

La reforma del sistema comunitario de control de concentraciones

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE CONCENTRACIONES*

Introducción

Existe un amplio consenso con respecto a que el modelo comunitario de control de concentraciones ha funcionado de forma satisfactoria en sus trece años de historia. Desde su entrada en vigor en 1990, el Reglamento 4064/89 ha sido una base sólida para el desarrollo de un cuerpo de análisis que, mediante decisiones y sentencias, se ha consolidado como un elemento fundamental de la política de competencia en el seno de la UE y un modelo para los sistemas nacionales, tanto de los Estados miembros como de terceros países.

En efecto, en contraposición con las normas que rigen otros aspectos de la actuación de la Comisión, el Reglamento de control de concentraciones recibe una valoración casi unánimemente positiva por al menos dos características principales: la garantía a las empresas de unos plazos claros y cortos para la obtención de una decisión definitiva y, al mismo tiempo, la flexibilidad para dar cobertura a las decisiones de la Comisión con respecto a las operaciones de dimensión comunitaria en un entorno en constante cambio.

Así, con las pequeñas modificaciones introducidas por los Tratados de Adhesión de Austria, Finlandia y Suecia y por el Reglamento del Consejo 1310/97, se ha mantenido durante trece años como punto de referencia en medio de importantes cambios derivados tanto de la revisión de los paradigmas de teoría económica dominantes en cada momento que fundamentan el análisis de las

concentraciones como de la intensa transformación del escenario empresarial internacional y del desarrollo de sistemas propios de defensa de la competencia en los diferentes Estados miembros.

Precisamente, el surgimiento de normas de competencia en la práctica totalidad de países de la UE y el refuerzo de los procedimientos de control de concentraciones motivó la ya citada reforma del Reglamento adoptada en 1997, que se centró en el objetivo de ampliar el ámbito de actuación de la Comisión y reducir el número de operaciones que fueran objeto de notificación en varios Estados miembros, modificando para ello los umbrales para determinar la dimensión comunitaria de las concentraciones.

Sin embargo, en los últimos años existía una cierta percepción de que era preciso abordar una revisión en profundidad del sistema para dar respuesta a los retos derivados del surgimiento de regímenes de control de concentraciones en un número mayor de países, la creciente integración de los mercados y las nuevas estrategias empresariales, la «modernización» del modelo comunitario relativo a la persecución de las conductas anti-competitivas y, sobre todo, la necesidad de adaptar el sistema a la futura ampliación de la UE.

Con este objetivo, la Comisión publicó en octubre de 2001 un Libro Verde que se sometió a información pública y, finalmente, en diciembre de 2002 el Colegio de Comisarios aprobó la propuesta de un nuevo articulado para reemplazar el Reglamento 4064/89.

La propuesta ha sido discutida en el seno del Consejo de Competitividad que, por unanimidad, aprobó el nuevo texto refundido en la reunión de



EN PORTADA

* Servicio de Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía. Este artículo ha sido elaborado por Nadia Calviño y Ana María Martínez.

27 de noviembre. A partir de ahora, sólo queda la traducción de los textos y la publicación en el DOCE, para que el nuevo Reglamento entre en vigor el 1 de mayo de 2004, junto con el paquete de la «modernización» y la incorporación de los nuevos Estados miembros a la Unión.

En este contexto, el objetivo del presente artículo es revisar brevemente las principales novedades que aportará el nuevo Reglamento con relación a cuatro tipos de cuestiones: elementos sustantivos, de jurisdicción, de procedimiento y otros cambios.

Novedades en el ámbito sustantivo

Una de las principales novedades y uno de los aspectos más controvertidos del nuevo Reglamento es el relativo al test sustantivo para el análisis de las concentraciones. Este test es el criterio fundamental con arreglo al cual la Comisión declarará que una operación es compatible con el mercado común y, por tanto, autorizada, o incompatible con el mercado común y, por tanto, prohibida.

En general, se distinguen dos aproximaciones principales al análisis de concentraciones o test sustantivos: el test de dominio (*dominance test*) y el test de reducción sustancial de la competencia efectiva (*substantial lessening of competition* o SLC).

En esencia, el primero se basa en valorar si como consecuencia de una operación de concentración se creará o reforzará una posición dominante en uno o varios mercados relevantes previamente definidos. Para determinar si una empresa tiene o no una posición dominante, se atiende a indicadores tanto cuantitativos (grado de concentración del mercado, cuotas de mercado) como cualitativos (barreras a la entrada, probabilidad de la colusión).

En cuanto al test SLC, se centra en determinar si la concentración analizada tendrá como resultado un deterioro sustancial de la competencia efectiva en los mercados relevantes analizados. Si bien la creación o refuerzo de posición de dominio puede ser una de las fuentes de deterioro de la competencia, este test suele considerar indicadores que apuntan más a la estructura competitiva del mercado que a la posición concreta de una o varias empresas en el mismo.

Alemania y la Comisión Europea han sido tradicionales bastiones del test de dominio, mientras que el segundo se relaciona más con el modelo anglosajón. Naturalmente, los Estados Unidos son el principal exponente de este modelo, que Irlanda y el Reino Unido han adoptado recientemente, aunque otros países, como España y Francia, también tienen tests asimilables al SLC.

Los principales cambios acaecidos en el análisis económico y, sobre todo, la creciente importancia del análisis de mercados oligopolísticos, difíciles de encajar en un concepto estático de dominio, llevaron a la Comisión a proponer una revisión del test sustantivo tendente a flexibilizarlo.

Así, se propuso el mantenimiento del test de dominio pero añadiendo una redefinición del concepto de «dominio», sólo a efectos del control de concentraciones, que permitiese englobar todos los posibles efectos de las concentraciones empresariales. A partir de esta base, se han mantenido importantes debates en el seno del Consejo que, finalmente, han llevado a la adopción de una propuesta franco-española que, buscando un punto intermedio entre las posiciones más extremas, se centra en un test híbrido o dual.

En concreto, se trata de que la Comisión analice las concentraciones sobre la base de la posible obstaculización significativa de la competencia efectiva (*significant impediment to effective competition*), en particular cuando ello se derive de la creación o refuerzo de una posición de dominio.

Esta propuesta tiene la ventaja de que permite mantener la amplia jurisprudencia existente relativa a la creación o refuerzo de la posición de dominio pero también cubrir cualquier posible efecto de las concentraciones que no pueda ser enmarcado en este concepto.

Novedades en el ámbito jurisdiccional

Como ya se ha señalado, el principal objetivo de la anterior reforma del Reglamento, realizada en 1997, fue tratar de reducir el número de operaciones de concentración que deberían ser notificadas a varias autoridades nacionales de competencia en el seno de la UE. En efecto, ante la creación de órganos administrativos y sistemas de control de concentraciones en la práctica totalidad de



EN PORTADA

Estados miembros y el importante coste para las empresas de las notificaciones múltiples, se trató de propiciar la ventanilla única (*one stop shop*) mediante la revisión de los umbrales de volumen de ventas que determinan que una concentración tiene dimensión comunitaria y debe, por tanto, ser valorada sólo por la Comisión Europea.

Sin embargo, esta reforma se ha revelado ineficaz para reducir el número de operaciones que han de ser notificadas en dos o más Estados miembros, lo que, ante la perspectiva de la ampliación, hacía preciso plantearse un nuevo avance en este ámbito. Dos son las principales novedades finalmente aprobadas: la simplificación de los procedimientos de reenvío de expedientes entre los Estados miembros y la Comisión, y la posibilidad de reenvíos en fase de prenotificación.

El Reglamento vigente contempla dos mecanismos para el reenvío de expedientes entre autoridades. En primer lugar, el artículo 9 o «cláusula alemana» prevé que la Comisión pueda remitir a un Estado miembro una operación de dimensión comunitaria bajo determinadas circunstancias. Éste ha sido el caso, por ejemplo, de los cuatro expedientes (1) que han sido remitidos a las autoridades españolas para su valoración con arreglo a la normativa y procedimiento nacional.

En sentido inverso, el artículo 22 permite la remisión de expedientes por parte de uno o varios Estados miembros a la Comisión Europea. Es la conocida como «cláusula holandesa», que, tras un uso bastante escaso durante la década de los noventa, ha sido utilizada en tres ocasiones en los dos últimos años (2).

Con el fin de facilitar el uso de estos dos mecanismos, el nuevo Reglamento flexibiliza los criterios para permitir que un Estado solicite el reenvío de un expediente de o hacia la Comisión europea. Además, se detallan algunos aspectos de los procedimientos de aplicación y de los plazos máximos de decisión, proporcionando así mayor seguridad jurídica a todos los implicados.

(1) N-046 Carrefour-Promodés; N-015 Heineken-Cruzcampo; N-280 Sogecable-Vía Digital y N-306 Leroy Merlin-Brico.

(2) Son los casos M.3136 GE-Agfa NDT; M.2698 Promatech-Sulzer y M.2738 GEES-Unison, remitidos por varios Estados miembros, entre ellos España, a la Comisión Europea.

El segundo cambio introducido por el nuevo Reglamento es la posibilidad de que los expedientes se reenvíen en la fase de prenotificación, es decir, que no sea preciso presentar una notificación completa ante la Comisión o los diferentes Estados miembros si es otra la autoridad mejor situada para resolver el asunto. En concreto, se prevé un procedimiento automático y rápido en virtud del cual, si ningún país se opone, la Comisión podrá reenviar expedientes a un Estado miembro y una operación susceptible de notificación en al menos tres Estados miembros pasará a estar bajo jurisdicción de la Comisión sobre la base de un escrito motivado de las empresas correspondientes, sin que sea preciso presentar la notificación completa en la jurisdicción inicialmente competente.

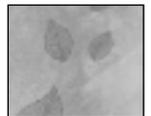
Novedades en el ámbito procedimental

Una de las principales virtudes reconocidas al Reglamento de control de concentraciones es la celeridad del procedimiento, que permite a las empresas disponer de una decisión final en un plazo máximo —sin contar con las conversaciones informales de prenotificación— de cinco meses: uno para el análisis preliminar en primera fase y cuatro para el análisis en profundidad tras la incoación del expediente que da paso a segunda fase.

Sin embargo, existían ciertas rigideces en el procedimiento que causaban perjuicios innecesarios a las empresas y dificultaban por otra parte el necesario análisis de los casos más complejos así como la negociación y adecuada valoración de los compromisos.

Con el objeto de flexibilizar el procedimiento y reforzar al mismo tiempo la solidez del proceso de toma de decisiones de la Comisión, se han acordado reformas en tres ámbitos: el plazo para realizar la notificación, el plazo para la investigación en casos complejos y el plazo para la negociación de compromisos (*remedies*). Adicionalmente, se ha adoptado el cambio formal de que los plazos se computen en días laborables y no hábiles.

La primera aportación de la reforma es la eliminación del plazo anteriormente vigente para la



EN PORTADA

realización de la notificación, que tenía que efectuarse como máximo en una semana tras la consecución del acuerdo de concentración. Con el nuevo Reglamento, las operaciones de concentración de dimensión comunitaria deberán ser notificadas a la Comisión antes de su ejecución y en cuanto se haya concluido el acuerdo u oferta correspondiente. Es más, será posible notificar una operación en cuanto exista un acuerdo de principio o anuncio que acredite que el plan para llevar a cabo tal concentración es lo suficientemente concreto.

El segundo cambio introducido en el Reglamento es la ampliación de los plazos para el análisis de las operaciones y la negociación de compromisos. Así, la primera fase pasa de tener una duración de un mes a unas cinco semanas a partir de la presentación de la notificación completa a la Comisión.

En el caso en el que las empresas afectadas propongan compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común en primera fase o exista una solicitud de remisión de un Estado miembro, la Comisión dispondrá de aproximadamente una semana adicional a las seis que recogía el Reglamento 4064/89.

Si la Comisión llega a la conclusión de que la concentración notificada plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, se iniciará la segunda fase del procedimiento, ampliándose en unas dos semanas los cuatro meses establecidos por el Reglamento vigente para adoptar la decisión final sobre si aprueba o prohíbe la operación.

En determinadas circunstancias, este plazo se ampliará a, aproximadamente, cinco meses y una semana si las empresas afectadas proponen compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común. Adicionalmente, los plazos se podrán ampliar en el caso de operaciones complejas por un máximo de, aproximadamente, un mes.

Finalmente, en relación con el procedimiento, cabe mencionar que el nuevo Reglamento contempla la posibilidad de que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que anule total o parcialmente una decisión de la Comisión, caso en que deberá presentarse una nueva notificación o

actualizarse la original para que se proceda a un nuevo análisis de la concentración a la luz de las condiciones vigentes en el mercado tras la sentencia.

Otros cambios

Al margen de los cambios de mayor calado, esta reforma, en línea con las novedades que se introducirán con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 en el ámbito de las conductas restrictivas, amplía los poderes de investigación de la Comisión. Con el fin de valorar correctamente las concentraciones, la Comisión está facultada para solicitar toda la información necesaria, incluso entrevistar a toda persona que pueda disponer de información útil guardando constancia de sus declaraciones.

La Comisión también está capacitada para realizar todas las inspecciones que estime precisas, pudiendo incluso —en circunstancias excepcionales— colocar precintos en locales, libros o documentos de la empresa inspeccionada durante el tiempo que sea estrictamente necesario.

Como complemento al nuevo Reglamento, la Comisión está elaborando una Comunicación sobre concentraciones horizontales, que ha sido objeto de debate en el seno de varios Comités Consultivos. Una vez adoptado formalmente el nuevo Reglamento comunitario, previsiblemente a finales de año, se publicará la Comunicación, cuyo objetivo es reforzar la seguridad jurídica de los operadores económicos al concretar y difundir la forma en que esta institución evalúa las concentraciones entre empresas competidoras efectivas o potenciales en el mismo mercado relevante.

En concreto, esta Comunicación proporciona orientaciones sobre la forma de interpretar indicadores de concentración y cuotas de mercado. También establece los criterios para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales de dimensión comunitaria distinguiendo entre efectos coordinados y no coordinados de las mismas. Asimismo, la Comisión enuncia los criterios que emplea para valorar el poder compensatorio de la demanda, las ganancias de eficiencia y, por último, la aplicación del supuesto de empresa en quiebra.



EN PORTADA

En suma, esta Comunicación, que hace referencias explícitas al nuevo Reglamento, proporciona una metodología consistente con el cambio en el test sustantivo aplicado en el análisis de concentraciones por la Comisión.

Finalmente, además de los cambios de índole normativa, el proceso de reforma comporta también cambios en la organización de la Dirección General de Competencia (DGCOMP) y en su proceso de toma de decisiones. En particular, en abril de 2003, la Comisión aprobó una reorganización que descansa en el refuerzo de la especialización sectorial de los instructores.

Para ello, las unidades de la antigua *merger task force* se integran en cuatro Direcciones *anti-trust* organizadas por sectores específicos, manteniéndose una unidad de concentraciones más pequeña para asegurar una coordinación efectiva del control por parte de la Dirección General.

Con el fin de reforzar los procedimientos de toma de decisiones internas, se ha creado un equipo dirigido por un Economista Jefe de Competencia (*Chief Competition Economist*) que informará directamente al Director General y se han incrementado los controles internos por parte de todas las unidades de la Comisión de los proyectos de decisión.

Conclusiones

La reforma del Reglamento 4064/89, base del control de concentraciones en el ámbito comunitario, es sin duda una de las principales novedades

normativas del año 2003 en el ámbito de la defensa de la competencia.

En efecto, se trata de una revisión integral del sistema vigente en los últimos trece años que dará como resultado cambios tanto en el plano sustantivo como en el procedimental. Este proceso se está acompañando de la elaboración de una Comunicación con directrices (*guidelines*) sobre el análisis de concentraciones horizontales y por un conjunto de actuaciones sobre la propia organización y proceso de toma de decisiones en el seno de la Dirección General de Competencia.

El nuevo sistema se pondrá en marcha el 1 de mayo de 2004, coincidiendo con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 y el conjunto de Comunicaciones que conforman la «modernización» en el ámbito de la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia y con la incorporación de los nuevos Estados miembros.

El reto es importante: poner en pie un sistema que permita un buen análisis de concentraciones en una Unión ampliada y un mercado crecientemente integrado, no sólo en el ámbito intraeuropeo sino incluso en el mundial.

Para ello, la Comisión dispone de los importantes activos derivados de su sólida y positiva experiencia acumulada hasta el momento y del nuevo Reglamento que ha sido aprobado por unanimidad por quince Estados miembros; una buena base para que el control de concentraciones en la Comunidad continúe siendo un modelo para los sistemas nacionales en los próximos años.



EN PORTADA



INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA en INTERNET



www.revistasICE.com