de la operación notificada. Se trata de la

---

<sup>68</sup> En el as. JV.2 (supra nota 60): son considerados candidatos el mercado alemán en que sólo Deutsche Telecom estaba presente, y el mercado francés en que sólo France Telecom tenía actividades, dado que cada una de las matrices podría ser competidora potencial en el mercado originario de la otra. Es interesante resaltar que la Comisión no se pronunció definitivamente sobre si eran competidoras potenciales, porque consideró que, incluso aunque lo fueran, no habría coordinación anticompetitiva inaceptable. En sentido similar se pueden ver el as. JV.11 (supra nota 59), ap. 28 o la decisión de 4-8-98, as. JV.5, Cegetel/Canal+/Aol/Bertelsmann, ap. 27 y 29.

<sup>69</sup> En el as. JV.11 (supra nota 59), ap. 28, las tres matrices son competidoras potenciales en el mercado de la EP. En el mismo sentido, vid. decisión de 30-11-99, as. JV. 28, Sydkraft/ Hew/ Hansa Energy Trading, ap. 27.

<sup>70</sup> Vid. XIII Informe sobre la Política de Competencia (1983), ap. 55 y Comunicación cit. supra nota 26, ap. 18-20.

<sup>71</sup> Supra nota 60.

<sup>72</sup> Decisión de 3-12-1998, as IV/M. 1327.

constitución de una EP -NCH- entre Canal+, CDPQ y BankAmerica para operar en el mercado de la televisión de pago en Francia y otras zonas de habla francesa. La Comisión, después de descartar la creación o reforzamiento de una posición dominante en el mercado francés o en otros mercados de habla francesa, se preocupa de evaluar si la operación presenta riesgos de coordinación entre las matrices en otros mercados relacionados. En particular, le preocupan los posibles efectos en el mercado español donde las empresas matrices también estaban activas. Canal+, junto con Prisa, tenía el control conjunto de Sogecable (Canal+España), el operador más importante en el mercado de la televisión de pago en España. Por su parte, BankAmerica y CDPQ, junto con una tercera empresa, disponían del control conjunto de Cableuropa, uno de los principales competidores en el futuro de Sogecable. Así pues, las tres matrices disponían de participaciones de control en el mercado español de la televisión de pago, y había que analizar si la operación notificada presentaba riesgos de coordinación horizontal entre Sogecable y Cableuropa, y por lo tanto entre las tres matrices. Además Cableuropa compraba derechos de televisión de pago a Sogecable. Había pues que analizar también los riesgos de coordinación vertical entre Sogecable y Cableuropa en el mercado de suministro de canales o programas temáticos (películas, deportes,...) para la distribución vía televisión de pago. La Comisión descartó la existencia de riesgo de coordinación horizontal pero consideró que tal riesgo existía en el caso de la coordinación vertical. La Comisión apreció un grave riesgo de que la operación notificada condujese a una discriminación en favor de Cableuropa y en perjuicio del resto de los competidores de esta empresa a la hora de obtener los programas de Sogecable<sup>73</sup>.

Queda con ello constancia de que la presencia de varias matrices no en el mismo mercado, sino en mercados relacionados verticalmente entre sí y próximos al mercado de la EP, puede hacer que dichos mercados sean mercados candidatos a efectos del artículo 2 (4) y desencadenar un riesgo inaceptable de coordinación. Aunque no hay por el momento constancia parecida en casos de coordinación conglomeral, hay que considerarla igualmente como posible objeto de análisis.

### **Segundo- El análisis de los riesgos anticompetitivos en cada uno de los mercados candidatos identificados.**

**a) La operación corre el riesgo de ser prohibida solamente si se dan cumulativamente las tres siguientes circunstancias:**

- *la coordinación a examinar es consecuencia directa de la creación de la EP,*
- *la coordinación tendría, de producirse, un efecto anticompetitivo significativo,*
- *y es probable que haya coordinación anticompetitiva entre las matrices en los mercados candidatos.*

La Comisión es muy pragmática en su análisis de los casos concretos y le basta reflejar en la motivación de la decisión que una de estas circunstancias, la que más sencillamente se pueda descartar, no existe, para autorizar la operación. No hay pues un orden preestablecido en el análisis de esas circunstancias, ni en la mayor parte de las decisiones se examinan los tres aspectos. A efectos de sistematización teórica, considero

---

<sup>73</sup> Ibidem, ap. 31-37.

no obstante que el orden arriba establecido es el más adecuado. A través de la primera lo que se está decidiendo en realidad es que tipo de coordinación debe ser examinada bajo el artículo 2(4) del ROPC por tener su origen o su impulso en la creación de la EP; es pues un paso preliminar. Una vez determinado esto, hay que ver si dicha coordinación es suficientemente preocupante como para que la operación corra el riesgo de ser prohibida. No será tal el caso si, incluso aunque se produjese, no tendría un impacto significativo –segundo paso-. Una cuota conjunta baja de las partes implicadas puede ser suficiente, a falta de otros indicios en contra, para descartar un impacto significativo. Si no se puede descartar el riesgo así, habrá que pasar al tercer punto y hacer un análisis más a fondo de todas las circunstancias del mercado para saber si las características de la operación y el contexto en que se produce, originarían con una alta probabilidad un efecto perjudicial inaceptable para la competencia. Éste es pues el orden que he decidido seguir para detallar cada una de las tres circunstancias antes mencionadas.

***a.i) La coordinación a examinar es consecuencia directa de la creación de la EP.***

La Comisión exige para aplicar el artículo 81 a los aspectos cooperativos de la EP que la creación de la EP tenga por objeto o por efecto la coordinación competitiva de las matrices. Para ello es necesario que exista un vínculo de causalidad claro entre la creación de la EP y el resultado de la coordinación anticompetitiva<sup>74</sup>. Si no se puede demostrar con el suficiente grado de certeza que la creación de la EP es la causante de la coordinación o que, al menos, crea un incentivo adicional para la coordinación anticompetitiva de las matrices, esta coordinación no se analizará en el marco del artículo 2(4) del ROPC. Ello sin perjuicio del posible análisis separado de dicha coordinación bajo el procedimiento del reglamento nº 17<sup>75</sup>. *No existirá tal vínculo suficiente de causalidad:*

*- si la coordinación se debe sólo a vínculos entre las matrices anteriores a la creación de la EP, o si las matrices tenían antes de la creación de la EP la posibilidad de competir entre ellas y no lo venían haciendo (deliberadamente habían excluido tal competencia por otra serie de razones que nada tenían que ver con la creación de la EP)*

Así por ejemplo en la decisión ENEL/FT/DT/WIND<sup>76</sup>, la Comisión examinó si la creación de la EP llamada Wind para operar en el mercado de los servicios de telecomunicaciones en Italia entre Deutsche Telekom (DT) y France Telecom (FT) causaría una coordinación anticompetitiva entre las matrices en sus mercados de origen de telefonía fija, Alemania y Francia respectivamente. Llegó a la conclusión de que no había vínculo de causalidad suficiente puesto que DT y FT no venían compitiendo intensamente entre ellas en sus mercados de origen a pesar de las posibilidades derivadas de la liberalización del sector de las telecomunicaciones. Esa ausencia de competencia entre las matrices parecía tener su causa en un opción deliberada de las matrices que venían cooperando en el marco de la alianza Atlas/Global One, aprobada anteriormente por la Comisión. Lo mismo ocurría por lo que se refiere al mercado de los servicios internacionales avanzados.

---

<sup>74</sup> Ver la mención a este requisito entre otras en los asuntos JV.2 (supra nota 60), JV. 4 (supra nota 65), JV. 18 (decisión de 1-6-99, Chronopost/Correos), JV. 17 (supra nota 61), JV. 23 (decisión de 17-12-99, Telefónica/Portugal Telecom/Medi Telecom) o JV. 3 (decisión de 8-7-98, BT/Airtel).

<sup>75</sup> Vid. por ejemplo decisión de 30-9-99, as. JV.22, Fujitsu/Siemens, p. 15; “Agreements between the parent companies to co-operate in the global account IT services are a co-operative element that it is not directly related and necessary to the implementation of the JVC. Therefore this decision will not examine the agreements under article 2(4) of the Merger Regulation”.

<sup>76</sup> Supra nota 60.

De forma similar en la decisión VIAG/ORANGE UK<sup>77</sup>, las matrices crearon una EP (OrangeS.A.) para operar en Suiza. La Comisión examinó si de esa operación se podía derivar un riesgo de coordinación anticompetitiva de las matrices en el mercado austriaco, y lo descartó puesto que en todo caso tal coordinación derivaría de las participaciones accionariales de las matrices en Connect Austria, participaciones que eran anteriores a la operación ahora notificada.

Igualmente en el asunto JV.23<sup>78</sup>, Telefónica y Portugal Telecom notificaron la adquisición de control conjunto de Médi Telecom que operaría en Marruecos. La Comisión examinó si había un efecto spill-over en los mercados portugués y español. Concluyó que no, entre otras razones, porque las matrices no habían competido entre ellas antes de la creación de la EP. Es más habían firmado un acuerdo de cooperación que fue aprobado por la Comisión en su momento.

*- o si existe cualquier otra circunstancia que justifica la ausencia de competencia entre las matrices.*

Así por ejemplo en la decisión Chronopost/Correos<sup>79</sup>, la Comisión examinó si la adquisición de control conjunto por parte de Correos en la EP junto con Chronopost-La Poste crearía efectos spill-over en el mercado de los servicios universales de distribución de correo en Francia y en España. La existencia de monopolios regulados a nivel nacional hacía poco probable la coordinación y en cualquier caso, la creación de la EP no originaría ninguna incitación adicional a la coordinación entre las matrices.

*- o si la operación es demasiado pequeña en comparación con las operaciones en los mercados candidatos como para condicionar el comportamiento de las matrices en esos otros mercados.*

Así en la decisión Telefónica/Portugal Telecom/Medi Telecom<sup>80</sup>, la pequeña dimensión de las actividades de la EP entre Telefónica y Portugal Telecom en Marruecos en comparación con la importancia del resto de las actividades de las matrices en sus mercados de origen hacía que la creación de la EP no fuese un factor significativo relevante de una eventual coordinación del comportamiento competitivo de las matrices en esos mercados de telecomunicación en los países de origen.

**a.ii) La coordinación tendría, de producirse, un efecto anticompetitivo significativo.**

Los factores a tener en cuenta por la Comisión para su análisis bajo el artículo 2(4) del ROPC que aparecen mencionados expresamente en el texto del artículo incluye la necesidad de una presencia no sólo simultánea sino significativa de las matrices en alguno de los mercados candidatos. Con ello se está aludiendo a la doctrina de minimis que tanto la Comisión como el Tribunal vienen aplicando en el ámbito general del artículo 81<sup>81</sup>. No

---

<sup>77</sup> Supra nota 65.

<sup>78</sup> Supra nota 74.

<sup>79</sup> Supra nota 74.

<sup>80</sup> Supra nota 74.

<sup>81</sup> Vid. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE, DO C 372 de 9 de Diciembre de 1997, p. 13, comúnmente llamada Comunicación de minimis, y, por lo que se refiere al Tribunal, entre otras, la Sentencia TJCE de 9-7-1969, as. 5/69, Völk c. Vervaecke, Rec. p. 295, FJ. 3. La Comisión ha publicado recientemente un proyecto de reforma de la Comunicación de minimis: vid. DOCE C 149 de 19-5-2001, pp. 18-20.

obstante, la práctica decisoria de la Comisión bajo el artículo 2(4) del ROPC parece ser más flexible que la impuesta por su Comunicación de minimis en el ámbito general del artículo 81. Mientras que en esta última se establece que la coordinación horizontal no ocasionará un efecto sensible si la cuota de mercado de las empresas partes en el acuerdo no supera el 5% del total del mercado,<sup>82</sup> hay casos analizados bajo el artículo 2(4) del ROPC en el que el efecto apreciable se ha descartado con cuotas conjuntas de mercado cercanas al 10 ó 11%<sup>83</sup>.

**a.iii) Y además es probable que haya coordinación anticompetitiva entre las matrices en los mercados candidatos.**

La Comisión viene realizando un análisis económico mucho más detallado y mucho más exigente y serio que en el pasado para dilucidar si la coordinación del comportamiento de las matrices es una hipótesis probable. Este análisis ha pasado a basarse en datos esencialmente estructurales: la Comisión se fija en características del mercado candidato tales como, entre otras, las cuotas de mercado y la posición de las partes implicadas y su dimensión, el número y la posición de otros competidores actuales o potenciales en el mercado, el nivel de las eventuales barreras de entrada, el grado de dinamismo y crecimiento del mercado, la elasticidad de la demanda, el contrapeso que pueden hacer fuertes compradores o la dimensión de dicho mercado en relación al resto de las actividades de las matrices. Solamente si del análisis de todas ellas, se deduce que el comportamiento económicamente racional de las matrices sería la colusión y los consiguientes efectos perjudiciales para los consumidores (con afectación del comercio entre los EM), la operación notificada corre el riesgo de ser prohibida.

Con objeto de que se visualice mejor el tipo de análisis antes descrito, a continuación explicaré algunos de los casos más representativos tanto de situaciones en que la Comisión ha descartado la probabilidad de coordinación como de casos en que ha apreciado que ésta era probable y preocupante. Al mismo tiempo iré señalando algunos de los factores que son especialmente relevantes para el análisis y las conclusiones de la Comisión.

---

<sup>82</sup> Ver Comunicación de minimis, ap. 9. Para acuerdos verticales, el umbral es del 10%. En caso de acuerdo mixto horizontal/vertical o de que surjan problemas a la hora de clasificar el acuerdo como horizontal o vertical, se aplica el umbral del 5%. El nuevo proyecto de Comunicación de minimis propone como umbrales el 10% para las restricciones horizontales o mixtas y el 15% para las verticales (ap. 8 del proyecto).

<sup>83</sup> Vid., por ejemplo, decisiones en los as. JV.1 (supra nota 59) o JV.5 (supra nota 68), en las que se considera de minimis por ser inferior al 10%, o JV. 17 (supra nota 61), por ser inferior al 11%; En el as. JV.2 (supra nota 60) la referencia en el mercado de la telefonía móvil es a una cuota no superior al 15% pero no queda claro en la decisión si por debajo de ese umbral no hay efecto apreciable (de minimis) o si por debajo de ese umbral, en el caso concreto la creación de la EP no supondría un incentivo a la coordinación. No hay datos cuantitativos en la práctica de aplicación del artículo 2(4) del ROPC sobre el caso de acuerdos verticales o mixtos. La práctica decisoria parece pues atenerse más al nuevo proyecto que a la Comunicación todavía vigente.

**- Descartando la probabilidad de la coordinación: factores relevantes.**

*1- Si las partes implicadas no disponen de un poder de mercado suficiente para hacer su coordinación estable y efectiva<sup>84</sup>, la Comisión descartará la probabilidad de la coordinación anticompetitiva.*

*a) Por ejemplo si, en ausencia de otros datos que pudieran ser indicativos de un riesgo de coordinación, las partes implicadas disponen de cuotas de mercado conjuntas bajas -inferiores al 15%-, la Comisión ha considerado que no habría colusión<sup>85</sup>.*

*b) Incluso con cuotas de mercado conjuntas altas -de hasta entre el 35-65%-, otras características estructurales del mercado como, entre otras, bajas barreras de entrada, alto dinamismo e importantes expectativas de crecimiento o ampliación del mercado y alta elasticidad de la demanda han llevado a la Comisión a la misma conclusión. A continuación explico dos de los casos más representativos de este tipo de situación<sup>86</sup>*

En la decisión Telia/Telenor/Schibsted<sup>87</sup>, estas tres empresas constituyen una EP - NewCoI- para la prestación de ciertos servicios de Internet al consumidor individual y al sector empresarial principalmente en Suecia. Tras la creación de la EP, Telia y Telenor se mantendrían activas en el mercado vertical ascendente de acceso telefónico a Internet (Dial up Internet Access), un mercado candidato según la Comisión. Telia y Telenordia disponían de una cuota de mercado conjunta sustancial que según algunas estimaciones podría estar entre el 35-65% del mercado. La Comisión descarta la probabilidad de la coordinación entre estas matrices puesto que el mercado de acceso telefónico a Internet se caracteriza por su rápido crecimiento (tasa de crecimiento estimada en Suecia en los próximos 3 años en torno al 30%), ya hay 100 ISPs (proveedores de servicios de internet) operando y la entrada de otros proveedores locales y globales es posible, hay un proveedor muy importante -Tele2- que tiene entre el 40-50% de la cuota de mercado y las matrices implicadas -Telia y Telenordia- han perdido entre el 15 y el 20% de la cuota de mercado en los últimos 9 meses.

De forma similar, en la decisión TXU Europe/EDF-London Investments<sup>88</sup>, las dos compañías solicitaron a la Comisión la autorización para la constitución de una nueva EP que prestaría servicios de utility network asset management (gestión de activos de servicios en red) y servicios operativos para propietarios de servicios en red. La Comisión descarta la probabilidad de coordinación anticompetitiva en los tres mercados candidatos,

---

<sup>84</sup> Venit, J. S. en su artículo “The Treatment of Joint Ventures under the EC Merger Regulation—Almost through the Thicket”, en Hawk, B. E. (ed), cit. supra nota 44,, lleva a sus últimas consecuencias este razonamiento: vid. discusión infra en ap. VI de este artículo, especialmente en su nº 2 y en la nota a pp. 131.

<sup>85</sup> Vid. as. JV.2 (supra nota 60), JV.7 (supra nota 66), JV.21 (decisión de 17-8-99, Skandia/Storebrand/Pohjola), JV. 14 (decisión de 26-11.98, Panagora/DG Bank), JV. 22 (decisión de 30-9-99, Fujitsu/Siemens) en relación a los mercados de “retail workstations”, “hardware maintenance services”, y “global account IT services”, JV.36 (decisión de 3-2-2000, TXU Europe/ EDF-London Investments), JV.5 (supra nota 68) y JV. 40 (decisión de 22-6-2000, Canal+/ Lagardere/ CanalSatellite), ap. 49.

<sup>86</sup> Vid. también, entre otros, el as. JV.25 (decisión de 21-12-99, Sony/Time Warner/CDNOW), en el que los 5 principales productores, entre ellos dos de las matrices, tenían el 75% de cuota de mercado. A pesar de ello a la Comisión el caso no le pareció preocupante ya que había una competencia efectiva de marcas independientes (independent labels) que eliminaban el riesgo de coordinación oligopolística; el as. JV. 30 (decisión de 3-2-2000, BVI Television (Europe)/SPE Euromovies Investments/ Europe Movieco Partners), y el as. M.1449 (decisión de 29-4-1999, Sabena/Snecma).

<sup>87</sup> Supra nota 59.

<sup>88</sup> Supra nota 85.

los de generación, comercialización y suministro de electricidad, a pesar de que en los dos últimos las cuotas de mercado de las matrices eran significativas (por encima del 15%). Así en el mercado de la comercialización de electricidad, la cuota conjunta de las partes era cercana al 25%, pero la existencia de competidores con cuotas importantes y el hecho de que se tratase de un mercado en crecimiento con bajas barreras a la entrada, fue suficiente para descartar la coordinación. En el mercado de suministro de electricidad, se consideró por un lado el suministro a pequeños clientes y por otro lado, el suministro a los grandes clientes. En el primer caso, si se consideraba que el mercado geográfico relevante era el mercado del conjunto de Inglaterra y Gales, la cuota de las partes estaba cercana al 30%. Había otros competidores pero con cuotas bastante inferiores, entre el 5 y el 10%. La situación no preocupó a la Comisión puesto que las cuotas de mercado de las matrices estaban ya decreciendo y se trataba de un mercado en crecimiento en el que se esperaban nuevas entradas. Si el mercado geográfico relevante fuese cada "PES authorised area" (zona autorizada a cada suministrador público de electricidad), la cuota de las matrices podría estar en algunos casos cercana al 90%. A pesar de ello, la Comisión no consideraba preocupante la situación ya que la liberalización había empezado sólo en septiembre de 1998 y a partir de mayo de 1999 la elección de suministrador sería libre, las cuotas de mercado en cada área de suministro propia estaba decreciendo y el suministro estaba ahora sometándose a una competencia creciente tanto por parte de otros "PES" como de nuevos competidores, y se trataba además de un mercado en crecimiento. En el caso del suministro a grandes clientes, la situación tampoco implicaba coordinación anticompetitiva a pesar de que las matrices disponían de una cuota conjunta cercana al 20% ya que había otros competidores importantes, se estaban notando cada vez más los efectos de la liberalización que era total desde principios de los 90 y los grandes clientes vigilaban atentamente los precios.

*2- Cuando no existe solapamiento entre las actividades de las matrices o ese solapamiento es insignificante (hemos de suponer también potencialmente), la Comisión viene descartando también la probabilidad de coordinación anticompetitiva de la operación.*

En principio, tal y como vimos en el primero de los pasos –la identificación de los mercados candidatos a la coordinación entre las matrices-, si no existe solapamiento o ese solapamiento es insignificante, dichos mercados no serán mercados candidatos. Sin embargo, en algunas ocasiones, la Comisión realiza un análisis parcial o incompleto en el marco del primer paso, estableciendo simplemente que las matrices están activas en el mismo sector de actividades (sin precisar si ese sector equivale al mercado relevante) o deja abierta la definición del mercado relevante desde el punto de vista del producto o geográfico por la complejidad de la definición y la no necesidad de precisarlo en función de que, en cualquier caso, fuese cual fuese la definición por la que se optase, hay suficientes elementos para descartar la probabilidad de coordinación anticompetitiva entre las matrices. En estas dos situaciones, la Comisión ha considerado como factor relevante para descartar la probabilidad de la coordinación el que no haya solapamiento o que éste sea insignificante. Así por ejemplo, en la decisión Fujitsu/Siemens<sup>89</sup>, uno de los mercados candidatos analizados es el de servicios de mantenimiento de hardware. A la hora de definir el mercado relevante geográficamente, la Comisión había dejado abierta su conclusión: consideraba como hipótesis más probable que el mercado fuese nacional pero dejaba abiertas otras hipótesis<sup>90</sup>. Al evaluar el riesgo de coordinación, constata que los

---

<sup>89</sup> Supra nota 85.

<sup>90</sup> Ibidem, ap. 19.

servicios de mantenimiento de las partes no se solapan en modo significativo en ninguno de los mercados nacionales implicados: mientras que Fujitsu tenía actividades en el Reino Unido, Portugal y Finlandia, Siemens operaba en Alemania, Austria e Irlanda; ninguna de las matrices tenía actividades significativas en este tipo de servicios de mantenimiento en el territorio de la otra, siendo pues sus servicios complementarios desde un punto de vista geográfico. Basándose en esa complementariedad y en esa ausencia de solapamiento significativo, la Comisión concluyó que era improbable la coordinación anticompetitiva. El mismo tipo de razonamiento lo podemos encontrar en la misma decisión en relación al mercado candidato de “Global Account IT Services” (servicios de tecnología de la información para clientes globales), y en otras decisiones<sup>91</sup>.

*3- Incluso en mercados cuya estructura anterior a la operación puede ser calificada de conducente a coordinación, la Comisión no considerará probable que la coordinación se produzca o se refuerce si las circunstancias particulares de las matrices o de alguna de ellas indican que no alineará su comportamiento con las otras matrices y mantendrá incentivos para competir.*

Puede servir de ejemplo la decisión NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica<sup>92</sup>, en la que se analiza la adquisición de control conjunto por parte de Canal+, CDPQ y BankAmerica de la empresa NCH. La EP operaría en el mercado de la televisión de pago en Francia y otros territorios europeos de habla francesa. Las matrices mantenían tras la operación actividades en el mismo mercado del producto pero distinto mercado geográfico, en particular en España, mercado próximo geográficamente: Canal+ a través de Sogecable (controlada conjuntamente por Prisa y Canal+), mientras que las otras dos matrices participaban en el control conjunto de otro operador en el mercado español, Cableuropa. Al analizar el riesgo de coordinación horizontal entre Sogecable y Cableuropa en el mercado español, caracterizado por una muy fuerte posición de uno de los operadores - Sogecable- y una intensa concentración con vínculos entre todos los operadores a través de diferentes EP, la Comisión se pregunta si, después de la operación, Sogecable y Cableuropa tendrían todavía incentivos para competir. Llega a la conclusión de que sí mantendrían los incentivos para competir, dado que: por un lado, Cableuropa, como empresa que estaba en fase inicial de entrada y expansión en el mercado español de la televisión de pago, necesitaba obtener tantos suscriptores como fuese posible lo que hacía preveer que competiría en precios con Sogecable; y por otro lado, el producto que Cableuropa ofrecía (un paquete conjunto de servicios de internet, telefonía y televisión de pago) se diferenciaba del de Sogecable que ofrecía sólo servicios de televisión de pago.

En la decisión Allied Signal/MTU<sup>93</sup>, las dos matrices se mantendrían activas en el sector de los motores para aviones comerciales. La Comisión calificó la coordinación de improbable basándose en que las matrices operaban cada una en un segmento diferente dentro del sector y sobre todo en un compromiso adquirido por MTU con una tercera empresa. En efecto, mientras que Allied Signal diseñaba y fabricaba motores y suministraba motores y equipamiento original a fabricantes de aviones, MTU se dedicaba al suministro de componentes y sistemas a consorcios de desarrollo de motores para aviones, en particular a uno que compartía junto con un competidor de Allied Signal -la

---

<sup>91</sup> Vid., entre otras las decisiones en los as. JV. 21 (supra nota 85) o JV. 19 (decisión de 11-8-99, KLM/Alitalia). Para un caso de no solapamiento geográfico significativo, vid. decisión en as. JV. 44 (supra nota 59), ap. 36. Para un caso de solapamiento solamente temporal, vid. decisión en as. JV. 40 (supra nota 85), ap. 46.

<sup>92</sup> Decisión de 3-12-98, as. M.1327.

<sup>93</sup> Decisión de 20-9-99, as. M. 1623.

empresa Pratt & Whitney-. Debido a ello, MTU se había comprometido con su socio Pratt & Whitney a no cooperar con otros suministradores de motores en el segmento en que Allied Signal estaba activa. Este compromiso bloqueaba, según la Comisión, la coordinación entre Allied Signal y MTU.

*4- En los análisis de coordinación horizontal entre las matrices en mercados verticales en relación al mercado de la EP, uno de los factores que aparece frecuentemente mencionado como relevante (junto con otros) a la hora de valorar la probabilidad de coordinación son las relaciones de suministro/aprovisionamiento entre las matrices y la EP y su importancia. Así, son factores que abogan por descartar la probabilidad de la coordinación de las matrices en el mercado verticalmente relacionado con el de la EP:*

*- el que la EP no vaya a ser el principal cliente de los servicios o productos ofertados por las matrices en el mercado ascendente al de la EP, sino que la proporción de las compras de la EP a las matrices sea baja en relación al total de las ventas de las matrices. Por ejemplo, en la decisión Cegetel/Canal+/AOL/Bertelsmann<sup>94</sup>, estas cuatro empresas notificaron a la Comisión la adquisición de control conjunto de la empresa AOL/CIS que operaría como un proveedor de servicios de Internet (acceso telefónico a Internet, publicidad en Internet y pago por contenido). Los proveedores como la EP todavía dependen en buena parte de operadores de telecomunicaciones en red para ofrecer sus servicios a sus clientes. Sólo Cegetel está activa como tal operador en Francia. Sin embargo, la Comisión analizó también otros medios alternativos recientes para acceder como el cable, satélite, etc, en el que Canal+ y algunas de sus filiales estaban también activas en Francia. Por ello, consideró que dos de las matrices eran competidoras actuales o, cuando menos potenciales, en el mercado de "network distribution services" (servicios de distribución en red). Al descartar la probabilidad de coordinación de las matrices en este mercado, uno de los factores relevantes<sup>95</sup> fue que la EP no sería el principal cliente de los servicios de distribución en red ofertados por las matrices. Las infraestructuras de éstas se usaban principalmente para telecomunicaciones y distribución de televisión y no para el servicio de acceso telefónico a Internet<sup>96</sup>;*

*- el que la EP sea libre de comercializar también productos de competidores de las matrices. Por ejemplo, en la decisión Bertelsmann/Planeta/Bol Spain<sup>97</sup>, se crea una EP para la venta de libros por Internet. Las matrices se mantenían activas en el mercado ascendente de la publicación de libros en España. Al analizar el riesgo de coordinación en este mercado ascendente, la Comisión lo descarta, entre otros factores<sup>98</sup>, porque no había acuerdo que impidiese a la EP comercializar los libros de otros editores competidores de las matrices<sup>99</sup>.*

---

<sup>94</sup> Supra nota 68.

<sup>95</sup> Otros factores relevantes fueron que el mercado estaba dominado por France Telecom y que las cuotas de mercado de las matrices eran bajas: Cegetel, menos del 5% y Canal+ sólo estaría activa en un futuro vía distribución por satélite.

<sup>96</sup> Ver en sentido parecido la decisión en el as. JV.11 (supra nota 59), en el as. JV. 29 (decisión de 20-12-99, Lafarge/Readymix), y en el as. M. 1484 (decisión de 2-6-99, Alstom/ABB).

<sup>97</sup> Decisión de 3-12-99, as. JV. 24.

<sup>98</sup> Bertelsmann tenía una presencia insignificante y Planeta estaba lejos de ser dominante (ap. 3).

<sup>99</sup> En sentido idéntico, JV. 39 (decisión de 28-2-2000, Bertelsmann/Planeta/NEB).

5- Además otro de los factores que viene teniendo en cuenta la Comisión es la comparación entre la dimensión del mercado de la EP y el resto de los mercados candidatos a la coordinación<sup>100</sup>. Si el primero presenta una dimensión pequeña en relación a los segundos, éste puede ser un factor determinante para que la Comisión descarte la probabilidad de coordinación en dichos mercados candidatos. Así por ejemplo, en la decisión Telia/ Sonera/ Lithuanian Telecommunications<sup>101</sup>, Telia y Sonera notificaron la adquisición de control conjunto de un operador de telecomunicaciones lituano (LT). Entre los mercados candidatos a la coordinación entre las matrices, la Comisión examinó el mercado de la telefonía móvil. En la hipótesis de que el mercado geográfico relevante fuese nacional (no se precisa: podría ser también europeo), la Comisión descarta la probabilidad de coordinación, entre otros factores, porque la dimensión del mercado lituano de telecomunicaciones (el mercado de la EP) era muy reducida en relación a los mercados de Finlandia y Suecia (mercados principales de las matrices) y los beneficios que se podían esperar del mercado lituano todavía más reducidos comparativamente<sup>102</sup>. El mismo factor resultó también relevante en la misma decisión para descartar la probabilidad de coordinación en el mercado de la telefonía fija, y lo mismo ocurrió en otras decisiones<sup>103</sup>. Cuanto más reducida sea la dimensión del mercado de la EP en comparación con los mercados de las matrices, menos probable será la coordinación de las matrices en sus actividades independientes. Es difícil dar datos más exactos por el momento ya que la Comisión no suele mencionar cifras y las escasas ocasiones en que lo ha hecho no parecen suficientemente significativas como para extraer de ellas unos umbrales generales indicativos<sup>104</sup>.

**- Constatando la probabilidad de la coordinación anticompetitiva:**

En muy escasas ocasiones la Comisión ha considerado que existía probabilidad de coordinación anticompetitiva entre las matrices en alguno de los mercados candidatos<sup>105</sup>. Merece la pena examinar detalladamente estos pronunciamientos de la Comisión para captar el tipo de situaciones en que la operación corre el riesgo de ser prohibida por este motivo.

El primer caso en que la Comisión juzgó que existía probabilidad de coordinación anticompetitiva entre las matrices es la **decisión NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica**<sup>106</sup>, en particular en relación a los riesgos de coordinación vertical entre varias de las matrices derivados de la operación notificada. Tal y como describí anteriormente en este artículo<sup>107</sup>, se notificó la constitución de una EP -NCH- entre Canal+, CDPQ y BankAmerica para operar en el mercado de la televisión de pago en Francia y otras zonas de habla francesa. Entre los mercados candidatos a efectos de coordinación identificados por la Comisión se

---

<sup>100</sup> Es éste un factor que también es relevante para determinar si existe el necesario vínculo de causalidad entre la creación de la EP y la coordinación a examinar: vid. supra apartado “a.i”.

<sup>101</sup> Supra nota 66.

<sup>102</sup> Ibidem, pág. 8.

<sup>103</sup> Vid. entre otras, las decisiones en los as. JV. 1 (supra nota 59), JV. 24 (supra nota 97) y JV. 39 (supra nota 99).

<sup>104</sup> A título meramente de ejemplo, cabe mencionar la decisión en el as. JV. 1 (supra nota 59) en la que se señaló que la proporción de los beneficios derivados del mercado de acceso a Internet (mercado de las matrices) era del 93% en relación al 7% procedente de otros servicios de Internet entre los que se encontraban los derivados de los mercados de la EP -publicidad en Internet, elaboración y contenido de páginas web-.

<sup>105</sup> Vid. decisiones en as. JV. 22 (supra nota 85), JV. 15 (decisión de 30-3-99, BT/AT & T) y M. 1327 (supra nota 92).

<sup>106</sup> Supra nota 92.

<sup>107</sup> Vid. supra las explicaciones en el ap. “c” del primer paso (identificación de los mercados candidatos).

encontraba el mercado del suministro al por mayor de películas y canales de deportes para la televisión de pago en España. En este mercado, había fuertes indicios según la Comisión de que la empresa Sogecable, controlada conjuntamente por una de las empresas notificantes -Canal+- y una tercera empresa -Prisa-, disponía de una posición dominante dado su control de los más importantes contenidos temáticos (películas y deportes), en particular gracias a los contratos exclusivos con la gran mayoría de los grandes estudios de Hollywood y a que poseía los derechos de transmisión de acontecimientos futbolísticos de pago<sup>108</sup>. Uno de los compradores de los programas de Sogecable era Cableuropa, controlada conjuntamente por dos de las empresas notificantes -BankAmerica y CDPQ- junto con una tercera empresa. La Comisión apreció un grave riesgo de que la operación notificada condujese a una discriminación en favor de Cableuropa y en perjuicio del resto de los competidores de esta empresa a la hora de obtener los programas de Sogecable. Esta conclusión estaba basada principalmente en los siguientes factores:

- la fuerte posición de Sogecable en el mercado español (fuertes indicios de posición dominante),

- las posibilidades de las matrices de Cableuropa de tomar medidas de presión en el mercado francés contra los intereses de Canal+ caso de no obtener buenas condiciones por parte de Sogecable a favor de Cableuropa en el mercado español. Las matrices de Cableuropa eran, y continuarían siendo en el futuro, cofinanciadores de los intereses de Canal+ en el sector del cable en Francia, intereses que eran muy importantes para Canal+,

- y la firma, inmediatamente después del acuerdo de constitución de NHC, de un acuerdo de distribución con carácter no exclusivo entre Sogecable y Cableuropa en el mercado español<sup>109</sup>. Cableuropa era el único operador que había alcanzado un acuerdo con Sogecable, lo que reforzaba las serias dudas de la Comisión, particularmente porque Sogecable había manifestado a la Comisión su interés en un futuro en distribuir sus programas de televisión bajo exclusividad.

Los partes notificantes alegaron en su defensa que Sogecable estaba controlado conjuntamente por Canal+ y Prisa, y que Prisa no tendría interés en discriminar a favor de un solo operador y limitar los potenciales beneficios que pudiera obtener de la venta de sus programas al mayor número de operadores posible. La Comisión no consideró este argumento convincente por los dos motivos siguientes:

- la influencia de Prisa en el pasado había sido limitada: había sido Canal+ Francia en la práctica quien había venido determinando sustancialmente la política y la estrategia de todo el grupo de Canal+ y Sogecable había seguido dicha política general,

- incluso considerando que Prisa pudiese tener su propia visión, las partes habían manifestado que podría ser de interés de Sogecable (y también por lo tanto de Prisa) en un futuro el distribuir sus programas de modo exclusivo, en cuyo caso parecía que Cableuropa se convertiría en el socio preferencial natural.

En la **decisión Fujitsu/ Siemens**<sup>110</sup> la Comisión volvió a plantearse serias dudas en relación a uno de los mercados candidatos previamente identificados, en particular el de las “financial workstations” (cajeros automáticos y otros productos similares). Fujitsu y

---

<sup>108</sup> Ap. 27 de la decisión.

<sup>109</sup> Ap. 33-37 de la decisión.

<sup>110</sup> Supra nota 85.

Siemens notificaron la creación de un EP –JVC- que desarrollaría, fabricaría y comercializaría hardware de alcance general y productos relacionados (incluyendo ordenadores de oficina, portátiles, servidores, sistemas de almacenaje y ciertos servicios operativos para servidores). Uno de los mercados identificados como candidatos a la coordinación era el de las “financial workstations”, un mercado comunitario-EEE. La Comisión consideró que existía una alta probabilidad de coordinación entre las matrices debido a los siguientes factores.

- el mercado estaba muy concentrado y las matrices disponían de una cuota conjunta importante del mismo: Fujitsu y Siemens disponían de una cuota conjunta entre 20-40% de las ventas en el EEE, y eran el segundo operador en el mercado después de NCR cuyas ventas equivalían al 30-40% del mercado. Entre los tres, pues, dispondrían de una cuota próxima al 70% de las ventas en el EEE,

- las cuotas de los grandes operadores eran simétricas: NCR, entre el 30-40% y Fujitsu y Siemens conjuntamente entre el 20-40%,

- el resto de los competidores tenían cuotas inferiores al 10%,

- las cuotas mencionadas eran estables y el mercado era maduro: en los últimos tres años no había habido importantes variaciones en las cuotas de los grandes operadores, y la tecnología para las “financial workstations” era relativamente madura.

En función de estas características estructurales, la Comisión concluyó que la creación de la EP entre Fujitsu y Siemens crearía o reforzaría la interdependencia entre los dos grandes operadores en el mercado –NCR de un lado y Fujitsu/Siemens conjuntamente del otro-, lo que creaba una alta probabilidad de que se pudiera eliminar la competencia en un parte sustancial del mercado de financial workstations.

Finalmente, en la **decisión BT/AT & T**<sup>111</sup>, la Comisión examinó una notificación por la que BT y AT & T creaban una EP que desarrollaría múltiples actividades en el sector de las telecomunicaciones. Se identificaron tres preocupaciones principales: (1) la presencia de ACC UK –una filial de AT & T- en el mercado del Reino Unido, (2) el 22% de capital que detentaba TCI –fusionada con AT & T- en Telewest, y (3) la distribución de los servicios de AUCS –una EP en la que AT & T tenía una 40%- en el Reino Unido.

*En relación al primer foco de preocupación, ACC UK estaba activa en muchos de los servicios de telecomunicaciones en los que también estaba activa en el Reino Unido la compañía BT. La EP creada entre BT y AT & T estaba activa en mercados vecinos estrechamente relacionados. La Comisión consideró que la creación de la EP creaba un fuerte incentivo a no competir con la otra matriz ni sus compañías asociadas ( y a aumentar el tráfico a través de la EP) dado que:*

- las cuotas de mercado de BT en todos los mercados en que ACC UK y BT estaban activas eran sustanciales,

- aunque las cuotas de mercado de ACC UK no eran todavía altas, el apoyo de AT & T había creado expectativas de intensos crecimientos de las mismas, de tal manera que ACC UK parecía destinado a ser uno de los competidores potenciales más importantes de BT en el Reino Unido

---

<sup>111</sup> Supra nota 105.

- el incentivo a no competir se haría más grande cuanto más éxito y más cuotas de mercado tuviese ACC UK, puesto que proporcionaría más negocio a la EP. El incentivo a no competir parecía pues llamado a aumentar cada vez más después de la operación.

*En relación al segundo punto*, la Comisión basó sus serias dudas en los efectos para la competencia derivados de la posible y probable coordinación entre Telewest y BT en los siguientes factores:

- Telewest, que era uno de los tres mayores operadores de televisión por cable en el Reino Unido (con un 21% de los hogares británicos en sus áreas franquiciadas), competía directamente con BT en la prestación de servicios de telecomunicaciones y en acceso telefónico a Internet. En el futuro podría también competir en la prestación de servicios interactivos de difusión digital y servicios de difusión de datos a alta velocidad. Era considerado el principal y quizás único competidor de redes de cable de BT en sus áreas franquiciadas

- La coordinación entre Telewest y BT podría obstaculizar el acceso de terceros al enlace local de distribución de servicios de difusión. Hasta la operación, los terceros que quisieran prestar servicios de Internet (Internet Service Providers) tenían tres canales de acceso a los clientes en el Reino Unido: el enlace local de telefonía de BT, la nueva plataforma de servicios interactivos de BiB y los operadores de televisión por cable. El primero estaba controlado por BT, en el segundo BT disponía ya de una participación en la plataforma BiB. La operación notificada corría el serio riesgo, si se materializaba la coordinación del comportamiento entre Telewest y BT, de dificultar el acceso de los terceros interesados a uno de las principales redes de televisión por cable, con el daño que ello produciría a la situación competitiva en el mercado.

Ni el hecho de que AT & T sólo tuviera una participación de control conjunto en Telewest y que la otra matriz de Telewest –MediaOne-, competidora norteamericana de AT & T, pudiera contribuir a impedir que un socio de AT & T, en este caso BT, se beneficiase del comportamiento de Telewest, ni el “firewall arrangement” al que se comprometieron las partes<sup>112</sup> fueron considerados por la Comisión como suficientes para eliminar sus dudas sobre la compatibilidad de la operación.

*En cuanto a la distribución de los servicios de AUCS en el Reino Unido*, el problema radicaba en que una filial de AT & T – AT & T Communications UK Ltd- era el distribuidor exclusivo de los servicios de AUCS en el Reino Unido. Después de la operación notificada, estaba previsto que ese distribuidor exclusivo abandonase el mercado después de haber contribuido todas sus instalaciones en el Reino Unido a la nueva EP, por lo que AT & T podría evitar que Unisource –su socio en AUCS- se dirigiese directamente a sus clientes en el Reino Unido, y podría incitar a estos clientes actuales y potenciales de AUCS a pasarse a la nueva EP, cuyos servicios eran distribuidos en el Reino Unido en su mayoría a través de BT.

---

<sup>112</sup> El “firewall arrangement” consistía en la transferencia a Liberty Media Group de las acciones que TCI tenía en Telewest.

**b) A pesar de que se den las tres circunstancias, existirán todavía posibilidades de evitar la violación del artículo 81.1 si las empresas matrices aceptan compromisos que eliminen o reduzcan suficientemente los riesgos anticompetitivos previstos por la Comisión.**

En los tres casos examinados en el apartado anterior, las partes presentaron y la Comisión aceptó compromisos que eliminaron las dudas de la Comisión sobre la operación. En dos de estos casos se aceptaron en primera fase<sup>113</sup> y en uno en segunda fase<sup>114</sup>. Junto a compromisos de carácter claramente estructural (cesión o desinversión), como por ejemplo los aceptados en el caso Fujitsu/Siemens<sup>115</sup> o en BT/AT & T (en relación a ACC UK)<sup>116</sup>, se dieron por buenos también compromisos de conducta o comportamiento, de los que el caso más claro es la decisión NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica<sup>117</sup>. La práctica decisoria es todavía escasa para saber si se seguirán las mismas tendencias que para el resto de los casos de concentraciones o el hecho de estar examinando elementos cooperativos podría marcar alguna diferencia<sup>118</sup>. Presumiblemente, los compromisos estructurales serán preferidos por la Comisión, como ocurre en el resto de las concentraciones, dado que habitualmente son soluciones más definitivas y no presentan los problemas de control del cumplimiento posterior que suelen tener los compromisos de conducta (sobre todo dadas las limitaciones en recursos humanos de la Comisión). Sin embargo, como la escasa práctica hasta el momento ya demuestra, los compromisos de conducta pueden ser en ocasiones suficientes para eliminar las dudas y quizás más que en otros casos de concentraciones al derivar la preocupación de la Comisión de un riesgo de coordinación de comportamientos. Los compromisos serán posiblemente una técnica tanto o más utilizada que en los casos generales puesto que, la aplicación del artículo 2.4 del ROPC, se realiza cuando se han excluido problemas de dominio derivados de los elementos concentrativos de la operación, y no afectan al núcleo duro de la operación.

**Tercero- Posibilidades de exención del apartado 3 del artículo 81.**

Si se ha constatado la infracción al artículo 81.1, la autorización de la operación (a falta de compromisos que eliminen los riesgos detectados) pasa por el balance de efectos positivos y negativos contenido en el artículo 81.3. No hay ninguna experiencia en esta materia en el marco del artículo 2.4 del ROPC, puesto que hasta el momento siempre que se ha detectado un riesgo preocupante de coordinación anticompetitiva entre las matrices, esta preocupación se ha resuelto a través de compromisos, sin que la Comisión por lo tanto

<sup>113</sup> Fujitsu/Siemens (supra nota 85) y NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica (supra nota 92).

<sup>114</sup> BT/AT & T (supra nota 105).

<sup>115</sup> Supra nota 85, p. 14, en relación al mercado candidato de “financial workstations”. Siemens se comprometió a vender su negocio en este sector.

<sup>116</sup> Supra nota 105, ap. 177-178: AT & T se comprometió a vender a un comprador adecuado y en un tiempo preestablecido ACC UK.

<sup>117</sup> Supra nota 92, ap. VII y anexo. Canal+ y Sogecable asumieron básicamente un compromiso de no discriminación en el suministro de los programas de los que eran titulares, mientras que las condiciones del mercado en España y las participaciones de las partes notificantes en Sogecable, Cableuropa y NC no experimentasen alteraciones sustanciales. Otros compromisos aceptados de naturaleza menos clara fueron la renuncia por parte de AT& T a poner objeciones al nombramiento por AUCS de un distribuidor adicional de AUCS para el Reino Unido (renuncia por lo tanto a la exclusividad en la distribución de los productos de AUCS en el Reino Unido) y el compromiso de AT& T de que sus directores en Liberty no tendrían información ni influencia sobre Liberty con respecto a las acciones de Liberty en Telewest. Ambos en BT/AT & T (supra nota 105), ap. 196 y 192 respectivamente.

<sup>118</sup> Para un análisis detallado de la regulación y la práctica relativa a los compromisos en el procedimiento de control de concentraciones, vid. Cantos Baquedano, F. y Trujillo Rodríguez, N.: “Los compromisos y condiciones en el procedimiento de control de concentraciones comunitario”, en este mismo Libro.

tuviera que entrar en el análisis de las condiciones del apartado 3 del artículo 81<sup>119</sup>. La práctica pues no aporta datos para resolver las incógnitas que algunos autores se planteaban sobre el otorgamiento de exenciones en este tipo de casos<sup>120</sup>.

## **6. RESOLVIENDO LAS DUDAS PLANTEADAS: CONCLUSIONES SOBRE LOS DOS PRIMEROS AÑOS LARGOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2(4) DEL ROPC Y SU POSIBLE EVOLUCIÓN FUTURA.**

*1.- ¿Fase previa de análisis para delimitar si la operación es esencialmente estructural o su centro de gravedad es concentrativo?* La práctica decisoria de la Comisión refleja un gran pragmatismo. No se pierde en disquisiciones previas sobre si las repercusiones o el centro de la gravedad de la operación son esencialmente estructurales o no. Tales disquisiciones hubieran revivido en parte los problemas de la anterior distinción entre EP cooperativas y concentrativas, obligando a una operación compleja de calificación de la naturaleza de la operación como cuestión previa a la aplicabilidad del artículo 2.4 del ROPC<sup>121</sup>. Así pues, una vez determinado que la EP es de plenas funciones, y que los elementos concentrativos no son condenables por el test de dominio, la Comisión entra directamente en el análisis bajo el artículo 2.4 del ROPC. Su examen va dirigido a constatar o descartar la existencia de riesgo de coordinación anticompetitiva, procedente de eventuales elementos cooperativos, que pudiera poner en duda y en último extremo impedir la autorización. El análisis en la práctica no es diferente si la operación es exclusivamente estructural o esencialmente estructural que si no lo es pero el riesgo de coordinación no infringe el artículo 81. La diferencia es de grado y consiste básicamente en la rapidez con que se descarta la preocupación de riesgo anticompetitivo derivado de una eventual coordinación<sup>122</sup>.

*2.- La aplicación del artículo 81.1 y la noción de “restricción sensible”.* Es en este punto donde hasta el momento se ha producido un cambio más importante –y yo diría que radical- frente a la situación anterior. El análisis de la Comisión está inspirado por un enfoque mucho más económico lo que ha alterado profundamente los conceptos de “restricción” y de “restricción sensible” con respecto al análisis tradicional que se venía haciendo bajo el artículo 81.1. El análisis estructural juega un papel muy trascendente que antes se reservaba en su casi totalidad para el examen bajo el apartado 3 del artículo 81. De hecho buena parte del análisis que se hacía en el marco de la cuarta condición del artículo 81.3 ha pasado ahora a realizarse en el marco del apartado 1. Tiene pues muchas más

---

<sup>119</sup> Vid. por ejemplo decisión BT/AT & T (supra nota 105), ap. 198.

<sup>120</sup> En relación a estas dudas vid. supra ap. IV de este artículo. Sobre su posible solución, vid. infra ap. VI.

<sup>121</sup> La diferencia hubiera sido que la distinción en el periodo anterior era una cuestión jurisdiccional y en el nuevo se hubiera configurado como una cuestión previa a la aplicabilidad del artículo 2.4 del ROPC (y por lo tanto al análisis de los elementos cooperativos bajo el artículo 81 del Tratado).

<sup>122</sup> Prueba de ello es que parte de los factores que antes de la reforma servían para calificar a la EP de concentrativa y por lo tanto aplicarle sólo el test de dominio, forman parte tras la reforma del análisis bajo el artículo 2.4 del ROPC. Tal es el caso por ejemplo de la doctrina de *minimis* aplicada a la coordinación entre las matrices.

similitudes con el enfoque de la reciente reforma sobre restricciones horizontales que con el tipo de análisis tradicional hasta hace poco vigentes<sup>123</sup>.

El análisis bajo el artículo 81.1 se desarrolla en dos pasos: primero se examina si existen mercados candidatos a coordinación y se procede a su delimitación; segundo, se analiza si en alguno de esos mercados puede haber una restricción que infrinja el artículo 81.1. A la hora de delimitar los mercados candidatos, la única coordinación relevante es la de las matrices entre sí –no, por lo tanto, la coordinación matriz/EP–: hay ya casos tanto de coordinación horizontal (dos o más matrices en mismo mercado<sup>124</sup>) como vertical (matrices en mercados diferentes pero relacionados verticalmente entre sí)<sup>125</sup>; Además los mercados candidatos han sido siempre o bien el mercado de la EP o un mercado estrechamente vinculado a éste (verticalmente o por proximidad de producto/servicio o geográfica). Normalmente son mercados que forman parte del territorio comunitario o del EEE, aunque también podrían ser externos siempre y cuando la coordinación pudiera producir efectos sensibles en la competencia en dichos territorios. Una vez identificados los mercados candidatos se analiza si la coordinación entre las matrices infringiría el artículo 81.1. Los únicos riesgos anticompetitivos a considerar en este análisis son los que son una consecuencia directa de la creación de la EP (se exige por lo tanto un vínculo de causalidad entre la constitución de la EP y los efectos anticompetitivos)<sup>126</sup>. La Comisión descarta la infracción del artículo 81.1 si la restricción hipotética que en su caso se pudiera producir, no fuese sensible: la práctica decisoria revela que se aplica una doctrina de *minimis* más flexible que la de la Comunicación de *minimis* general vigente<sup>127</sup>. Por ello, la violación del apartado 1 del artículo 81 se descarta, sin necesidad de análisis en profundidad, con mucha mayor facilidad que antes. No habrá además infracción al artículo 81.1 si la coordinación entre las matrices no es probable. Es precisamente en el análisis de esta probabilidad donde se nota sobre todo el cambio de la Comisión que viene utilizando un enfoque mucho más económico y exigente que en periodos anteriores<sup>128</sup>. Estábamos acostumbrados a que tal coordinación anticompetitiva se presumiese en muchos casos por

---

<sup>123</sup> Vid. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, DO C 3 de 6-1-2001, pp. 2 y ss. Vid. también Creus, A.: “El nuevo enfoque económico en los acuerdos entre empresas aplicado a los casos de acuerdos horizontales”, y Odriozola, M.: “La nueva normativa horizontal en perspectiva”, ambos en este libro. La reforma en marcha con respecto a acuerdos horizontales es fruto de un nuevo enfoque económico para todos los tipos de acuerdos. En relación a la reforma en el campo de los acuerdos verticales, en este caso ya vigente, vid. Martínez Lage, S. y Brokelmann, H.: “El nuevo tratamiento de las restricciones verticales en el Derecho de la competencia comunitario: el Reglamento (CE) nº 2790/1999”, y Folguera, J. y Gutiérrez, A.: “El nuevo régimen comunitario sobre restricciones verticales: algunos aspectos jurídicos de interés”, ambos en este libro.

<sup>124</sup> Normalmente dos o más matrices activas en el mismo mercado tras la creación de la EP. En algunos casos, no obstante, alguna o todas las matrices eran meramente competidoras potenciales en el mismo mercado.

<sup>125</sup> No hay ningún caso en el que se hayan examinado aspectos conglomerales. Aunque menos probable, no es del todo descartable. En este sentido, vid. González-Díaz (supra nota 24), p. 1069.

<sup>126</sup> Aunque la idea de este vínculo de causalidad no fuese totalmente nueva (de hecho había una referencia en este sentido ya en la Comunicación del 94, ap. 17 –Vid. supra ap. II de este artículo), lo cierto es que es, después de la reforma, cuando la Comisión se ha vuelto verdaderamente exigente con respecto a este requisito y la motivación de sus decisiones deja clara constancia de ella. Para ver situaciones en que se ha considerado que no existía tal relación de causalidad, vid. supra ap. V, B, a.i.

<sup>127</sup> Se ha descartado la existencia de una restricción significativa en casos de coordinación horizontal entre las matrices, por tener éstas cuotas conjuntas de mercado inferiores al 10, 11% (el doble del umbral mencionado en la Comunicación de *minimis* para las restricciones horizontales; en la línea del nuevo proyecto de Comunicación de *minimis* presentado por la Comisión). Vid. supra ap. V, B, a.ii.

<sup>128</sup> La teoría económica aporta el sustrato para este enfoque más económico. Para un examen de la teoría económica más relevante para determinar los incentivos que conducen a la coordinación entre las matrices de una EP, vid. González-Díaz (supra nota 24), pp. 1035-1043.

el sólo hecho de la presencia de dos o más matrices con actividades significativas (por encima de de minimis) en el mercado de la EP o en un mercado relacionado. Pues bien, ahora la situación se invierte: la probabilidad de la coordinación no se presume, sino que hay que demostrarla detalladamente. Junto con factores que ya se venían teniendo en cuenta en periodos anteriores para evaluar esta probabilidad (como por ejemplo la importancia de las relaciones de suministro entre la EP y las matrices si éstas estaban en mercados verticalmente relacionados al de la EP), aparecen otros nuevos particularmente importantes. Se va a exigir normalmente que la estructura del mercado candidato sea conducente a la coordinación, y que las matrices dispongan de un poder de mercado suficiente como para hacer la coordinación estable y efectiva<sup>129</sup>. Ello exige un análisis estructural bastante a fondo. Van a ser muy relevantes datos como las cuotas de mercado de las partes, su posición y dimensión, el número y posición de otros competidores actuales o potenciales en el mercado, el nivel de eventuales barreras de entrada, el grado de dinamismo y crecimiento del mercado, la elasticidad de la demanda, el contrapeso que pueden hacer fuertes compradores o la dimensión del mercado en relación al resto de las actividades de las matrices. El resultado es que en escasas ocasiones se considerará probable tal coordinación y por lo tanto en la gran mayoría se descartará la infracción al artículo 81.1: de los casos examinados hasta ahora sólo en 3 (y dentro de estas decisiones, sólo en algunos de los mercados candidatos identificados) se ha constatado la probabilidad de una coordinación preocupante. Dado que en estos tres casos, las partes presentaron compromisos que la Comisión consideró suficientes para eliminar sus dudas sobre la operación, todavía no ha habido ningún caso en que se haya declarado la violación del artículo 81.1. Es interesante resaltar que dichos compromisos aceptados no sólo han sido estructurales sino también en ocasiones de conducta<sup>130</sup>.

¿El mayor enfoque económico bajo el artículo 81.1 ha supuesto o supondrá la equiparación entre el test de dominio del artículo 2.2 y 3 y el test del artículo 2.4? O dicho de otra forma, ¿se producirá sólo una infracción al artículo 81.1 cuando se cree o refuerce una posición dominante en alguno de los mercados candidatos? Venit ha defendido que un análisis económico coherente debería de llevar a dar una respuesta afirmativa a ambas preguntas<sup>131</sup>. Es cierto que la Comisión ha elevado considerablemente el umbral para considerar infringido el artículo 81.1 y que no habrá infracción si no existe poder de mercado de las matrices. El test del artículo 81.1 se ha acercado pues notablemente al test de dominio. Sin embargo, ese acercamiento no equivale a una total equiparación. La noción de poder de mercado no es la misma que la de posición dominante y la de restricción probable y apreciable bajo el artículo 81.1 no es idéntica a la eliminación de la competencia efectiva del test de dominio. El proyecto de Directrices horizontales expresaba una clara diferencia entre la ausencia de restricción apreciable del apartado 1 del artículo 81 y la no eliminación de competencia del apartado 3<sup>132</sup>. ¿Qué sentido tendría

---

<sup>129</sup> Vid. supra V, B, a.iii.

<sup>130</sup> Vid. supra ap. V, B, b.

<sup>131</sup> Vid. Venit (supra nota 84): “Since appreciable effects are likely only where there is a risk that collusion between the parents of a joint venture will be stable and effective, an economically coherent approach would require that the Commission conclude that there is a risk of coordination within the meaning of Article 2(4) only in cases in which there would be a high likelihood of successful oligopolistic collusion”. “There is a strong argument that the test under Article 2(4) should be the same as the test for evaluating oligopolistic dominance under Article 2(1) of the Merger Regulation”.

<sup>132</sup> Vid. Proyecto de Directrices horizontales, DOCE C 118 de 27-4-2000, pp. 14-30, particularmente ap. 37 que decía: “La única diferencia es que el apartado 3 [...] permite un mayor grado de poder de mercado, siempre que genere mejoras importantes en términos de eficiencia, que contrarresten los efectos contrarios a la competencia”. El texto finalmente adoptado de este ap. 37 no incluye esta frase, pero la concepción sigue siendo la misma

haber incluido el artículo 2.4 si el test en él incluido fuera el test de dominio? No parece pues que el Consejo quisiera tal equiparación total –sí un análisis más estructural que excluyese infracción al apartado 1 sin poder de mercado de las partes<sup>133</sup>-. La Comisión tampoco debe estar interesada en una equiparación por la vía interpretativa puesto que perdería un importante instrumento de presión para conseguir compromisos de las partes que mejorasen la competencia efectiva<sup>134</sup>. No es por lo tanto probable que los test se equiparen totalmente. Creo además que, desde una perspectiva económica, la diferencia es justificable dado que en los mercados candidatos lo que se produce es coordinación y no cabe presumir efectos positivos como en el caso de la integración.

**3.- La exención del artículo 81.3.** No hay por ahora ningún caso de aplicación del artículo 81.3 en el marco del artículo 2.4 del ROPC. Todo lo que se diga pues es fruto de la elaboración teórica y de la experiencia práctica de aplicación del artículo 81.3 en el marco de procedimientos del reglamento nº 17. Presumiblemente además los casos de aplicación en el futuro serán escasos si los hay. Dos razones justifican esta afirmación: primero, el listón para considerar que hay una infracción al artículo 81.1, como acabamos de ver, se ha elevado mucho; segundo, es muy probable que si la Comisión anuncia a las partes una posible infracción al artículo 81.1, éstas presenten compromisos y la negociación que se entable termine eliminando las dudas de la Comisión sobre la operación. Así ha ocurrido hasta ahora, y es probable que siga ocurriendo en el futuro por lo menos en la gran mayoría de casos: sobre todo si tenemos en cuenta que, en el momento del análisis bajo el artículo 2.4, se sabe ya que el núcleo principal de la operación (los elementos concentrativos) no han preocupado seriamente a la Comisión. En cualquier caso, y dado que, aunque poco probable y poco frecuente, la aplicación del apartado 3 no es descartable, conviene intentar establecer cómo se aplicaría. Parece que las exenciones que se otorgasen lo serían por toda la vida de la EP<sup>135</sup>. Además las causas de revocación de tal decisión serían, en mi opinión, más limitadas que las habituales en las exenciones del reglamento nº 17 (en particular, exclusivamente cuando se haya obtenido fraudulentamente o esté basada en información inexacta de la que es responsable alguna de las empresas interesadas)<sup>136</sup>. En mi opinión por lo tanto, salvo que la Comisión incluya en la decisión de compatibilidad una condición diseñada para eliminar o prevenir efectos spill-over futuros, su única posibilidad cierta de controlar estos efectos (y por lo tanto, un cambio de la situación de hecho que pudiera llevar, en un momento posterior a la decisión, a que las condiciones de exención del apartado 3 ya no se cumplan), pasaría por utilizar la insatisfactoria y limitada vía del actual artículo 85 –antiguo artículo 89- del Tratado. La Comisión, no obstante, es reticente a aceptar estas limitaciones. Lo entiendo y de hecho creo que hubiese sido adecuado por parte del Consejo aceptar la inclusión de una tercera causa de revocación (precisamente para el caso de que la situación de hecho se alterase sustancialmente) como le solicitó la Comisión. Esta institución debía de haber dispuesto de un instrumento efectivo de presión sobre las partes para imponer nuevas condiciones u obligar a compromisos caso de que el

<sup>133</sup> En este sentido, González-Díaz (supra nota 24), p. 1048.

<sup>134</sup> Vid. infra el punto 3 de las conclusiones. No se debe olvidar además que el TJCE ha impuesto unas exigencias de importante motivación (y detallado análisis económico) a la Comisión para aceptar como probada una posición dominante. Vid. Sentencia TJCE de 31 de marzo de 1998, as. acumulados 68/94 y 30/95, Kali und Salz, Rec. p. I-1375.

<sup>135</sup> En este sentido, vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la revisión del ROPC, Doc. COM (96) 313 final, en su ap. 29, en la que la Comisión dice que se adoptaría sólo una única decisión de compatibilidad o incompatibilidad de la operación con el mercado común, y que, caso de aplicar favorablemente el apartado 3 del artículo 81, “la decisión de la Comisión concederá una exención que abarque todo el periodo de vida de la empresa”.

<sup>136</sup> Las razones en las que baso esta afirmación, y en general toda la discusión sobre las posibilidades de revocación y de control de eventuales efectos spill-over futuros, se pueden encontrar supra, nota a pp. 44.

mantenimiento de la competencia se viese amenazada. En la práctica, es posible que la amenaza de actuación de la Comisión (por la vía del actual artículo 85 o por otras vías que la Comisión defiende) pueda, no obstante, terminar por llevar al mismo resultado.

Por lo que se refiere al significado e importancia de las 4 condiciones de exención en el nuevo contexto, habrá que esperar a los primeros casos de aplicación para saber si hay particularidades. En principio, el significado de cada condición no se debe alterar con respecto a la práctica bajo el reglamento nº 17<sup>137</sup>. Por lo tanto, las directrices del año 93 deben constituir la guía básica general<sup>138</sup> completada con la práctica decisoria de la Comisión en EP cooperativas<sup>139</sup>. Sin embargo, el nuevo contexto sí puede tener una influencia en el modo de aplicar cada condición y en su importancia práctica. La primera condición exige que se contribuya a la mejora de la producción o de la distribución de los productos o al fomento del progreso técnico o económico, en definitiva que se originen efectos positivos para la competencia en el mercado. Ya en la inmensa mayoría de las decisiones bajo el reglamento nº 17 la Comisión venía reconociendo que dichos efectos positivos se generaban, sobre todo cuando la EP presentaba elementos importantes de integración económica. Dado que bajo el artículo 2.4 del ROPC se analizan por ahora sólo EP de plenas funciones (criterio que es un instrumento utilizado para garantizar un elevado nivel de integración), no parece difícil que dicha condición se cumpla. No dejaría de ser paradójico que no se considerase cumplida, puesto que la presunción de estos efectos positivos ha sido la base para utilizar sólo el test de dominio en relación a los elementos concentrativos de la EP. La segunda condición exige que los usuarios obtengan una participación equitativa en el beneficio resultante. Algo que la Comisión ha venido presumiendo siempre que se mantenga la competencia efectiva en el mercado. El foco del análisis parece pues que se encontraría en las dos últimas condiciones. En la tercera, se exige que las restricciones sean indispensables para obtener los efectos positivos mencionados, entendiendo que será así cuando las restricciones sean necesarias y proporcionales en relación a los efectos positivos generados. Lo que significa que sin ellas no se obtendrían los beneficios esperados, que no existen alternativas menos restrictivas que generen los mismos beneficios y que las ventajas compensen a los perjuicios. Dado que en dicha valoración está implícito un cierto margen de discreción, es indudable que en la práctica constituye un instrumento de presión en manos de la Comisión utilizable para obtener compromisos de las partes suficientes para eliminar las dudas sobre la operación. Finalmente, la cuarta condición establece el límite máximo al otorgamiento de una exención: nunca habrá exención si la EP tal cual está estructurada ofrece a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos/servicios de que se trate, nunca por lo tanto si se crea o refuerza una posición dominante. Ello no quiere decir que la operación deba ser autorizada necesariamente si no se crea o refuerza dicha posición dominante, puesto que, como hemos visto al analizar la tercera condición, puede que los efectos negativos no queden compensados por los efectos positivos<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Vid. en este sentido la sentencia TJCE de 25 de Junio de 1992, as. C-88/91, Federconsorzi, Rec. p. I-4035, FJ 7, o la sentencia TJCE de 1 Junio de 1999, as. C-126/97, Eco Swiss China Time Lmted. c. Benetton Intl. NV, Rec. p. I-3055, FJ 40: “existe, para el ordenamiento jurídico comunitario, un interés manifiesto en que [...] toda disposición de Derecho comunitario reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse”.

<sup>138</sup> Vid. supra nota 26, ap. 52 y ss.

<sup>139</sup> Una síntesis actualizada de esta práctica decisoria y del significado de las condiciones en ella se puede encontrar en Temple Lang (supra nota 44).

<sup>140</sup> En el mismo sentido, vid. Temple Lang (supra nota 44). En contra, y defendiendo que una EP de plenas funciones con dimensión comunitaria no debería ser prohibida (ni siquiera violaría el artículo 81.1)

---

si no crea o refuerza una posición dominante individual o colectiva en el mercado de la EP o en uno de los mercados candidatos, vid. Venit (supra nota 84).