

1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales novedades de la primera reforma del reglamento comunitario de control de concentraciones –de ahora en adelante ROPC¹- 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.

¹ 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 aspectos². Hasta la publicación de las mismas la Comisión reenviaba a los interesados a los principios establecidos en una Comunicación anterior³.

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 reforma⁴, 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 94⁵. 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:

² 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.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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-EP⁶.

- 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 ROPC⁷.

- 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)⁸.

- 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-EEE⁹.

- 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 potenciales¹⁰. 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)¹¹. Esa actividad o

⁶ Ibidem, ap. 17 en relación a ap. 8.

⁷ Ibidem ap. 17.

⁸ Ibidem ap. 20.

⁹ Ibidem, ap. 19, último guión.

¹⁰ 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".

¹¹ Ibidem ap. 18.